

Lutte contre le blanchiment d'argent

Nouvelle circulaire de la FINMA

Par Olivier Unternaehrer le 14 décembre 2010

Le 26 novembre 2010, la FINMA a publié sa circulaire « Circ.-FINMA 11/1 Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA » ([Circ.-FINMA 11/1](#)). Datée du 20 octobre 2010, la Circ.-FINMA 11/1 entrera en vigueur au 1er janvier 2011 et repose sur l'article 12 de l'Ordonnance du 18 novembre 2009 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (RS 955.071, OIF) qui autorise la FINMA à en arrêter les dispositions d'exécution. Comme l'indique son sous-titre, la Circ.-FINMA 11/1 apporte ainsi des précisions concernant l'OIF et s'adresse dès lors aux intermédiaires financiers non soumis à surveillance en vertu de lois spéciales au sens de l'article 2 III LBA de même qu'aux organismes d'autorégulation autorisés par la FINMA. Selon les termes de la FINMA, la Circ.-FINMA 11/1 expose sa pratique en rapport avec la loi sur le blanchiment d'argent (et son interprétation de la LBA et de l'OIF, plus particulièrement de la notion d'intermédiation financière exercée à titre professionnel ([Communiqué de presse de la FINMA du 26 novembre 2010](#))).

Au même titre que l'OIF a remplacé l'OAIF-FINMA (RS 955.20), la Circ.-FINMA 11/1 remplace la dite « Compilation d'assujettissement » ([Pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent relative à l'art. 2, al. 3, LBA](#), publiée le 29 octobre 2008), sans toutefois la révolutionner. Cela étant, la Circ.-FINMA 11/1 apporte certaines précisions et nouveautés dont le format de cette actualité nous amène à ne commenter que certains aspects saillants, notre choix étant au demeurant coloré d'arbitraire.

(1) Une prestation est accessoire (article 1 II lit. c OIF) si (i) elle est intégrée dans une relation contractuelle ne relevant pas du secteur financier, (ii) le même cocontractant fournit les prestations principale et accessoire, (iii) elle est d'importance subalterne par rapport à la prestation principale et (iv) elle présente un lien matériel étroit avec la prestation principale, lequel doit être analysé de cas en cas (Circ.-FINMA 11/1, Cm 13-17).

(2) Un crédit est octroyé à titre accessoire (article 3 lit. f OIF) s'il satisfait 5 critères cumulatifs, à savoir que (i) la prestation principale ne relève pas du secteur financier, (ii) le fournisseur de la prestation principale octroie lui-même un crédit, (iii) un lien matériel existe entre l'octroi du crédit et la prestation principale, (iv) l'octroi du crédit est d'importance subalterne par rapport à la prestation principale et (v) le crédit est financièrement assumé par le fournisseur de la prestation principale – ce qui exclut notamment toute opération de refinancement par ce dernier (Circ.-FINMA 11/1, Cm 44-50). Comptent ainsi au rang des crédits accessoires le sursis de paiement, la mise en place d'un délai de paiement, le contrat de vente à tempérament ou le leasing direct, mais non le leasing back-to-back dès lors qu'il contrevient au critère (v) (Circ.-FINMA 11/1, Cm 50-52).

Le critère (ii) ci-dessus nous semble malheureux. Il amène en effet à différencier deux hypothèses économiquement semblables, à savoir celle d'une société d'un groupe octroyant

elle-même un crédit à son client et celle d'une société d'un groupe organisant l'octroi d'un crédit à son client par le biais d'une société (financière) du même groupe. Si une analyse du groupe de sociétés sous l'angle restreint du droit privé permet une telle distinction, une approche économique du groupe de sociétés contraint à la nier. Or, l'unité économique d'un groupe de sociétés doit selon nous prévaloir sur une analyse de droit privé dès lors que le droit financier suisse privilégie l'approche économique (« same business, same rule »). L'illustration choisie pour le critère (ii) démontre le caractère artificiel de celui-ci. L'exemple est celui d'un leasing octroyé à un client (preneur de leasing) par une société (donneur de leasing) du même groupe que la société fournissant le bien (fournisseur) dont l'acquisition est financée par le leasing (leasing indirect). Selon la Circ.-FINMA 11/1, le donneur de leasing est dans cette hypothèse soumis à la LBA nonobstant le fait que donneur de leasing et fournisseur font partie d'un seul et même groupe. En revanche, si ce même groupe met en place une structure où donneur de leasing et fournisseur ne font qu'un (leasing direct), la Circ.-FINMA 11/1 stipule que l'activité de financement ne tombe pas sous le coup de la LBA (Circ.-FINMA 11/1, Cm 32, 33 et 52).

(3) Les sociétés d'investissements exclues du champ d'application de la loi sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31, LPCC) – et par conséquent non soumises à la LBA en application de l'article 2 II lit. bbis LBA – tombent sous le coup de l'article 2 III LBA. Sont concernées les sociétés d'investissements satisfaisant les critères de l'article 2 III LPCC. Ces sociétés disposent d'un délai échéant au 30 juin 2011 pour s'affilier à un OAR (article 24 LBA) ou demander une autorisation à la FINMA (article 14 LBA) (Circ.-FINMA 11/1, Cm 94 et 154).

(4) En lien avec l'article 4 I lit. b OIF, la Circ.-FINMA 11/1 précise que l'émission de moyens de paiement ainsi que l'exploitation de systèmes de paiement permettant à des tiers de transmettre des valeurs patrimoniales sont en principe soumises à la LBA. Cela étant, l'émission de moyens de paiement et l'exploitation d'un système de paiement ne seront soumises à la LBA que pour autant qu'elles soient effectuées par un émetteur différent des utilisateurs. Ainsi un vendeur qui émet un moyen de paiement par l'intermédiaire duquel ses marchandises sont payées n'est pas un intermédiaire financier (Circ.-FINMA 11/1, Cm 63-66).

(5) Quant à savoir si l'activité des avocats et notaires – inscrits dans un registre cantonal – tombe sous le coup de la LBA, la Circ.-FINMA 11/1 confirme la distinction bien connue entre activité spécifique et non spécifique. Dans le cas particulier de l'avocat intervenant comme consignataire, la FINMA considère que cette activité est soumise à la LBA dès l'instant où les compétences professionnelles de l'avocat ne sont plus nécessaires à l'exécution du contrat de consignation. A cet égard, la FINMA part du principe (i) que l'activité de consignataire en lien direct avec un mandat juridique précis fait appel aux compétences professionnelles de l'avocat et (ii) que l'exécution d'un contrat de consignation qui n'est pas en lien direct avec un mandat juridique précis ne fait pas appel aux compétences professionnelles de l'avocat, étant précisé que ces « présomptions » peuvent être renversées, chaque situation devant être examinée individuellement (Circ.-FINMA 11/1, Cm 114 ss).