

Unterstellungsfragen

Questions d'assujettissement

Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation

(VBF; SR 955.071)

vom 18. November 2009 (Stand am 1. Januar 2010)

Der Schweizerische Bundesrat,

gestützt auf Artikel 41 des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997¹ (GwG),

verordnet:

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Gegenstand und sachlicher Geltungsbereich

¹ Diese Verordnung bestimmt Kriterien, bei deren Erfüllung eine Person als Finanzintermediär nach Artikel 2 Absatz 3 GwG gilt. Sie legt die Anforderungen an die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation fest.

² Nicht als Finanzintermediation gilt:

- a. der rein physische Transport oder die rein physische Aufbewahrung von Vermögenswerten unter Vorbehalt von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c;
- b. die Inkassotätigkeit;
- c. die Übertragung von Vermögenswerten als akzessorische Nebenleistung zu einer Hauptvertragsleistung;
- d. das Betreiben von Vorsorgeeinrichtungen der Säule 3a durch Bankstiftungen oder Versicherungen;
- e. die Tätigkeit unter Konzerngesellschaften;
- f. die Tätigkeit von Hilfspersonen von in der Schweiz bewilligten oder angeschlossenen Finanzintermediären, sofern die Hilfspersonen:
 1. vom Finanzintermediär sorgfältig ausgewählt sind und dessen Weisungen und Kontrolle unterstehen,
 2. in die organisatorischen Massnahmen des Finanzintermediärs zur Verhinderung der Geldwäscherei und der

¹ SR 955.0

- Terrorismusfinanzierung nach Artikel 8 GwG einbezogen sind und entsprechend aus- und weitergebildet werden,
3. ausschliesslich im Namen des Finanzintermediärs und auf dessen Rechnung handeln,
 4. vom Finanzintermediär und nicht vom Endkunden entschädigt werden,
 5. beim Geld- oder Wertübertragungsgeschäft nur für einen einzigen bewilligten oder angeschlossenen Finanzintermediär tätig sind,
 6. mit dem Finanzintermediär über die Einhaltung der vorstehenden Anforderungen eine schriftliche Vereinbarung abgeschlossen haben.

Art. 2 Räumlicher Geltungsbereich

¹ Diese Verordnung gilt für:

- a. Finanzintermediäre mit Inkorporationssitz in der Schweiz, auch wenn sie ihre Finanzdienstleistungen ausschliesslich im Ausland erbringen;
- b. Zweigniederlassungen eines Finanzintermediärs mit Inkorporationssitz im Ausland, die in der Schweiz:
 1. im Handelsregister eingetragen oder faktische Zweigniederlassungen sind, und
 2. Personen beschäftigen, die für den Finanzintermediär berufsmässig in der Schweiz oder von der Schweiz aus Finanzintermediationsgeschäfte abschliessen oder ihn rechtlich zu solchen verpflichten können.

² Sie gilt nicht für Finanzintermediäre mit Inkorporationssitz im Ausland, die grenzüberschreitende Finanzintermediation betreiben und Personal aus dem Ausland lediglich vorübergehend für einzelne Geschäfte in der Schweiz einsetzen.

2. Abschnitt: Als Finanzintermediation geltende Tätigkeiten

Art. 3 Kreditgeschäft

(Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG)

Nicht als Kreditgeschäft gelten insbesondere:

- a. die Tätigkeit des Kreditnehmers;
- b. die zins- und gebührenfreie Gewährung von Krediten;
- c. die Gewährung von Krediten zwischen Gesellschaft und Gesell-

- schafterin oder Gesellschafter, sofern die Gesellschafterin oder der Gesellschafter eine Beteiligung von mindestens 10 Prozent des Kapitals oder der Stimmen an der Gesellschaft hält;
- d. die Gewährung von Krediten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern, sofern der Arbeitgeber verpflichtet ist, für die am Kreditverhältnis beteiligten Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer Sozialversicherungsbeiträge zu leisten;
 - e. Kreditverhältnisse zwischen einander nahestehenden Personen nach Artikel 7 Absatz 5;
 - f. die Gewährung von Krediten, die akzessorisch zu einem anderen Rechtsgeschäft erfolgt;
 - g. das Operating Leasing;
 - h. Eventualverpflichtungen zugunsten Dritter;
 - i. Handelsfinanzierungen, wenn deren Rückzahlung nicht durch die Vertragspartei erfolgt.

Art. 4 Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr
(Art. 2 Abs. 3 Bst. b GWG)

1 Eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr liegt insbesondere vor, wenn der Finanzintermediär:

- a. im Auftrag seiner Vertragspartei liquide Finanzwerte an eine Drittperson überweist und dabei diese Werte physisch in Besitz nimmt, sie sich auf einem eigenen Konto gutschreiben lässt oder die Überweisung der Werte im Namen und Auftrag der Vertragspartei anordnet;
- b. nicht in Bargeld bestehende Zahlungsmittel ausgibt oder verwaltet und seine Vertragspartei damit an Dritte Zahlungen leistet;
- c. das Geld- oder Wertübertragungsgeschäft durchführt.

2 Als Geld- oder Wertübertragungsgeschäft gilt der Transfer von Vermögenswerten durch Entgegennahme von Bargeld, Schecks oder sonstigen Zahlungsmitteln und Auszahlung einer entsprechenden Summe in Bargeld oder durch bargeldlose Übertragung, Überweisung oder sonstige Verwendung eines Zahlungs- oder Abrechnungssystems.

Art. 5 Handelstätigkeit

(Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG)

1 Eine Handelstätigkeit liegt insbesondere vor, wenn der Finanzintermediär für eine Vertragspartei den An- und Verkauf von Banknoten, Münzen, Devisen und Bankedelmetallen sowie den Geldwechsel betreibt.

2 Als Handelstätigkeit gilt auch:

- a. der Handel auf eigene Rechnung mit im Kurs stehenden Umlaufmünzen und Banknoten;
- b. der börsliche Handel auf fremde Rechnung mit Rohwaren sowie der ausserbörsliche Handel auf fremde Rechnung, sofern die Rohwaren einen derart hohen Standardisierungsgrad aufweisen, dass sie jederzeit liquidiert werden können;
- c. der Handel auf eigene Rechnung mit Bankedelmetallen.

