

26 novembre 2010

Circulaire 2011/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA »

Rapport sur l'audition du 11 juin 2010 relative au projet de circulaire 2011/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la Loi sur le blanchiment d'argent »

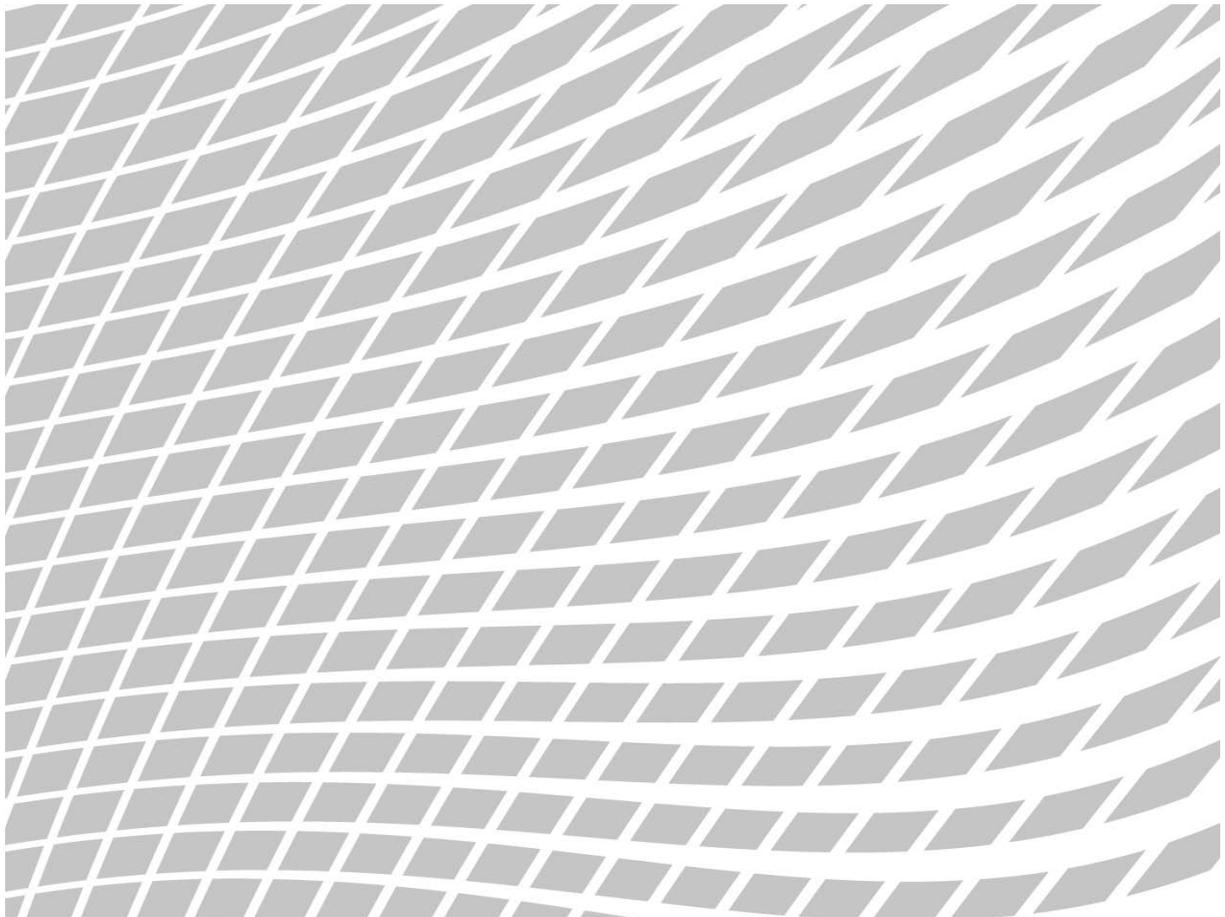


Table des matières

Liste des abréviations	3
1 Introduction	5
2 Prises de position reçues	5
3 Résultat et évaluation	6
3.1 Généralités	6
3.2 Précisions de la circulaire sur l'art. 1 OIF	6
3.2.1 Transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire	6
3.2.2 Pratique relative aux auxiliaires	7
3.3 Opérations de crédit (art. 3 OIF)	8
3.3.1 Activité du preneur de crédit	8
3.3.2 Octroi de crédits à titre accessoire	8
3.4 Trafic des paiements (art. 4 OIF)	9
3.5 Activité de négoce (art. 5 OIF)	10
3.5.1 Négoce de métaux précieux	10
3.5.2 Négoce de matières premières	10
3.5.3 Négoce de valeurs mobilières	11
3.6 Autres activités (art. 6 OIF)	11
3.6.1 Gestion de fortune et conseil en placement	11
3.6.2 Placements collectifs de capitaux et sociétés d'investissement	12
3.6.3 Conservation de valeurs mobilières	13
3.6.4 Activité d'organe de sociétés de domicile	13
3.6.5 Avocats et notaires	14
3.6.6 Intermédiation financière dans l'immobilier	15
3.7 Actes étatiques	16
3.8 Activité exercée à titre professionnel	16
4 Conclusion	17

Liste des abréviations

AdC LBA	Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent
AFF	Administration fédérale des finances
ARIF	Association Romande des Intermédiaires Financiers
ASB	Association suisse des banquiers
ASG	Association suisse des gérants de fortune
CAPS	Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse
CDB 08	Convention relative à l'obligation de diligence des banques
COMECO	Commission Criminalité Economique
CP	Code pénal suisse
economiesuisse	Fédération des entreprises suisses
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
Forum OAR	Forum des organismes suisses d'autorégulation
IFDS	Intermédiaires financiers directement soumis à l'autorité de contrôle (FINMA)
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne
LBA, loi sur le blanchiment d'argent	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières
LPCC	Loi fédérale du 23 juin 2009 sur les placements collectifs de capitaux
MPC	Ministère public de la Confédération
MROS	Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent
OAD FCT	Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino
OAR CFF	Organisme d'autorégulation des Chemins de fer fédéraux suisses
OAR Poste	Organisme d'autorégulation de La Poste Suisse
OAR	Organisme d'autorégulation

OAR/ASSL	Organisation d'autorégulation de l'association suisse des sociétés de leasing
OB	Ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne
OBVM	Ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières
OFJ	Office fédéral de la justice
