

ÜBERSICHT ÜBER DIE NEUE BANKENVERORDNUNG

Auf Beginn des Jahres 2015 ist die neue Bankenverordnung (BankV) in Kraft getreten. Hauptziele der Totalrevision der BankV waren einerseits die Umsetzung des neuen Rechnungslegungsrechts (Art. 25-42 BankV) und andererseits die Implementierung der vom Parlament verabschiedeten Regelung betreffend den Umgang von Schweizer Banken mit nachrichtenlosen Vermögenswerten (Art. 45-59 BankV). Während die vorerwähnten Bestimmungen materiell geändert wurden, haben die übrigen Bestimmungen der Verordnung nur untergeordnete formelle und redaktionelle Anpassungen erfahren. Die von esisuisse vorgebrachten Anmerkungen wurden in der Revision der BankV weitgehend berücksichtigt.

Anpassung der Rechnungslegungsvorschriften

Die Anpassungen der neuen Rechnungslegungsvorschriften berücksichtigen die am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Änderungen der Rechnungslegungsvorschriften, wie sie im Obligationenrecht (OR) enthalten sind. Ziel war unter anderem die Berücksichtigung internationaler Entwicklungen auf dem Gebiet der Rechnungslegung. Der Einzelabschluss kann nach dem Prinzip des True and Fair View erfolgen.

Eine vertiefte Erläuterung zu den für Banken geltenden Rechnungslegungsvorschriften findet sich im Rundschreiben der FINMA 2015/1 «Rechnungslegung Banken, Rechnungslegungsvorschriften für Banken, Effektenhändler, Finanzgruppen und -konglomerate» (RVB) zusammengefasst. Im Weiteren ist der erläuternde Bericht der FINMA zur Revision der Rechnungslegung der Banken vom 29. Oktober 2013 zu beachten.

Die RVB ergänzen und konkretisieren die Vorschriften über die Buchführung und Rechnungslegung des 32. Titels des OR, des Bankengesetzes (BankG) und der BankV. Die Rechnungslegungsvorschriften des OR sind anwendbar, sofern weder das BankG, die BankV noch die RVB abweichende, mithin für Banken spezielle Vorschriften vorsehen.

Die RVB verlangen eine den Besonderheiten des Bankgeschäfts angepasste Erfassung und Darstellung der wirtschaftlichen Geschäftsvorfälle und Sachverhalte. Unter Sicherstellung einer angemessenen Vereinheitlichung und Vergleichbarkeit der Abschlüsse soll dem Prinzip der Differenzierung nach Grösse und Geschäftstätigkeit in sinnvoller Art und Weise Rechnung getragen werden.

Neuregelung der nachrichtenlosen Vermögenswerte

Den gesetzlichen Bestimmungen zur Übertragung und Liquidation von nachrichtenlosen Vermögen geht eine über 15 jährige gesetzgeberische Leidensgeschichte voraus. Diese gründet in der Aufarbeitung nachrichtenloser Vermögenswerte auf Schweizer Bankkonten von Opfern des Nationalsozialismus. Nach mehreren gescheiterten Versuchen, das Problem der nachrichtenlosen Vermögenswerte umfassend gesetzlich zu regeln, wurde mit Art. 37l und Art. 37m BankG eine Lösung gefunden, die nur für Banken gilt. Art. 37l BankG regelt die Übertragung nachrichtenloser Vermögenswerte auf eine andere Bank, Art. 37m BankG die endgültige Liquidation nachrichtenloser Vermögenswerte.

Diese Neuregelung war zum einen notwendig, weil unter geltendem Recht die Kündigung der Geschäftsbeziehung bei Nachrichtenlosigkeit regelmässig nicht möglich war. Die Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung setzt voraus, dass die Erklärung dem Empfänger zugeht. Ist dieser nicht erreichbar, so kann die Kündigung grundsätzlich keine Wirkung entfalten. Zum anderen verjähren dingliche Rechte an beweglichen Sachen nicht. Das hat insbesondere Konsequenzen für Gegenstände in Bankschliessfächern. Der Bankkunde verliert daher seine dinglichen Rechte an den im Bankfach hinterlegten beweglichen Sachen nicht. Die Bank kann die von ihr aufbewahrten beweglichen Sachen auch nicht ersetzen, da ihr dafür der gute Glaube fehlt.