3 Der Handel mit Effekten gilt nur als Handelstätigkeit, wenn er durch Effekthändler nach dem Börsengesetz vom 24. März 1995² betrieben wird.

4 Der akzessorische Geldwechsel gilt nicht als Handelstätigkeit.

Art. 6 Weitere Tätigkeiten

(Art. 2 Abs. 3 Bst. e–g GwG)

1 Als Finanzintermediation gilt auch:

- a. die Verwaltung von Effekten und Finanzinstrumenten für eine Vertragspartei;
- b. die Ausführung von Anlageaufträgen für fremde Rechnung im Einzelfall als Anlageberater;
- c. die Aufbewahrung und gegebenenfalls Verwaltung von Effekten für eine Vertragspartei;
- d. die Tätigkeit als Organ von Sitzgesellschaften.

2 Als Sitzgesellschaften gelten juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnliche Verbindungen, die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben.

² SR 954.1

3. Abschnitt: Berufsmässigkeit

Art. 7 Allgemeine Kriterien

1 Ein Finanzintermediär übt die Finanzintermediation berufsmässig aus, wenn er:

- a. pro Kalenderjahr einen Bruttoerlös von mehr als 20 000 Franken erzielt;
- b. pro Kalenderjahr mit mehr als 20 Vertragsparteien Geschäftsbeziehungen aufnimmt, die sich nicht auf eine einmalige Tätigkeit beschränken, oder pro Kalenderjahr mindestens 20 solche Beziehungen unterhält;
- c. unbefristete Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte hat, die zu einem beliebigen Zeitpunkt 5 Millionen Franken überschreiten; oder
- d. Transaktionen durchführt, deren Gesamtvolumen 2 Millionen Franken pro Kalenderjahr überschreitet.

2 Für die Berechnung des Transaktionsvolumens nach Absatz 1 Buchstabe d sind Zuflüsse von Vermögenswerten und Umschichtungen innerhalb desselben Depots nicht zu berücksichtigen. Bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen ist nur die von der Gegenpartei erbrachte Leistung zu berücksichtigen.

3 Die Finanzintermediation für Einrichtungen und Personen nach Artikel 2 Absatz 4 GwG wird für die Beurteilung der Berufsmässigkeit nicht berücksichtigt.

4 Die Finanzintermediation für nahestehende Personen wird für die Beurteilung der Berufsmässigkeit nur berücksichtigt, wenn damit im Kalenderjahr ein Bruttoerlös von mehr als 20 000 Franken erzielt wird.

5 Als nahestehende Personen gelten:

- a. Verwandte und Verschwägere in gerader Linie;
- b. Verwandte bis zum dritten Grad der Seitenlinie;
- c. Personen, mit denen der Finanzintermediär eine Ehe geschlossen oder eine eingetragene Partnerschaft begründet hat, ungeachtet einer späteren Scheidung oder gerichtlichen Auflösung;
- d. Miterben bis zum Abschluss der Erbteilung;
- e. Nacherben und Nachvermächtnisnehmer nach Artikel 488 des Zivilgesetzbuches³.

³ SR 210

Art. 8 Kreditgeschäft

1 Das Kreditgeschäft wird berufsmässig ausgeübt, wenn:

- a. damit im Kalenderjahr ein Bruttoerlös von mehr als 250 000 Franken erzielt wird; und
- b. zu einem beliebigen Zeitpunkt ein Kreditvolumen von mehr als 5 Millionen Franken vergeben ist.

2 Als Bruttoerlös des Kreditgeschäfts gelten alle Einnahmen aus Kreditgeschäften unter Abzug des Anteils, welcher der Kreditrückzahlung dient.

3 Übt eine Person sowohl das Kreditgeschäft als auch eine andere Finanzintermediation aus, so muss die Berufsmässigkeit für beide Bereiche separat ermittelt werden. Ist die Berufsmässigkeit in einem Bereich gegeben, so gilt die Tätigkeit in beiden Bereichen als berufsmässig.

Art. 9 Geld- oder Wertübertragungsgeschäft

Das Geld- oder Wertübertragungsgeschäft gilt unter Vorbehalt von Artikel 7 Absatz 4 immer als berufsmässig.

Art. 10 Handelstätigkeit

Für die Handelstätigkeit wird zur Beurteilung des Kriteriums nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a anstelle des Bruttoerlöses auf den Bruttogewinn abgestellt.

Art. 11 Wechsel zur berufsmässigen Finanzintermediation

1 Wer von einer nichtberufsmässigen zu einer berufsmässigen Finanzintermediation wechselt, muss:

- a. unverzüglich die Pflichten nach den Artikeln 3–11 des GwG einhalten; und
- b. innerhalb von zwei Monaten nach dem Wechsel einer Selbstregulierungsorganisation angeschlossen sein oder bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) ein Gesuch um Bewilligung für die berufsmässige Ausübung der Tätigkeit einreichen.

2 Bis zum Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation oder bis zur Erteilung einer Bewilligung durch die FINMA ist es diesen Finanzintermediären untersagt:

- a. neue Finanzintermediationsgeschäfte zu tätigen;

⁴ [AS 2002 2687, 2006 1359, 2008 5613 Ziff. 1 6]

- b. im Rahmen der bestehenden Geschäftsbeziehungen Handlungen vorzunehmen, die nicht zwingend zur Erhaltung der Vermögenswerte erforderlich sind.

4. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Art. 12 Ausführungsbestimmungen

Die FINMA wird ermächtigt, Ausführungsbestimmungen zu dieser Verordnung zu erlassen.

Art. 13 Aufhebung bisherigen Rechts

Die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 20. August 2002⁴ über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes wird aufgehoben.

Art. 14 Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 1. Januar 2010 in Kraft.

Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel

(OIF; RS 955.071)

du 18 novembre 2009 (Etat le 1^{er} janvier 2010)

Le Conseil fédéral suisse,

vu l'art. 41 de la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA)¹,

arrête:

Section 1 Dispositions générales

Art. 1 Objet et champ d'application matériel

1 La présente ordonnance énonce les critères à remplir pour qu'une personne soit considérée comme un intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, LBA. Elle définit les exigences relatives au caractère professionnel de l'intermédiation financière.

2 Ne sont pas considérés comme intermédiation financière :

- a. le transport physique ou la conservation physique de valeurs patrimoniales, sous réserve de l'art. 6, al. 1, let. c;
- b. le recouvrement de créances;
- c. le transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire en tant que prestation complémentaire à une prestation contractuelle principale;
- d. l'exploitation d'institutions de prévoyance du pilier 3a par des fondations bancaires ou des assurances;
- e. l'activité exercée entre les sociétés d'un groupe;
- f. l'activité des auxiliaires d'intermédiaires financiers titulaires d'une autorisation ou affiliés à un organisme d'autorégulation en Suisse, s'ils satisfont aux conditions suivantes:
 1. ils doivent être choisis avec soin par l'intermédiaire financier et être soumis aux instructions et aux contrôles de ce dernier,

¹ RS 955.0

2. ils sont intégrés dans les mesures organisationnelles de l'intermédiaire financier visant à empêcher le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme prévues à l'art. 8 LBA et reçoivent une formation initiale et une formation continue dans ce domaine,
3. ils ne peuvent agir qu'au nom et pour le compte de l'intermédiaire financier,
4. ils doivent être rémunérés par l'intermédiaire financier et non par le client final,
5. ils n'exercent l'activité de transmission de fonds ou de valeurs que pour un intermédiaire financier autorisé ou affilié,
6. ils ont conclu avec l'intermédiaire financier une convention écrite portant sur les conditions précitées.

Art. 2 Champ d'application territorial

¹ La présente ordonnance s'applique :

- a. aux intermédiaires financiers qui ont leur siège en Suisse, même s'ils fournissent leurs prestations financières uniquement à l'étranger ;
- b. aux succursales des intermédiaires financiers ayant leur siège à l'étranger :
 1. qui sont inscrites au registre du commerce en Suisse ou qui sont des succursales de fait, et
 2. qui emploient, en Suisse, des personnes qui, à titre professionnel, concluent des affaires pour les intermédiaires financiers en Suisse ou depuis la Suisse ou les engagent juridiquement.

² Elle ne s'applique pas aux intermédiaires financiers qui ont leur siège à l'étranger, exercent des activités transfrontières d'intermédiation financière et n'engagent en Suisse du personnel provenant de l'étranger que de manière temporaire pour certaines opérations.

Section 2 Activités d'intermédiation financière

Art. 3 Opérations de crédit

(art. 2, al. 3, let. a, LBA)

Ne sont pas considérées comme des opérations de crédit :

- a. l'activité du preneur de crédit ;
- b. l'octroi de crédits sans rémunération en intérêts ni autres charges ;

- c. l'octroi de crédits entre société et associé, lorsque l'associé détient une participation d'au moins 10 % du capital ou des voix dans la société ;
- d. l'octroi de crédits entre employeur et employés, lorsque l'employeur est tenu de verser des contributions sociales aux employés participant à la relation de crédit ;
- e. les relations de crédit entre personnes proches selon l'art. 7, al. 5 ;
- f. l'octroi de crédits, s'il est accessoire à un autre acte juridique ;
- g. le leasing opérationnel ;
- h. les engagements conditionnels en faveur de tiers ;
- i. les financements de transactions commerciales, lorsque le remboursement n'est pas effectué par le cocontractant.

Art. 4 Services dans le domaine du trafic des paiements
(art. 2, al. 3, let. b, LBA)

1 Il y a service dans le domaine du trafic des paiements en particulier lorsque l'intermédiaire financier :

- a. sur mandat de son cocontractant, transfère des valeurs financières liquides à un tiers et prend lui-même physiquement possession de ces valeurs, les fait créditer sur son propre compte ou ordonne un virement au nom et sur ordre du cocontractant ;
- b. émet ou gère des moyens de paiement non liquides dont le cocontractant se sert pour payer des tiers ;
- c. opère des transmissions de fonds ou de valeurs.

2 Par transmission de fonds ou de valeurs on entend le transfert de valeurs patrimoniales qui consiste à accepter des espèces, des chèques ou d'autres instruments de paiement, puis à payer la somme équivalente en espèces ou sans numéraire au moyen d'une transmission, d'un virement ou de toute autre utilisation d'un système de paiement ou de compensation.

Art. 5 Activité de négoce
(art. 2, al. 3, let. c, LBA)

1 Il y a activité de négoce en particulier lorsque l'intermédiaire financier pratique pour le compte d'un cocontractant l'achat et la vente de billets de banque, de monnaies, de devises ou de métaux précieux bancaires ainsi que le change.

2 Sont également considérés comme une activité de négoce :

- a. le commerce pour propre compte de monnaies courantes et de billets de banque qui ont cours ;
- b. le négoce pour le compte de tiers de matières premières qui intervient en bourse, ainsi que celui qui n'intervient pas en bourse, pour autant que les matières premières atteignent un degré de standardisation si élevé qu'elles peuvent être liquidées en tout temps ;
- c. le négoce pour propre compte de métaux précieux bancaires.

3 Le négoce de valeurs mobilières n'est considéré comme une activité de négoce que lorsqu'il est effectué par des négociants en valeurs mobilières au sens de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses².

4 L'activité de change à titre accessoire n'est pas considérée comme une activité de négoce.

Art. 6 Autres activités

(art. 2, al. 3, let. e à g, LBA)

1 Sont également considérés comme intermédiation financière :

- a. la gestion de valeurs mobilières et d'instruments financiers pour un cocontractant ;
- b. l'exécution, en tant que conseiller en placement, de mandats isolés pour le compte de tiers ;
- c. la conservation et, le cas échéant, la gestion de valeurs mobilières pour un cocontractant ;
- d. l'activité d'organe de sociétés de domicile.