OIF	Ordonnance du 18 novembre 2009 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel
OPCC	Ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux
P-OBA ou P-OBA-FINMA	Projet d'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 8 juin 2010 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme
SFI	Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales
SwissHoldings	Fédération des groupes industriels et de services en Suisse
USPI	Union suisse des professionnels de l'immobilier
VQF	Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (association pour l'assurance de la qualité dans le domaine des services financiers)

1 Introduction

L'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF ; RS 955.071) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010 afin de préciser le champ d'application de l'art. 2, al. 3, de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0). Elle autorise la FINMA à concrétiser l'OIF. La FINMA estime que ces précisions peuvent être consignées sous la forme d'une circulaire. L'Administration fédérale des finances (AFF) a publié un bref commentaire de l'OIF (ci-après « bref commentaire »), qui se réfère dans son introduction à la compilation d'assujettissement de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent datée du 29 octobre 2008 (ci-après « compilation d'assujettissement »). Il en ressort que la pratique précédente relative à l'assujettissement en vertu de la LBA devrait être conservée en grande partie. L'OIF a cependant apporté plusieurs nouveautés par rapport à cette pratique.

La FINMA a publié le projet de circulaire « Activité d'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent » sur son site internet le 11 juin 2010 et engagé ainsi la procédure d'audition. Les destinataires suivants ont été contactés dans ce cadre :

- Commission de surveillance CDB
- Commission Criminalité Economique (COMECO)
- economiesuisse, Fédération des entreprises suisses
- Finanzmarktaufsicht Liechtenstein (FMA)
- Forum OAR
- Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS)
- Association Suisse d'Assurances (ASA)
- Schweizer Verband Unabhängiger Effekthändler (SVUE)
- SwissBanking, Association suisse des banquiers
- Swiss Funds Association (SFA)
- SwissHoldings, Fédération des groupes industriels et de services en Suisse
- Chambre fiduciaire

Une consultation des offices a été menée en parallèle.

2 Prises de position reçues

Les participants suivants à la procédure d'audition ont pris position : Commission Criminalité Economique (COMECO) ; economiesuisse ; Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS) ; Association suisse des banquiers ; SwissHoldings ; Chambre fiduciaire. Les organismes

d'autorégulation VQF, ASG, OAR/ASSL, ARIF, OAD FCT, OAR Poste, OAR CFF, l'USPI et une étude d'avocats suisse ont également émis un avis.