Konkretisierung auf Verordnungsstufe

Der gesetzliche Rahmen zur Übertragung und Liquidation wird in den Art. 45 ff. BankV konkretisiert. Im Weiteren sind die Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung über die Behandlung nachrichtenloser Vermögenswerte bei Schweizer Banken (Narilo-Richtlinien) vom Dezember 2014 zu beachten. Diese sind von der eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA als Mindeststandardregulierung anerkannt worden und entfalten daher für Banken verbindliche Wirkung.

Nach der BankV gelten Vermögenswerte als nachrichtenlos, wenn die Bank während 10 Jahren ab dem letzten Kontakt zur Bankkundin oder zum Bankkunden oder zu deren Rechtsnachfolgerin und -nachfolgern oder zu einer von diesen bevollmächtigten Personen keinen Kontakt mehr herstellen konnte.

Die Übertragung nachrichtenloser Vermögenswerte vom übertragenden auf das übernehmende Bankinstitut ist in den Art. 46 ff. BankV geregelt. Die Verordnungsbestimmungen sehen vor, dass es zur Übertragung nachrichtenloser Vermögenswerte von

Die neue Bankenverordnung

der übertragenden auf die übernehmende Bank eines schriftlichen Vertrags bedarf. Die übernehmende Bank muss in der Lage sein, die ihr übertragenen Vermögenswerte der berechtigten Person zuzuordnen, soweit die verfügbaren Informationen dies ermöglichen. Im Weiteren muss sie über eine geeignete Organisation verfügen, welche die sachgerechte Verwahrung und Verwaltung nachrichtenloser Vermögenswerte gewährleistet.

Die Liquidation nachrichtenloser Vermögenswerte wird in den Art. 54 ff. BankV näher ausgeführt. Bevor die Bank indes zur Liquidation schreiten kann, muss sie das vorgeschriebene Publikationsverfahren durchlaufen. Die Bank hat dabei die berechtigten Personen öffentlich dazu aufzurufen, ihre Ansprüche innert Jahresfrist anzumelden. Die Publikationsvorschriften stellen eine gesetzlich geregelte und auf Verordnungsstufe konkretisierte Ausnahme vom Bankkundengeheimnis dar. Die Publikation enthält im Regelfall Name, Geburtsdatum und Staatsangehörigkeit der berechtigten Person. Die Veröffentlichung erfolgt im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) oder auf einer eigens von Banken für diese Zwecke organisierten und zentral verwalteten elektronischen Plattform.

Keine Publikation muss für Vermögenswerte erfolgen, die einen Wert von höchstens 500 Franken aufweisen. Dieser Wert berechnet sich nach dem Gesamtwert der Vermögenswerte, die eine Bank von derselben berechtigten Person gebucht hat, verwahrt oder verwaltet.

Hat die Bank das Publikationsverfahren durchlaufen und ist keine Meldung der berechtigten Person eingegangen, so hat sie zwei Jahre Zeit, die Liquidation durchzuführen. Die Liquidation muss ebenfalls innerhalb von zwei Jahren durchgeführt werden, sobald feststeht, dass im konkreten Fall Ansprüche zwar angemeldet wurden, diese aber unberechtigt sind. Über den Liquidationsbeschluss und über die Liquidation selbst ist ein Protokoll zu erstellen. Dadurch soll die Nachvollziehbarkeit gewährleistet werden. Die Kosten der Liquidation werden vorab aus deren Erlösen getilgt. Die Nettoerlöse werden schliesslich einmal jährlich der Eidgenössischen Finanzverwaltung überwiesen. Die Ansprüche der berechtigten Personen erlöschen mit dem definitiven Abschluss des Liquidationsprozesses.