2 Sont considérées comme des sociétés de domicile les personnes morales, sociétés, établissements, fondations, trusts, entreprises fiduciaires et constructions semblables, qui n'exercent pas une activité de commerce ou de fabrication, ou une autre activité exploitée en la forme commerciale.

Section 3 Activité exercée à titre professionnel

Art. 7 Critères généraux

1 Un intermédiaire financier exerce son activité à titre professionnel dès lors qu'il :

² RS 954.1

- a. réalise un produit brut de plus de 20 000 francs durant une année civile;
- b. établit des relations d'affaires ne se limitant pas à une activité unique avec plus de 20 cocontractants durant une année civile ou entretient au moins 20 relations de ce type durant une année civile;
- c. a un pouvoir de disposition d'une durée illimitée sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dont le montant dépasse 5 millions de francs à un moment donné;
- d. effectue des transactions dont le volume total dépasse 2 millions de francs durant une année civile.

2 L'afflux de valeurs patrimoniales et les réinvestissements à l'intérieur du même dépôt ne sont pas pris en considération dans le calcul du volume de transactions visé à l'al. 1, let. d. Pour les contrats bilatéraux, seule la contre-prestation fournie par le cocontractant est prise en considération.

3 L'activité d'intermédiaire financier exercée pour des institutions ou des personnes en vertu de l'art. 2, al. 4, LBA n'est pas prise en considération lors de l'évaluation visant à déterminer si l'activité est exercée à titre professionnel ou non.

4 L'activité d'intermédiaire financier exercée pour des personnes proches n'est prise en considération pour l'évaluation visant à déterminer si elle est exercée à titre professionnel que si le produit brut réalisé durant une année civile est supérieur à 20 000 francs.

5 Sont considérés comme des personnes proches :

- a. les parents et alliés en ligne directe;
- b. les parents en ligne collatérale jusqu'au troisième degré;
- c. les personnes avec lesquelles l'intermédiaire financier a contracté un mariage ou un partenariat enregistré, même s'il y a eu ultérieurement divorce ou dissolution judiciaire;
- d. les cohéritiers jusqu'à la clôture du partage successoral;
- e. les appelés et les substituts du légataire au sens de l'art. 488 du code civil³.

³ RS 210

Art. 8 Opérations de crédit

1 Les opérations de crédit sont exercées à titre professionnel :

- a. si ces opérations permettent de réaliser un produit brut de plus de 250 000 francs durant une année civile, et
- b. si le volume des crédits octroyés dépasse 5 millions de francs à un moment donné.

2 Pour déterminer le produit brut des opérations de crédit, il faut prendre en compte toutes les entrées de fonds liées aux opérations, après déduction des montants destinés au remboursement du crédit.

3 Si une personne exerce simultanément des opérations de crédit et une autre activité d'intermédiation financière, les deux domaines d'activité doivent être examinés indépendamment l'un de l'autre pour déterminer s'ils sont exercés à titre professionnel. Si les critères sont remplis dans un domaine d'activité, l'activité est considérée comme étant exercée à titre professionnel dans les deux domaines.

Art. 9 Transmission de fonds ou de valeurs

La transmission de fonds ou de valeurs est toujours considérée comme étant exercée à titre professionnel, sous réserve de l'art. 7, al. 4.

Art. 10 Activité de négoce

Pour l'activité de négoce, le critère déterminant est le bénéfice brut au lieu du produit brut mentionné à l'art. 7, al. 1, let. a.

Art. 11 Passage à l'activité d'intermédiaire financier à titre professionnel

1 Quiconque passe d'une activité d'intermédiaire financier à titre non professionnel à une activité à titre professionnel doit :

- a. respecter immédiatement les obligations visées aux art. 3 à 11 de la LBA, et
- b. dans un délai de deux mois à compter du changement de statut, avoir obtenu l'affiliation à un organisme d'autorégulation ou avoir déposé une demande d'autorisation d'exercer l'activité à titre professionnel auprès de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA).

2 Tant qu'ils ne sont pas affiliés à un organisme d'autorégulation ou que l'autorisation n'a pas été octroyée par la FINMA, ces intermédiaires financiers ont l'interdiction :

- a. de conclure de nouvelles affaires d'intermédiation financière ;
- b. d'effectuer, dans le cadre des relations d'affaires existantes, des actes qui ne sont pas absolument nécessaires à la conservation du patrimoine.

Section 4 Dispositions finales

Art. 12 Dispositions d'exécution

La FINMA est autorisée à arrêter les dispositions d'exécution de la présente ordonnance.

Art. 13 Abrogation du droit en vigueur

L'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 20 août 2002 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel au sens de la loi sur le blanchiment d'argent⁴ est abrogée.

Art. 14 Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

⁴ [RO 2002 2687, 2006 1359, 2008 5613 ch. I 6]

Kurzkommentar zur Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD

November 2009

Einführung

Die Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF) nimmt im Wesentlichen die Bestimmungen der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 20. August 2002 über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes (VBAF-FINMA; SR 955.20) auf. Ausserdem lehnt sich die VBF an den Unterstellungskommentar der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei vom 29. Oktober 2008¹ an.

Die VBF enthält im Vergleich zur geltenden Regelung und Praxis folgende Neuerungen oder Präzisierungen:

- Nicht als Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997 (GwG; SR 955.0) gelten nach Art. 1 Abs. 2 die Übertragung von Vermögenswerten als akzesorische Nebenleistung zu einer Hauptvertragsleistung (Bst. c) und
- das Betreiben von Vorsorgeeinrichtungen der Säule 3a durch Versicherungen (Bst. d).
- Die Tätigkeit von Hilfspersonen gilt unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 1 Abs. 2 Bst. f) nicht als Finanzintermediation. Ausser beim Geld- oder Wertübertragungsgeschäft (Ziff. 5) spielt es neu keine Rolle mehr, ob die Hilfspersonen für einen oder mehrere Finanzintermediäre tätig sind.
- Art. 4 Abs. 2 definiert das Geld- oder Wertübertragungsgeschäft neu, bei welchem überdies immer Berufsmässigkeit gegeben ist (Art. 9).
- Nach Art. 5 Abs. 2 Bst. b gilt als Handelstätigkeit neben dem börslichen Handel neu auch der ausserbörsliche Handel mit Rohwaren auf fremde Rechnung, sofern diese einen genügend hohen Standardisierungsgrad aufweisen, um jederzeit

¹ Der Kommentar ist abrufbar unter: http://www.finma.ch/archiv/gwg/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/index.php.

liquidiert zu werden. Der Handel mit Rohwarenderivaten hingegen fällt unter die Ausnahmebestimmung von Art. 5 Abs. 3, da Rohwarenderivate Effekten im Sinne des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG; SR 954.1) sind.