3 Résultat et évaluation

3.1 Généralités

D'une manière générale, il ressort des prises de position reçues que la circulaire est trop courte, qu'elle comporte trop peu d'exemples et qu'elle est donc peu conviviale et difficilement compréhensible pour les intermédiaires financiers. Le fait que très peu d'explications aient été reprises de la compilation d'assujettissement précédente ou du bref commentaire a également été critiqué. L'absence de précisions relatives à l'intermédiation financière dans l'immobilier notamment est déplorée, et l'on craint une forte recrudescence des questions relatives à l'assujettissement et de la charge de travail connexe auprès des organismes d'autorégulation et de la FINMA.

La nouvelle version de la circulaire de la FINMA tient ainsi compte du besoin d'explications plus proches de la pratique et d'exemples accrus. Ainsi, un chapitre entier est désormais consacré au secteur immobilier. Des exemples ont également été ajoutés à d'autres endroits, conformément aux avis émis par les participants à l'audition.

L'Association suisse des gérants de fortune (ASG) estime que la circulaire devrait comporter une définition du secteur financier. Bien que cette objection soit justifiée, on renoncera à introduire une telle définition. L'art. 2, al. 3, LBA et l'OIF n'en comprennent pas, mais énumèrent les activités soumises à la LBA. En outre, la FINMA considère que cela n'est pas indispensable pour répondre aux questions sur l'assujettissement en vertu de la LBA.

3.2 Précisions de la circulaire sur l'art. 1 OIF

3.2.1 Transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire

Plusieurs participants à la procédure d'audition ont suggéré que le transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire soit décrit de manière plus précise.

Evaluation

La FINMA est en principe d'avis que les points définissant le transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire sont décrits de façon précise. Cependant, elle partage l'opinion que l'indication de plus d'exemples peut être utile pour les intermédiaires financiers.

Concernant le critère de la rémunération supplémentaire, l'ARIF a proposé d'ajouter « outre que celle destinée à couvrir les coûts nécessaires de la transaction » (Cm 16).

Conclusion

La FINMA a donc ajouté différents exemples concernant le transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire. De plus, un chapitre entier est désormais consacré au secteur immobilier, où l'exception du transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire peut s'appliquer. Ce chapitre résume les précisions de la compilation d'assujettissement (Cm 124 ss).

La condition relative à la rémunération supplémentaire au titre de la prestation accessoire (Cm 16) a été précisée : on parle d'importance subalterne lorsqu'il n'est pas demandé de rémunération supplémentaire au titre de la prestation accessoire autre que celle destinée à couvrir les coûts nécessaires à la transaction.

Il est en outre précisé qu'un transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire est donné si les indices énoncés sont cumulativement remplis.

3.2.2 Pratique relative aux auxiliaires

La pratique relative aux auxiliaires est désormais régie à l'art. 1, al. 2, let. f, OIF. Elle diverge de la pratique précédente en ce sens que la clause dite « d'exclusivité » vaut à présent uniquement pour la transmission de fonds ou de valeurs. Le projet de circulaire précisait à cet égard que cette pratique s'applique également lorsque l'auxiliaire est lui-même un intermédiaire financier, ce que plusieurs participants à l'audition ont critiqué, arguant du fait que l'OIF ne comporte aucune base légale réglementant la collaboration entre plusieurs intermédiaires financiers.

La FINMA partage cet avis, à savoir que la collaboration entre les intermédiaires financiers ne peut être réglée dans la circulaire « intermédiation financière au sens de la LBA ».

Un participant à l'audition a également souligné le fait qu'une définition du terme « auxiliaire » serait utile, car celui-ci est souvent mal compris.

Evaluation

Il ressort de l'art. 1, al. 2, let. f, OIF que cette disposition vise notamment à réglementer les relations avec des agents (art. 418a ss du Code des obligations) dans les activités d'intermédiation financière en vertu de l'art. 2, al. 3, LBA.