Anregungen von esisuisse

esisuisse hat bei der Anhörung zur Totalrevision teilgenommen. Die Stellungnahme beschränkte sich auf diejenigen Aspekte, welche die Einlagensicherung direkt betreffen. Während esisuisse

die Anpassungen des fünften Kapitels der Verordnung (Einlagensicherung, Art. 43 und 44 BankV) grundsätzlich begrüsst, hat esisuisse vorgeschlagen, für bestimmte Fälle eine Beweislastumkehr zu Lasten des Bankkunden vorzusehen. Diese Beweislastumkehr hätte bei Verdacht greifen sollen, wonach Forderungen aus privilegierten Einlagen ganz oder teilweise unberechtigt sind. Weiter hat esisuisse angeregt, eine ausdrückliche Frist (20 Tage nach Verfügung der Schutzmassnahme) für die Auszahlung aufzunehmen. esisuisse vertrat die Auffassung, dass nur eine explizit genannte Frist den Einlegern kommuniziert werden könne. Um das Vertrauen in die Einlagensicherung zu stärken, sei eine verbindliche Frist von zentraler Bedeutung. Die vorgeschlagene Frist von 20 Tagen entspricht der Frist, wie sie in der EU-Richtlinie über die Einlagensicherung vorgesehen ist.

Der Bundesrat hat die Anregungen von esisuisse der Stossrichtung nach aufgenommen: Nach Art. 43 Abs. 2 BankV kann der mit dem Auszahlungsplan Beauftragte vom Einleger einen Nachweis für die Berechtigung seiner Forderung verlangen, falls Zweifel an der Ordnungsmässigkeit der Buchführung bestehen. Damit wurde entsprechend den Forderungen von esisuisse bei Zweifeln an der Rechtmässigkeit des Einlagensicherungsanspruchs ein adäquater Prüfmechanismus eingeführt.

Die von esisuisse verlangte Festschreibung der zwanzigtägigen Auszahlungsfrist wurde dagegen nicht in die BankV aufgenommen. Der mit der Abwicklung Beauftragte wird aber dazu verpflichtet, den Einlegern die gestützt auf den Auszahlungsplan gesicherten Einlagen auszuzahlen, sobald er den Betrag vom Träger der Einlagensicherung erhalten hat. Diese Regelung der revidierten BankV kommt dem Anliegen einer umgehenden Auszahlung der gesicherten Einlagen nach.



Dr. Thomas Müller
LL.M., Attorney at Law
Partner Walder Wyss
Attorneys at Law

APERÇU DE LA NOUVELLE ORDONNANCE SUR LES BANQUES

La nouvelle Ordonnance sur les banques (OB) est entrée en vigueur début 2015. L'objectif principal de la révision totale de l'OB sur les banques consistait à déployer le nouveau droit comptable (art. 25 à 42 de l'OB) d'une part et la réglementation adoptée par le Parlement concernant le traitement des avoirs en déshérence par les banques suisses (art. 45 à 59 de l'OB) d'autre part. Si les dispositions précitées ont été fortement modifiées, les autres dispositions de l'Ordonnance ont seulement fait l'objet d'ajustements de forme et rédactionnels de moindre importance. Les remarques formulées par esuisse ont été largement prises en compte dans la révision de l'OB.

Modification des dispositions comptables

Les modifications des nouvelles dispositions comptables tiennent compte des changements des dispositions comptables entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2013, tels qu'inclus dans le droit des obligations. L'objectif consistait entre autres à intégrer les évolutions internationales dans le domaine de la comptabilité. Les états financiers individuels peuvent être établis selon le principe du *True and Fair View*.

Une explication plus détaillée sur les dispositions comptables applicables aux banques figure dans la circulaire 2015/1 de la FINMA intitulée «Comptabilité banques, Prescriptions comptables pour les banques, négociants en valeurs mobilières, groupes et conglomérats financiers» (PCB). Le rapport explicatif de la FINMA sur la révision de la comptabilité des banques du 29 octobre 2013 doit lui aussi être pris en compte.

Les PCB complètent et concrétisent les dispositions relatives à la tenue des comptes et à la comptabilité du 32^e titre du code des obligations, de la Loi sur les banques (LB) et de l'OB sur les banques. Les prescriptions comptables du code des obligations s'appliquent en l'absence de toute disposition spéciale contraire applicable aux banques dans la LB, l'OB et les PCB.

Les PCB exigent une adaptation aux spécificités de l'activité bancaire et une représentation des transactions économiques et des circonstances. La garantie d'une uniformisation adéquate et d'une comparabilité des opérations vise à tenir compte du principe de différenciation selon la taille et l'activité économique de manière judicieuse.