- Nach Art. 5 Abs. 3 gilt der Handel mit Effekten nur als Handelstätigkeit, wenn er durch Effekthändler nach dem BEHG betrieben wird.
- Der akzessorische Geldwechsel gilt nicht als Handelstätigkeit (Art. 5 Abs. 4), wobei darauf verzichtet wird, in der Verordnung festzulegen, wann der Geldwechsel akzessorisch ist.
- Art. 7 Abs. 1 Bst. b schliesslich sieht als Schwelle zum Erreichen der Berufsmässigkeit die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit mehr als 20 statt wie bisher 10 Vertragsparteien vor.

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Gegenstand und sachlicher Geltungsbereich

Abs. 1

Art. 2 Abs. 3 des GwG enthält einen nicht abschliessenden Katalog von Tätigkeiten, bei deren berufsmässiger Ausübung eine Person als Finanzintermediär dem Gesetz unterstellt ist. Die VBF enthält präzisierende Kriterien zur Beurteilung, ob eine Person als Finanzintermediär nach Art. 2 Abs. 3 GwG zu qualifizieren ist, und legt die Anforderungen an die Berufsmässigkeit ihrer Tätigkeit (Finanzintermediation) fest.

Abs. 2

Abs. 2 enthält einen Katalog von Tätigkeiten, die nicht als Finanzintermediation gelten:

Bst. a

Der rein physische Transport, d. h. die Beförderung von Vermögenswerten von einem Ort zum andern, sowie die rein physische Aufbewahrung von Vermögenswerten sind keine relevanten Tätigkeiten im Sinne des GwG, denn es findet keine für die Geldwäscherei typische Veränderung des transportierten Gutes statt. Falls aber der Transporteur im Zusammenhang mit dem Transport weitere Tätigkeiten ausübt, die als Finanzintermediation gelten, ist seine Unterstellung unter das Gesetz zu bejahen. Zu denken ist etwa daran, dass der Transporteur ihm anvertrautes Bargeld auf sein eigenes Konto

überweisen lässt, bevor es dem Konto des Empfängers gutgeschrieben wird. Damit erlangt der Transporteur Verfügungsmacht über das ihm fremde Bargeld und erbringt zusätzlich zur Beförderung des Geldes eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr.

Bst. b

Beim Inkasso zieht der Beauftragte im Auftrag des Gläubigers fällige Forderungen ein. Der Beauftragte handelt entweder als direkter Stellvertreter des Gläubigers oder tritt gegenüber dem Schuldner in eigenem Namen auf, nachdem er sich die Forderungen vom Gläubiger treuhänderisch zedieren liess. Die Inkassotätigkeit ist nicht als Finanzintermediation zu qualifizieren, da der Schuldner nicht Vertragspartner des Beauftragten ist und dessen Identifizierung nach der Konzeption des GwG daher ausgeschlossen ist. Damit macht eine Unterstellung der Inkassotätigkeit unter das GwG von vornherein keinen Sinn. Die Tätigkeit von Inkassounternehmen ist im Übrigen auch nach internationalen Standards nicht als Finanzintermediation zu qualifizieren.

Bst. c

Werden in einem bestimmten Vertragsverhältnis Vermögenswerte nur akzessorisch als Nebenleistung zu einer Hauptvertragsleistung übertragen, liegt keine Finanzintermediation vor. Eine akzessorische Nebenleistung liegt etwa vor, wenn ein Alters- und Pflegeheim neben der hauptvertraglichen Leistung für Rechnung seiner Gäste Waren oder Dienstleistungen Dritter aus einem zu diesem Zweck zum Voraus angelegten Depot bezahlt oder wenn der Immobilienverwalter für Rechnung des Eigentümers erhaltene Einnahmen dazu verwendet, Zahlungen an Dritte zu leisten. Bei solchen akzessorischen Nebenleistungen ist das Geldwäschereisiko vergleichsweise gering, weshalb sich deren Nichterfassung rechtfertigt.

Bst. d

Über den Wortlaut von Art. 2 Abs. 4 Bst. b GwG hinaus ist nicht nur das Betreiben von Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, sondern auch von Vorsorgeeinrichtungen der gebundenen Säule 3a vom Geltungsbereich des GwG ausgenommen. Sie sind wie die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge eine anerkannte und steuerbefreite Vorsorgeform. Dabei spielt keine Rolle, ob die Vorsorgeeinrichtungen von Bankstiftungen oder von Versicherungen angeboten werden.

Bst. e

Die Konzeption des GwG ist auf Finanzgeschäfte zwischen Konzerngesellschaften nicht zugeschnitten, da die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten für Finanzintermediäre unter den Konzerngesellschaften wenig Sinn ergibt. Aus diesem Grund wird der Konzern in Bezug auf das GwG als Einheit betrachtet und die Finanzintermediation unter Konzerngesellschaften von der Anwendung des Gesetzes ausgenommen. So ist eine Konzerngesellschaft, welche das Cash Management oder das Treasuring innerhalb eines Industrie- oder Handelskonzerns vornimmt, keine Finanzintermediärin im Sinne des GwG. Es versteht sich von selbst, dass Finanzgeschäfte einer Konzerngesellschaft für eine Drittpartei als Finanzintermediation gelten. Gehören z. B. in einem Leasingverhältnis Hersteller und Leasinggeber demselben Konzern an, so ist die Tätigkeit für einen ausserhalb des Konzerns stehenden Leasingnehmers erfasst.