Conclusion

La dernière phrase du Cm. 21 du projet de circulaire qui visait à introduire la clause d'exclusivité pour le transfert de fonds ou de valeurs aussi pour la collaboration de deux intermédiaires financiers autorisés a été supprimée. Une disposition correspondante visant à limiter le smurfing entre plusieurs prestataires sera intégrée à l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (art. 61 al. 3 OBA-FINMA).

Pour les raisons énoncés ci-dessus, la circulaire ne contiendra pas de définition de l'auxiliaire.

3.3 Opérations de crédit (art. 3 OIF)

3.3.1 Activité du preneur de crédit

Des précisions concernant le non-assujettissement du preneur de crédit ont été apportées dans la circulaire afin de répondre au besoin d'exemples pratiques plus concrets. Elles sont également considérées comme utiles, car de très nombreuses questions d'assujettissement se posent en la matière.

Conclusion

La circulaire prévoit que les corporations et établissements de droit public qui peuvent accepter des dépôts du public conformément à l'art. 3a, al. 1, de l'ordonnance sur les banques (OB), ainsi que les caisses dont ils garantissent intégralement les engagements ne sont pas assujettis à la LBA. Les dépôts des associations et des sociétés coopératives sont exclus du champ d'application de la LBA s'ils satisfont aux conditions de l'art. 3a, al. 4, let. d, OB. Cela s'applique également aux dépôts des employés et des retraités d'une entreprise lorsque les fonds sont déposés auprès de cette dernière (art. 3a, al. 4, let. e, OB). Cependant, dès que d'autres prestations d'intermédiation financière au sens de la LBA (par ex. gestion de fortune, prestations pour le trafic des paiements, etc.) sont fournies en relation avec l'acceptation de dépôts, il y a obligation d'assujettissement. Cela correspond à la pratique précédente de l'ancienne Autorité de contrôle et à celle de la FINMA (Cm 36).

3.3.2 Octroi de crédits à titre accessoire

Des positions divergentes ont été exposées concernant les formes de leasing soumises à la LBA : certains participants à l'audition (OAR/ASSL) pensent que le leasing direct et la vente par acomptes sont des formes de financement assujetties à la LBA, alors que d'autres (SwissHoldings, ARIF) estiment que l'octroi d'un leasing par des sociétés d'un groupe à un preneur de leasing ne devrait pas relever de cette loi en tant que forme de leasing direct. Les défenseurs de ce point de vue arguent que l'assujettissement à la loi sur le blanchiment d'argent dépend ainsi du type d'organisation du bailleur.

Evaluation et conclusion

De l'avis de la FINMA, cette question a été tranchée de manière exhaustive par le Département fédéral des finances, puisque son bref commentaire de l'OIF précise que les activités financières exercées pour des tiers par une société d'un groupe sont considérées comme intermédiation financière (cf. bref commentaire de l'OIF, p. 3 s.).

Selon l'OAR/ASSL, l'introduction de critères quantitatifs est nécessaire pour préciser l'octroi de crédits à titre accessoire. Les intermédiaires financiers doivent pouvoir évaluer eux-mêmes s'ils sont ou non soumis à la LBA. L'OAR/ASSL fait donc la proposition suivante : l'octroi de crédits n'est plus à titre accessoire si une entreprise comptant plus de 20 clients conclut des contrats de crédit dont le volume dépasse 5 millions et qui génèrent des recettes d'intérêts supérieures à 250 000 CHF par an.

SwissHoldings préconise en revanche une solution sans valeur seuil quantitative. Si une telle valeur devait néanmoins être introduite, le rapport entre le produit brut réalisé par l'activité d'octroi du crédit et celui réalisé par l'entreprise ou le segment pourrait être utilisé comme une indication, un rapport de 10% ne devant alors pas être dépassé.

Evaluation

La FINMA pense que les questions relatives à l'assujettissement en matière d'octroi de crédits à titre accessoire peuvent être traitées au cas par cas et sur la base des approches présentées. Des critères quantitatifs permettant de déterminer les cas relevant d'un « octroi de crédits à titre accessoire » sont cependant utiles, notamment pour les acteurs du marché. Il convient toutefois de privilégier des critères relatifs afin de prendre en considération les expressions « à titre accessoire » et « importance subalterne ».

Conclusion

C'est pourquoi la circulaire précise qu'un rapport de 10% ou moins entre le produit brut issu de l'activité de crédit (recettes d'intérêt) et le produit brut de l'entreprise (ou le cas échéant le produit brut du segment d'affaires) indique un octroi de crédits à titre accessoire (Cm 49).