Nouvelle réglementation sur les avoirs en déshérence

Les dispositions légales sur le transfert et la liquidation des avoirs en déshérence reposent sur un historique de déboires législatifs long de plus de 15 ans qui trouve ses racines dans la réflexion critique sur les avoirs en déshérence des victimes du nazisme sur des comptes bancaires suisses. Après plusieurs tentatives échouées de règlement du problème des avoirs en déshérence par la voie législative, une solution a été trouvée avec les art. 37l et 31m LB, qui s'applique uniquement aux banques. L'art. 37l LB régit le transfert des avoirs en déshérence à une autre banque, tandis que l'art. 37m LB prévoit la liquidation finale des avoirs en déshérence.

Cette nouvelle réglementation était nécessaire, d'une part, car la résiliation de la relation d'affaires en cas de déshérence n'était pas possible à intervalles régulières. La résiliation en tant que déclaration d'intention nécessitant réception suppose que le destinataire a reçu la déclaration. S'il n'est pas joignable, la résiliation n'a en principe aucun effet. D'autre part, les droits réels sur les biens mobiliers n'arrivent jamais à expiration. Ce constat a surtout des conséquences sur les objets contenus dans les coffres-forts des banques. Le client bancaire ne perd ainsi jamais ses droits réels sur les biens mobiliers déposés dans le coffre-fort de la banque. La banque ne peut pas non plus posséder les biens mobiliers par la force car elle ne peut dans un tel cas prouver sa bonne foi.

Concrétisation au moyen de l'Ordonnance

Le cadre réglementaire du transfert et de la liquidation est concrétisé dans l'art. 45 ss. LB. De plus, les directives de l'Association suisse des banquiers relatives au traitement des avoirs sans contract et en déshérence auprès de banques suisses (Directives Narilo) de décembre 2014 doivent être prises en compte. Elles ont été reconnues par l'organe fédéral de surveillance du marché financier (FINMA) en tant que réglementation standard minimum et lient par conséquent les banques.

Selon l'OB sur les banques, des avoirs sont réputés en déshérence lorsque la banque n'est plus parvenue, depuis dix ans à compter du dernier contact, à reprendre contact avec le client concerné ou avec ses successeurs légaux (ayants droit), ou encore avec un fondé de procuration désigné par eux.

Le transfert des avoirs en déshérence de la banque transférante à la banque reprenante est régi par les art. 46 ss. OB. Les dispositions de l'Ordonnance exigent la rédaction d'un

La nouvelle Ordonnance sur les banques

contrat écrit aux fins du transfert de valeurs en déshérence de la banque transférante à la banque reprenante. La banque reprenante doit, dans la mesure des informations disponibles, être à même d'attribuer les avoirs en déshérence qui lui ont été transférés à leur ayant droit. Elle doit par ailleurs disposer d'une organisation appropriée pour garder en dépôt et gérer les avoirs en déshérence.

La liquidation des avoirs en déshérence est traitée en détail dans les art. 54 ss. OB. Avant de pouvoir procéder à la liquidation, la banque doit suivre le processus de publication décrit. A cet égard, elle est tenue d'appeler publiquement les ayants droit à annoncer leurs prétentions dans un délai d'un an. Les prescriptions relatives à la publication constituent une exception au secret bancaire régie par la loi et concrétisée par l'Ordonnance. La publication contient en règle générale le nom, la date de naissance et la nationalité de l'ayant droit. La publication a lieu dans le Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) ou sur une plateforme électronique organisée et gérée de manière centralisée par les banques à cette unique fin.

La publication n'est pas requise pour les avoirs ne dépassant pas 500 francs. La valeur de ces avoirs est calculée en fonction de la valeur totale des avoirs en déshérence du même ayant droit qui sont comptabilisés, gardés en dépôt ou gérés par une même banque.