Bst. f

Zieht ein Finanzintermediär im Sinne des GwG, der einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) angeschlossen ist oder über eine Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA zur Ausübung seiner Tätigkeit verfügt, Hilfspersonen im Sinne von Art. 101 OR bei, so sind diese im Rahmen der für ihn erbrachten Arbeitsleistung durch dessen Bewilligung bzw. dessen SRO-Anschluss gedeckt, sofern sie:

- vom Finanzintermediär sorgfältig ausgewählt sind und dessen Weisungen und Kontrolle unterstehen (*Ziff. 1*);
- in die organisatorischen Massnahmen des Finanzintermediärs zur Verhinderung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung gemäss Art. 8 GwG einbezogen sind und entsprechend aus- und weitergebildet werden (*Ziff. 2*);
- ausschliesslich im Namen des Finanzintermediärs und auf dessen Rechnung und nicht in eigenem Namen oder auf eigene Rechnung handeln (*Ziff. 3*);
- vom Finanzintermediär und nicht vom Endkunden entschädigt werden (*Ziff. 4*);
- beim Geld- oder Wertübertragungsgeschäft nur für einen einzigen bewilligten oder angeschlossenen Finanzintermediär tätig sind (*Ziff. 5*);
- mit dem Finanzintermediär über die Ziffern 1–4 bzw. im Fall des Geld- oder Wertübertragungsgeschäfts über die Ziffern 1–5 eine schriftliche Vereinbarung abgeschlossen haben (*Ziff. 6*).

Ausser beim Geld- oder Wertübertragungsgeschäft spielt es keine Rolle, ob die Hilfspersonen für einen oder mehrere über eine Bewilligung oder einen SRO-Anschluss verfügende Finanzintermediäre tätig sind.

Art. 2 Räumlicher Geltungsbereich

Abs. 1

In den räumlichen Geltungsbereich der VBF fallen Finanzintermediäre mit Inkorporationssitz in der Schweiz, auch wenn sie ihre Finanzdienstleistungen ausschliesslich im Ausland erbringen (*Bst. a*). Ebenfalls darunter fallen in der Schweiz im Handelsregister eingetragene oder faktische Zweigniederlassungen von Finanzintermediären mit Inkorporationssitz im Ausland, die in der Schweiz Personen beschäftigen, welche für ihn berufsmässig in der Schweiz oder von der Schweiz aus Finanzintermediationsgeschäfte abschliessen oder ihn rechtlich verpflichten können (*Bst. b*).

Abs. 2

Die Verordnung gilt nicht für Finanzintermediäre mit Inkorporationssitz im Ausland, die grenzüberschreitende Finanzintermediation betreiben und Personal aus dem Ausland lediglich vorübergehend für einzelne Geschäfte in der Schweiz einsetzen.

2. Abschnitt: Als Finanzintermediation geltende Tätigkeiten

Art. 3 Kreditgeschäft

Nicht als Kreditgeschäft gilt die Tätigkeit des Kreditnehmers; erfasst ist nur die Tätigkeit des Kreditgebers als vorfinanzierende Vertragspartei (*Bst. a*).

Nicht als Kreditgeschäft gelten weiter insbesondere Geschäfte, die nicht (im Wesentlichen) auf Profit ausgerichtet sind:

- die zins- und gebührenfreie Gewährung von Krediten (*Bst. b*);
- die Gewährung von Krediten zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, sofern der Gesellschafter eine Beteiligung von mindestens 10 Prozent des Kapitals oder der Stimmen an der Gesellschaft hält (*Bst. c*);
- die Gewährung von Krediten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern, sofern der Arbeitgeber verpflichtet ist, für die am Kreditverhältnis beteiligten Arbeitnehmer Sozialversicherungsbeiträge zu leisten (*Bst. d*);

- Kreditverhältnisse zwischen einander nahestehenden Personen nach Art. 7 Abs. 5 (*Bst. e*);
- die Gewährung von Krediten, die akzessorisch zu einem anderen Rechtsgeschäft erfolgen (*Bst. f*). Darunter sind etwa Zahlungsaufschübe zu verstehen, die einem Kunden im Zusammenhang mit einem Warenkauf gewährt werden. Sie sind entweder als Zahlungsmodalität zu betrachten oder stellen ein direktes Leasingverhältnis dar, welches nicht erfasst wird. Ebenfalls nicht als Kreditgeschäft gelten Geschäfte, bei denen das Kreditelement nicht im Vordergrund steht, wie:
 - das der Miete ähnliche Operating Leasing (*Bst. g*) mit leichter Kündbarkeit oder allenfalls kurzer Grundmietzeit; e contrario gilt das Finance Leasing als Kreditgeschäft.
 - Eventualverpflichtungen zugunsten von Drittpersonen wie beispielsweise Bürgschaften oder Garantien (*Bst. h*);
 sowie schliesslich
 - Handelsfinanzierungen, wenn deren Rückzahlung nicht durch die Vertragspartei erfolgt (*Bst. i*). Diesfalls realisiert sich das Geldwäschereirisiko nicht im Vertragsverhältnis, womit die Pflichten des GwG, die der Finanzintermediär dem Vertragspartner gegenüber wahrzunehmen hat, nicht greifen würden.

Art. 4 Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr

Abs. 1

Bst. a

Eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG liegt insbesondere vor, wenn der Finanzintermediär im Auftrag seiner Vertragspartei liquide Finanzwerte an eine Drittperson überweist und dabei diese Werte physisch in Besitz nimmt, sie sich auf einem eigenen Konto gutschreiben lässt oder die Überweisung der Werte im Namen und Auftrag der Vertragspartei anordnet. Der Finanzintermediär erlangt dabei Verfügungsmacht über die ihm fremden liquiden Finanzwerte.

Bst. b

Eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr wird auch erbracht, wenn der Finanzintermediär nicht in Bargeld bestehende Zahlungsmittel ausgibt oder verwaltet und seine Vertragspartei damit eine Zahlung an ihre Gläubiger leistet. Zahlungsmittel können Kredit-

oder Debitkarten, Reisechecks, Bank- oder andere Checks sein, mit denen seine Vertragspartei die Zahlungen leistet.