3.4 Trafic des paiements (art. 4 OIF)

En matière de transferts et de transmissions opérés sur ordre du débiteur de la prestation, l'Association suisse des banquiers souligne qu'il existe en l'espèce un moyen de détourner la loi, si le débiteur ne rémunère le prestataire qu'après le transfert.

Evaluation

La FINMA considère utile de préciser dans ce sens.

Conclusion

Le chiffre marginal 58 a été précisé pour éviter tout malentendu.

Plusieurs participants à l'audition ont mis en avant le fait que les conditions d'exemption relatives à l'assujettissement pour les paiements de salaires (Cm 60 ss) étaient impossibles à satisfaire. L'intermédiaire financier ne peut notamment pas influencer sur la mention spécifiant la restriction.

Evaluation

La FINMA considère que le Cm. 62 de la circulaire suffit pour empêcher tout détournement de l'exception pour les paiements de salaires.

Conclusion

Le chiffre marginal 54 du projet de circulaire a été supprimé dans la version remaniée, vu que le Cm 62 suffit pour éviter un détournement.

3.5 Activité de négoce (art. 5 OIF)

3.5.1 Négoce de métaux précieux

L'ASG estime que le négoce pour propre compte de métaux précieux bancaires par le biais de comptes de métaux précieux ne devrait pas être soumis à la LBA.

Evaluation

La compilation d'assujettissement de l'ancienne Autorité de contrôle portait aussi bien sur le négoce physique que sur le négoce effectué à l'aide de comptes de métaux précieux et renvoyait à la circulaire FINMA 2008/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires », qui stipule que les négociants en métaux précieux ne sont pas assujettis à la loi sur les banques s'ils disposent physiquement des avoirs en métaux précieux de leurs clients et si ceux-ci bénéficient d'un droit de distraction en cas de faillite du négociant (Cm 16^{bis}). S'ils disposent physiquement des avoirs en métaux précieux de leurs clients au sens du chiffre marginal 16^{bis}, les négociants en métaux précieux ne sont soumis qu'à la LBA. S'ils gèrent des comptes de métaux précieux sans disposition physique (par ex. comptes or sur une plate-forme de négoce en ligne), il ne s'agit alors pas d'une activité de négoce de métaux précieux conformément à l'art. 2, al. 3, LBA, mais d'une activité bancaire. Le négoce pour propre compte des clients bancaires par l'intermédiaire de tels comptes or ne peut donc pas entraîner un assujettissement en vertu de l'art. 2, al. 3, LBA.

Conclusion

Afin d'éviter tout malentendu, la circulaire ne mentionne plus le négoce à l'aide de comptes métaux (Cm 66 ss).

3.5.2 Négoce de matières premières

Plusieurs participants à l'audition ont indiqué que la circulaire devrait préciser dans tous les cas quand le seul négoce pour le compte de tiers est assujetti en vertu de l'art. 5 OIF et quand cet assujettissement s'applique également au commerce pour propre compte.

Conclusion

Il est précisé que conformément au texte de l'OIF, seul le négoce de matières premières pour le compte de tiers est assujetti (Cm 72).

3.5.3 Négoce de valeurs mobilières

Un participant a critiqué la formulation du projet de circulaire, selon laquelle l'exception mentionnée à l'art. 5, al. 3, OIF, c'est-à-dire le non-assujettissement à la LBA des négociants en valeurs mobilières hors du champ d'application de la loi sur les bourses, ne s'appliquerait pas aux négociants agissant pour le compte de clients au sens de l'art. 3, al. 5, de l'ordonnance sur les bourses, car l'art. 5, al. 3, OIF comporte une réglementation exhaustive.

Evaluation

LA FINMA suit cet avis. Néanmoins, il est nécessaire de préciser que les négociants agissant pour le compte de clients au sens de la loi sur les bourses et qui, de surcroît, pratiquent la gestion de fortune ou fournissent des services dans le domaine du trafic des paiements restent assujettis à la LBA en fonction des dispositions respectives (art. 4 et 6 OIF, Cm 83).

Conclusion

Ce paragraphe de la circulaire sera adapté en conséquence.