Lorsque la banque a suivi la procédure de publication et lorsqu'aucune annonce de l'ayant droit ne lui est parvenue, elle dispose de deux ans pour procéder à la liquidation. La liquidation doit aussi intervenir sous deux ans lorsque des annonces sont parvenues à la banque, mais qu'elles se sont révélées infondées. La banque doit dresser un procès-verbal de sa décision de liquider les avoirs en déshérence et de la liquidation elle-même afin d'assurer la compréhensibilité. Les frais de liquidation sont débités du produit de la liquidation. La banque vire le produit net de la liquidation à l'Administration fédérale des finances une fois par an. La clôture de la liquidation entraîne l'extinction des prétentions des ayants droit.

Suggestions d'esisuisse

esisuisse a participé à l'audition sur la révision totale. Sa prise de position s'est limitée aux aspects concernant directement la garantie des dépôts. Si esisuisse a salué, en principe, les modifications du cinquième chapitre de l'Ordonnance (Garantie des dépôts, art. 43 et 44 OB), elle a proposé la mise

en place, dans certains cas, d'un renversement du fardeau de la preuve à la charge du client bancaire. Ce renversement du fardeau de la preuve aurait dû être appliqué lorsque la banque soupçonnait des créances de dépôts privilégiés d'être injustifiées en tout ou partie. esisuisse a suggéré en outre l'adoption d'un délai exprès (20 jours après la disposition de la mesure de protection) pour le paiement. L'association était d'avis que seul un délai explicite pouvait être communiqué aux déposants. Un délai obligatoire est essentiel au renforcement de la confiance dans la garantie des dépôts. Le délai proposé de 20 jours correspond à celui que prévoit la directive de l'UE sur la garantie des dépôts.

Le Conseil fédéral a repris l'esprit des suggestions d'esisuisse: selon l'art. 43, al. 2 OB, le responsable du plan de remboursement peut demander aux déposants de justifier leurs prétentions lorsqu'il y a lieu de douter de la régularité de la comptabilité. Ainsi un mécanisme de contrôle adéquat en cas de doute quant à la légitimité de la prétention à la garantie des dépôts a-t-il été introduit, conformément aux exigences d'esisuisse.

En revanche, l'inscription du délai de versement de 20 jours demandé par esisuisse n'a pas été reprise dans l'OB. Le responsable de l'exécution est toutefois tenu de rembourser aux déposants les dépôts garantis en vertu du plan de remboursement dès qu'il aura reçu le montant de la part du porteur de la garantie des dépôts. Cette réglementation de l'OB révisée satisfait la demande de remboursement rapide des dépôts garantis.



Dr Thomas Müller
LL.M., Attorney at Law
Associé Walder Wyss
Attorneys at Law

OVERVIEW OF THE NEW BANKING ORDINANCE

The new Banking Ordinance (BankV) came into effect at the start of 2015. This has been totally revised with the aim of implementing, firstly, the new law on accounting (Articles 25-42 BankV) and, secondly, the arrangements approved by parliament on how Swiss banks deal with dormant assets (Articles 45-59 BankV). These provisions have undergone substantive changes, whereas the rest of the Ordinance saw merely minor amendments of form or wording. Most of the comments *esquisse* made while the Ordinance was being revised have been taken on board.

Changes in accounting rules

The changes in the new accounting rules reflect the changes to accounting rules which took effect on 1 January 2013, as set out in the Code of Obligations (CO). One aim of these was to reflect international developments in accounting. Financial statements may be drawn up using the principle of a true and fair view.

For a more detailed explanation of the accounting rules that apply to banks, please refer to FINMA Circular 2015/1 Accounting rules for banks, securities dealers, financial groups and conglomerates (ARB). The FINMA explanatory report on the revision of accounting for banks dated 29 October 2013 must also be observed.

The ARB enhances and fleshes out the rules on book keeping and accounting in Title 32 of the CO, the Banking Act (BankG) and the BankV. The accounting rules in the CO apply provided neither the BankG, the BankV nor the ARB specifically stipulate otherwise for banks.

The ARB insists that business transactions and situations must be recorded and reported in a way that is adapted to the specific nature of banking. While ensuring appropriate consistency and comparability between financial statements, sensible allowance must be made for distinguishing by size and activity.

New rules for dormant assets

The legal provisions on transferring and liquidating dormant assets follow on from a 15-year tale of legislative woe. Everything goes back to the way dormant assets held in Swiss bank accounts belonging to victims of National Socialism were dealt with. After several failed attempts to find a comprehensive legal settlement for the problem of dormant assets, Articles 37l and 37m of the BankG provide a solution that applies only to banks. Article 37l deals with the transfer of dormant assets to another bank and Article 37m with their ultimate liquidation.