Für die Ausgabe von Bargeld ist die Schweizerische Nationalbank zuständig, welche nach Art. 2 Abs. 4 GwG vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen ist.

Bst. c

Auch das Geld- oder Wertübertragungsgeschäft stellt eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr dar.

Abs. 2

Als Geld- oder Wertübertragungsgeschäft im Sinne von Abs. 1 Bst. c gilt der Transfer von Vermögenswerten durch Entgegennahme von Bargeld, Schecks oder sonstigen Zahlungsmitteln und Auszahlung einer entsprechenden Summe in Bargeld oder durch bargeldlose Übertragung, Überweisung oder sonstige Verwendung eines Zahlungs- oder Abrechnungssystems. Dadurch, dass beim Geld- oder Wertübertragungsgeschäft immer Berufsmässigkeit gegeben ist (Art. 9), soll eine lückenlose Erfassung dieser Tätigkeit gewährleistet sein.

Art. 5 Handelstätigkeit

Abs. 1

Eine Handelstätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG liegt insbesondere vor, wenn der Finanzintermediär für eine Vertragspartei den An- und Verkauf von Finanzinstrumenten wie Banknoten, Münzen, Devisen und Bankedelmetalle sowie den Geldwechsel betreibt.

Abs. 2

Als Handelstätigkeit gilt auch:

- der Handel auf eigene Rechnung mit im Kurs stehenden Umlaufmünzen und Banknoten (*Bst. a*);
- der börsliche Handel auf fremde Rechnung mit Rohwaren sowie der ausserbörsliche Handel auf fremde Rechnung, sofern die Rohwaren einen derart hohen Standardisierungsgrad aufweisen, dass sie jederzeit liquidiert werden können (*Bst. b*). Der Grund für die Unterstellung des ausserbörslichen Handels mit Rohwaren von einem solchen Standardisierungsgrad liegt darin, dass die Rohwaren sich ohne weiteres veräussern lassen und damit für Finanzgeschäfte geeignet sind. Rohwarenderiva-

te sind hingegen Effekten im Sinne des BEHG und fallen damit unter die Ausnahmebestimmung von Abs. 3;

- der Handel auf eigene Rechnung mit Bankedelmetallen (*Bst. c*). Diese Art der Handelstätigkeit wird namentlich erfasst, weil nach GAFI-Empfehlung 12 jede Art von Handel mit Edelmetallen – also auch der Handel auf eigene Rechnung – als geldwäschereifgefährdet zu betrachten ist und daher die Sorgfalts- und Identifizierungspflichten zu erfüllen sind.

Abs. 3

Der Handel mit Effekten gilt nur als Handelstätigkeit, wenn Finanzintermediation im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Bst. d GwG vorliegt, d. h. wenn der Handel von Effekthändlern im Sinne des BEHG betrieben wird. Der übrige Effektenhandel ist vom Volumen her vernachlässigbar und wird deshalb nicht erfasst.

Abs. 4

Betreibt ein Unternehmen den Geldwechsel akzessorisch zu seiner Haupttätigkeit, gilt dieser nicht als Handelstätigkeit. Zu denken ist etwa an Tankstellen oder Hotels, die neben ihrer eigentlichen Tätigkeit für ihre Kunden auch Geld wechseln. Die gewechselten Beträge sind in diesem Bereich vergleichsweise klein, und die Geldwäschereifahr ist entsprechend gering. Zu bemerken ist, dass die Verordnung darauf verzichtet, die relevante Akzessorietät zu beziffern. Dies wird Aufgabe der FINMA sein. Zu denken ist z. B. an das Verhältnis zwischen Gesamtumsatz und Umsatz aus dem Geldwechsel, an das jährlich gewechselte Volumen oder an die Höhe der einzelnen gewechselten Beträge.

Art. 6 Weitere Tätigkeiten

Abs. 1

Als Finanzintermediation gelten auch:

- die Verwaltung von Effekten und Finanzinstrumenten für eine Vertragspartei im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. e GwG (*Bst. a*); die Verwaltung von nicht dem Finanzsektor zuzurechnenden Vermögenswerten wie Sammlungen, Fahrzeugparks oder Liegenschaften wird hingegen nicht erfasst;
- die Ausführung von Anlageaufträgen für fremde Rechnung im Einzelfall als Anlageberater im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. f GwG (*Bst. b*). Gestützt auf diese Bestimmung werden Anlage-

berater, die ihren Kunden in der Regel nur Ratschläge erteilen, erfasst, wenn sie aufgrund einer entsprechenden Vollmacht im Einzelfall Anlagen tätigen und so Verfügungsmacht über die Vermögenswerte ihrer Kunden erlangen. Die gestützt auf eine generelle Vollmacht ausgeübte Vermögensverwaltung, die die Anlagetätigkeit mit umfasst, fällt unter Bst. a;

- die Aufbewahrung und gegebenenfalls der Verwaltung von Effekten im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. g GwG für eine Vertragspartei (Bst. c);
- die Tätigkeit als Organtätigkeit von Sitzgesellschaften (Bst. d). Sitzgesellschaften üben keine unternehmerische Tätigkeit im eigentlichen Sinne aus, sondern dienen der Vermögensanlage im Interesse des wirtschaftlich Berechtigten. Die Unterstellung der Organe von Sitzgesellschaften begründet sich darin, dass die Organe für den die Sitzgesellschaft beherrschenden wirtschaftlich Berechtigten handeln und somit über fremde Vermögenswerte verfügen.

Abs. 2

Als Sitzgesellschaften im Sinne von Abs. 1 Bst. d gelten juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnliche Verbindungen, die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben. Diese Definition der Sitzgesellschaften entspricht derjenigen der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08), Rz. 38.