3.6 Autres activités (art. 6 OIF)

3.6.1 Gestion de fortune et conseil en placement

Il est ressorti des prises de position que la circulaire était trop vague quant aux types de procuration entraînant l'assujettissement d'un gestionnaire de fortune.

Evaluation

Selon la compilation d'assujettissement, la simple transmission des ordres d'achat passés par le client (par ex. la transmission sous pli fermé d'un fax ou d'un courriel [ordre du client sous forme de document PDF en pièce jointe]) n'entraînait pas l'assujettissement (Cm 91). La FINMA considère utile de reprendre des précisions allant dans ce sens dans la circulaire.

Conclusion

La version remaniée de la circulaire en tient compte et reprend les explications correspondantes de la compilation d'assujettissement sur le transfert d'ordres. Il convient également de préciser que les conseillers en placement sont soumis à la LBA lorsqu'ils exécutent des mandats isolés en tant que tels (art. 6, al. 1, let. b, OIF). Tel est le cas s'ils sont habilités à placer des ordres auprès du gestionnaire de fortune ou de la banque dépositaire du client ou s'ils disposent de procurations correspondantes (Cm 96).

3.6.2 Placements collectifs de capitaux et sociétés d'investissement

L'Association suisse des banquiers et l'ASG déplorent que la circulaire ne comporte aucune explication sur l'assujettissement des gestionnaires de placements collectifs étrangers.

Evaluation

Conformément à la pratique de l'ancienne Autorité de contrôle et de la FINMA, les gestionnaires de placements collectifs étrangers ayant leur siège en Suisse sont soumis à la LBA dans la mesure où ils ne relèvent pas de la loi sur les placements collectifs (LPCC) et le placement collectif qu'ils gèrent n'est pas soumis à une surveillance équivalente au sens de la LPCC. Tout comme les participants à l'audition, la FINMA considère que des précisions correspondantes dans la circulaire seraient utiles dans la pratique.

Conclusion

La circulaire indique désormais que les gestionnaires de placements collectifs étrangers tombent sous le coup de la LBA si le placement collectif qu'ils gèrent n'est pas soumis à une surveillance équivalente au sens de la LPCC (art. 2, al. 4, let. d, LBA ; Cm 95).

Pour VQF, l'assujettissement des sociétés d'investissement cotées en bourse (art. 2, al. 3, LPCC) va trop loin, car les obligations de déclarer selon la loi sur les bourses et les informations fournies à cet égard suffisent. De plus, il est possible d'atteindre la valeur seuil ou de descendre sous celle-ci en raison des fluctuations constantes. Par ailleurs, une identification n'est possible que de manière restreinte.

Evaluation

La FINMA considère, pour sa part, que ces objections doivent être examinées dans le cadre du respect des obligations de diligence. Ainsi, le projet d'ordonnance harmonisée sur le blanchiment d'argent prévoit à l'art. 47 que les sociétés d'investissement cotées en bourse doivent vérifier l'identité des cocontractants si le seuil de 3% donnant lieu à une obligation de déclarer est atteint. Ce projet d'ordonnance tient compte de la difficulté de l'identification et du risque réduit de blanchiment d'argent en raison de la surveillance boursière, puisque l'on peut renoncer à exiger une attestation d'authenticité de la copie du document d'identification lors de la vérification de l'identité. Au demeurant, les obligations de déclarer selon la loi sur les bourses et celles de vérification d'identité selon la LBA poursuivent des objectifs différents. C'est pour cela que l'assujettissement des sociétés d'investissement cotées en bourse en vertu de la LBA est maintenu.

Conclusion

La FINMA maintient l'assujettissement des sociétés d'investissement cotées en bourse au sens de l'art. 2 al. 3 LPCC. Le délai transitoire de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la circulaire accordé aux sociétés d'investissement concernées pour s'affilier à un organisme d'autorégulation ou demander une autorisation à la FINMA se justifie, car la question de l'assujettissement des sociétés

d'investissement en vertu de la LBA n'avait jusqu'à présent pas été tranchée par l'ancienne Autorité de contrôle (Cm 154).

3.6.3 Conservation de valeurs mobilières

Plusieurs participants à l'audition ont demandé une clarification de la notion de valeurs mobilières en relation avec la conservation de celles-ci (art. 6 al. let. c OIF) et les créations d'entreprise.