The new rules were needed because under current law it is not normally possible to terminate a dormant banking relationship. Notice of termination is a declaration of intent which must be received, i.e. the declaration must be served on the recipient. If the recipient cannot be contacted, the notice of termination has no force. Secondly, real rights to moveable assets have no time limit. This has consequences for items in bank safety deposit boxes. A customer does not lose his or her rights to moveable assets stored in a deposit box. The bank cannot acquire title to moveable assets stored with it by default because it lacks the good faith to do so.

Clarification in the form of an Ordinance

The legal framework for transfer and liquidation is set out in Articles 45ff BankV. In addition, the Swiss Bankers Association's Guidelines on the treatment of assets without contact and dormant assets held at Swiss banks (Guidelines on Dormant Assets) of December 2014 must be observed. These have been recognised by FINMA as the minimum regulatory standard and so are binding on banks.

Under the BankV, assets are considered dormant if the bank has been unable to make contact for ten years following the last contact with the customer or their heirs or an authorised agent.

Articles 46ff BankV govern the transfer of dormant assets from one bank to another. These stipulate that transfer from one bank to another requires a written agreement. The receiving bank must be able to allocate the transferred assets to the beneficiary where this is possible on the available information. It must also have a suitable organisational structure to allow it to hold and manage dormant assets properly.

The new Banking Ordinance

The liquidation of dormant assets is described in detail in Articles 54ff BankV. The prescribed publication procedure must be completed before a bank can proceed to liquidation. This involves the bank making a public request for the beneficial owners to make contact within one year. The publication rules are a legally determined exception to bank-client confidentiality set out in the form of an Ordinance. Publication normally includes the name, date of birth and citizenship of the beneficial owner, and takes place in the Swiss Official Gazette of Commerce (SOGC) or on a centrally managed electronic platform set up specially for this purpose by the banks.

No publication is required for assets worth less than CHF 500. This figure is calculated as the total value of all assets posted, held in custody or managed by a bank for the same person.

Once the bank has completed the publication procedure and the beneficial owners have not made contact, liquidation must take place within two years. Liquidation must also be carried out within two years in cases where claims are registered but these prove to be groundless. A documentary record must be kept of the decision to liquidate and the liquidation itself. This is to ensure traceability. The costs of the liquidation are deducted from the proceeds. Once a year the net proceeds are then transferred to the Swiss Federal tax Administration. Any claims held by beneficial owners are extinguished once the liquidation process has been definitively completed.

Suggestions made by esisuisse

esisuisse took part in the hearing on the total revision. Comments were restricted to issues directly affecting depositor protection. While esisuisse essentially welcomed the changes to chapter five of the Ordinance (Depositor Protection, Articles 43 and 44 BankV), it proposed that the burden of proof should be shifted onto bank customers in some cases. This would apply where there was a suspicion that claims for preferential deposits were partially or entirely unjustified. esisuisse further suggested an explicit time limit for making payouts (20 days after

protective measures have been ordered), on the grounds that it is only possible to communicate a specific deadline to investors. A binding deadline is essential for boosting confidence in the depositor protection system, it argued. The proposed 20-day limit is the same as the deadline specified in the EU Deposit Guarantee Schemes Directive.

The Federal Council agreed with the general thrust of the esisuisse recommendations: under Article 43 (2) BankV, the agent appointed to carry out the payment plan is entitled to demand proof of entitlement to a claim when there are doubts as to the accuracy of the financial records. This meets the call by esisuisse for an adequate checking mechanism in cases where there are doubts about the legal basis for a claim being made under depositor protection.

However, the request that the 20-day deadline for payment be set down in the BankV was not heeded. The resolution agent appointed is required, though, to pay out protected deposits to investors on the basis of the payment plan as soon as the amount is received from the sponsors of the depositor protection scheme. This provision in the revised BankV is in line with the desire for protected deposits to be paid out promptly.



Dr. Thomas Müller
LL.M., Attorney at Law
Partner Walder Wyss
Attorneys at Law