Evaluation

La compilation d'assujettissement précisait que la définition des valeurs mobilières correspondait à celle contenue dans la législation sur les bourses. Aucune modification de la pratique n'est envisagée en la matière. De même, l'exception suivante doit subsister : la conservation de valeurs mobilières par un employeur pour le compte de ses employés dans le cadre d'un programme de participation des collaborateurs n'est pas soumise à la LBA si ces valeurs mobilières proviennent de son propre portefeuille ou d'une émission directe à ses employés et si elles font partie intégrante du salaire.

Conclusion

En la matière, la circulaire intègre les explications correspondantes de la compilation d'assujettissement (Cm 97ss) et précise que la conservation de valeurs mobilières dans le sens de l'art. 2 let. a de la Loi sur les bourses (LBVM ; RS 954.1) est soumise à la BLA.

Une question de VQF sur l'assujettissement des registres des actions a été prise en compte dans la circulaire, qui précise désormais que la simple tenue d'un tel registre sans conservation de titres ne fonde pas une obligation d'assujettissement selon la LBA (Cm 99).

3.6.4 Activité d'organe de sociétés de domicile

Plusieurs participants à l'audition ont souligné le fait que l'expression « société de domicile » ne correspondait pas à la définition de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08).

Evaluation

La définition donnée dans la circulaire est identique à celle de l'art. 6 al. 2 OIF. Pour les questions d'assujettissements, la FINMA préfère s'inspirer de l'OIF.

Conclusion

Comme la circulaire précise l'OIF, cette définition est conservée (Cm 102).

De plus, différentes remarques ont été formulées sur les entités qualifiées de sociétés de domicile : l'ASG estimait ainsi que les explications sur le *protector* étaient trompeuses.

Evaluation

La FINMA maintient sa pratique concernant l'assujettissement du *protector* à la LBA. Les énonciations dans la circulaire à ce sujet vont cependant être précisées. En principe, le *protector* n'est assujetti à la LBA que si ses pouvoirs sont aussi étendus que ceux du *trustee*, c'est-à-dire s'il peut disposer des valeurs patrimoniales détenues par le trust et prendre des décisions qui influent directement sur la fortune de ce dernier. Le changement du *trustee* n'en fait pas partie.

Conclusion

Ce paragraphe a été adapté dans ce sens (Cm 106 de la circulaire).

L'USPI et l'ARIF critiquent la pratique de la FINMA selon laquelle une société immobilière est considérée comme une société de domicile lorsque ses seules valeurs patrimoniales sont constituées d'un ou de plusieurs immeubles qu'elle n'administre pas elle-même.

Evaluation

La FINMA estime que cette pratique se justifie lorsqu'une société immobilière détient des immeubles comme seules valeurs patrimoniales, mais ne les administre pas elle-même.

Conclusion

Aucune modification de la pratique n'est envisagée en la matière (Cm 128). L'assujettissement des sociétés immobilières est précisé dans le chapitre concernant le secteur immobilier.

L'ASG déplore que les *trustees* de trusts à but non lucratif soient assimilés à une société de domicile, contrairement aux fondations et aux associations.

Evaluation

L'activité de *trustee* s'apparente plutôt à celle d'un gestionnaire de fortune. Or, celui-ci est soumis à la LBA lorsqu'il gère la fortune d'une fondation ou association à but non lucratif.

Conclusion

Les énonciations dans la circulaire relatives à l'assujettissement des *trustees* ont été maintenues.

3.6.5 Avocats et notaires

Selon la Fédération suisse des avocats (FSA), l'exemption de l'assujettissement ne saurait impliquer une inscription au registre des avocats d'un canton, car cette disposition va trop loin. Seul le fait que l'avocat ou son activité relève ou non du secret professionnel en vertu de l'art. 321 du Code pénal devrait être déterminant.

Evaluation et Conclusion

Jusqu'à présent, la pratique a fait ses preuves. Aucune modification de la pratique n'est envisagée.

Concernant l'assujettissement de l'avocat en tant que consignataire, la FSA a estimé que la pratique proposée par la FINMA était trop contraignante. Un avocat est en effet chargé d'affaires de consignation eu égard à son indépendance et au fait qu'il est soumis à une surveillance étatique. Il ne devrait donc pas être assujéti à la LBA en tant que consignataire s'il a été choisi comme tel en raison de sa fonction d'avocat. Swissbanking pense également que l'activité de consignataire ne devrait pas entraîner un assujettissement à la LBA pour un avocat.

Un cabinet d'avocats suisse propose que les avocats ne soient pas soumis à la LBA en tant que consignataires s'ils conseillent ou représentent également l'une des parties dans l'affaire sous-jacente. Si l'avocat est un tiers non concerné et qu'il est choisi comme consignataire, il n'y est pas assujéti lorsque ses compétences juridiques sont nécessaires à l'exécution correcte du contrat de consignation, par exemple lorsque le consignataire doit procéder à un examen juridique lors de la décision sur la restitution.

Evaluation

La FINMA considère que l'activité de consignataire exercée par un avocat peut entraîner un assujettissement à la LBA.

Conclusion

LA FINMA propose de simplifier autant que possible la formulation et de déterminer, d'une manière générale, si cette activité est en lien direct avec un mandat juridique précis. Si tel est le cas, l'avocat n'est pas soumis à la LBA en tant que consignataire. Dans certains cas, l'activité de consignataire pourra exceptionnellement être assujéti lorsque les compétences professionnelles de l'avocat ne sont pas clairement indispensables (par ex. exécution de contrats standardisés simples). Si l'avocat est un tiers non concerné et qu'il soit choisi comme consignataire, il est soumis à la LBA, à moins que ses compétences juridiques soient nécessaires à l'exécution correcte du mandat de consignation (Cm 119 ss).

3.6.6 Intermédiation financière dans l'immobilier

De nombreux participants à l'audition ont déploré l'absence de précisions sur l'assujettissement des paiements dans le secteur immobilier, contrairement à la compilation d'assujettissement.

Evaluation

La pratique existante a en principe été conservée. Certains flux de capitaux dans l'immobilier peuvent à présent être qualifiés de transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire selon l'art. 1, al. 2, let. c, OIF. Sur cette base, les instructions de paiement et le règlement des factures des entrepreneurs et fournisseurs par les architectes ou les ingénieurs lorsqu'ils sont en charge de la direction des

travaux peuvent être qualifiés de prestations accessoires (cf. description des prestations selon la norme SIA 102, point 4.4). Un agent fiduciaire demeure cependant assujéti à la LBA, car l'exécution des paiements n'est alors pas d'importance subalterne (Cm 132).

Conclusion

Tenant compte desdites modifications, la circulaire reprend désormais, sous une forme abrégée, quelques explications de cette compilation dans le chapitre « Intermédiation financière dans l'immobilier » (Cm 124 ss).

3.7 Actes étatiques

Sur ce point également, les participants à l'audition ont regretté que les exemples de la compilation d'assujétissement n'aient pas été repris dans la circulaire.

Conclusion

Celle-ci rassemble désormais ces exemples dans un paragraphe (Cm 141).

3.8 Activité exercée à titre professionnel

Selon Swissbanking, il est nécessaire de clarifier la situation des *family offices* sous le titre « Personnes proches » au sens de l'art. 7, al. 5, OIF, car il existe des problèmes d'interprétation dans la pratique : un *family office* est-il également soumis à la LBA lorsqu'il s'occupe exclusivement de la fortune d'une famille (*single family office*) mais qu'il n'existe aucun lien de parenté?

Evaluation

La FINMA estime que la situation juridique est claire. En effet, il ressort clairement du texte de l'OIF que l'énumération à l'art. 7, al. 5, est exhaustive. Dès lors, un Family Office est toujours assujéti dans l'exercice d'activités d'intermédiation financière s'il n'existe aucun lien de parenté au sens de cet article, indépendamment du fait que la prestation soit fournie à une seule ou à plusieurs familles.

Conclusion

Pour ces raisons, la FINMA considère superflu d'émettre des explications correspondantes dans la circulaire.

4 Conclusion

La circulaire n'a subi aucune modification importante. Le besoin d'exemples plus concrets et précis a néanmoins été pris en compte afin d'éviter que des questions sur l'assujettissement ne soient posées dans chaque cas.

La Circulaire 2011/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA » remplace la compilation d'assujettissement de l'ancienne Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent relative à l'art. 2, al. 3, LBA du 29 octobre 2010).

La FINMA n'exclut pas de regrouper les questions les plus fréquentes sur l'assujettissement dans une foire aux questions (FAQ).