3. Abschnitt: Berufsmässigkeit

Art. 7 Allgemeine Kriterien

Abs. 1

Soweit sich aus den nachfolgenden Bestimmungen nichts anderes ergibt, übt ein Finanzintermediär die Finanzintermediation berufsmässig aus, sobald er eines der nachfolgenden Kriterien erfüllt:

- er erzielt pro Kalenderjahr einen Bruttoerlös von mehr als 20000 Franken (Bst. a);
- er nimmt pro Kalenderjahr Geschäftsbeziehungen mit mehr als 20 Vertragsparteien auf, die sich nicht auf eine einmalige Tätigkeit beschränken, oder er unterhält pro Kalenderjahr min-

destens 20 solche Beziehungen (*Bst. b*). Mit der Anhebung des Schwellenwertes von bisher 10 auf 20 Vertragsparteien wurde eine Angleichung an die Gewerbsmässigkeit im Banken- und Börsenrecht (vgl. Art. 3a Abs. 2 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 [BankV; SR 952.02] und FINMA-RS 2008/5 Rz. 49) vorgenommen;

- er hat unbefristete Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte, die zu einem beliebigen Zeitpunkt 5 Millionen Franken überschreiten (*Bst. c*);
- er führt Transaktionen durch, deren Gesamtvolumen 2 Millionen Franken pro Kalenderjahr überschreitet (*Bst. d*).

Abs. 2

Für die Berechnung des Transaktionsvolumens nach Abs. 1 Bst. d sind Zuflüsse von Vermögenswerten und Umschichtungen innerhalb desselben Depots nicht zu berücksichtigen. Bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen ist nur die von der Gegenpartei erbrachte Leistung zu berücksichtigen.

Abs. 3

Die Finanzintermediation für Einrichtungen und Personen nach Art. 2 Abs. 4 GwG wird für die Beurteilung der Berufsmässigkeit nicht berücksichtigt.

Abs. 4

Erbringt jemand Finanzdienstleistungen sowohl für Dritte wie für nahestehende Personen, werden die Geschäftsbeziehungen mit letzteren für die Beurteilung der Berufsmässigkeit nur berücksichtigt, wenn damit im Kalenderjahr ein Bruttoerlös von mehr als 20 000 Franken erzielt wird. Damit soll erreicht werden, dass z. B. die Vermögensverwaltung für ein betagtes Familienmitglied möglich ist, ohne dass daraus eine Unterstellung unter das GwG resultiert.

Abs. 5

Als nahestehende Personen im Sinne von Abs. 4 gelten:

- Verwandte und Verschwägerete in gerader Linie (*Bst. a*);
- Verwandte bis zum dritten Grad der Seitenlinie (*Bst. b*);
- Personen, mit denen der Finanzintermediär eine Ehe geschlossen oder eine eingetragene Partnerschaft begründet hat, ungeachtet einer späteren Scheidung oder gerichtlichen Auflösung (*Bst. c*);

- Miterben bis zum Abschluss der Erbteilung (*Bst. d*);
- Nacherben und Nachvermächtnisnehmer nach Art. 488 des Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) (*Bst. e*).

Art. 8 Kreditgeschäft

Abs. 1

Das Kreditgeschäft im Sinne von Art. 3 wird berufsmässig ausgeübt, wenn

- damit im Kalenderjahr ein Bruttoerlös von mehr als 250 000 Franken erzielt wird (*Bst. a*), und
- zu einem beliebigen Zeitpunkt ein Kreditvolumen von mehr als 5 Millionen Franken vergeben ist (*Bst. b*).

Abs. 2

Als Bruttoerlös des Kreditgeschäfts gelten alle Einnahmen aus Kreditgeschäften unter Abzug des Anteils, welcher der Kreditrückzahlung dient.

Abs. 3

Übt eine Person sowohl das Kreditgeschäft als auch eine andere Finanzintermediation aus, muss die Berufsmässigkeit für beide Bereiche separat ermittelt werden. Ist die Berufsmässigkeit in einem Bereich gegeben, so gilt die Tätigkeit in beiden Bereichen als berufsmässig, und es sind beide Bereiche unterstellt.

Art. 9 Geld- oder Wertübertragungsgeschäft

Das Geld- oder Wertübertragungsgeschäft im Sinne von Art. 4 Abs. 2 gilt grundsätzlich immer als berufsmässig. Mit dem Verzicht auf Schwellenwerte wird der Tatsache Rechnung getragen, dass diese Tätigkeit sehr geldwäschereigefährdet ist. Einzige Ausnahme ist die Ausübung dieser Tätigkeit für nahestehende Personen, mit der nach Art. 7 Abs. 4 ein Bruttoerlös von mehr als 20 000 Franken erzielt werden muss, damit Berufsmässigkeit gegeben ist.

Art. 10 Handelstätigkeit

Für die Handelstätigkeit im Sinne von Art. 5 wird zur Beurteilung des Kriteriums nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a anstelle des Bruttoerlöses auf den Bruttogewinn abgestellt. Der Grund liegt darin, dass der Brut-

toerlös aus der Handelstätigkeit den Wert der gehandelten Ware mit umfasst; für die Berufsmässigkeit ausschlaggebend soll aber das Honorar sein, welches sich aus dem Bruttogewinn ergibt.

Art. 11 Wechsel zur berufsmässigen Finanzintermediation

Abs. 1

Wer von einer nichtberufsmässigen zu einer berufsmässigen Finanzintermediation wechselt, muss

- unverzüglich Pflichten nach den Art. 3–11 GwG einhalten (*Bst. a*), und
- innerhalb von zwei Monaten einer Selbstregulierungsorganisation angeschlossen sein oder bei der FINMA ein Gesuch um Bewilligung für die berufsmässige Ausübung der Tätigkeit einreichen (*Bst. b*). Dies entspricht der bisherigen Regelung und Praxis.

Abs. 2

Bis zum Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation oder bis zur Erteilung einer Bewilligung durch die FINMA ist es diesen Finanzintermediären untersagt:

- neue Finanzintermediationsgeschäfte zu tätigen (*Bst. a*),
- im Rahmen der bestehenden Geschäftsbeziehungen Handlungen vorzunehmen, die nicht zwingend zur Erhaltung der Vermögenswerte erforderlich sind (*Bst. b*).

4. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Art. 12 Ausführungsbestimmungen

Verschiedene Begriffe der VBF sind nicht selbsterklärend und bedürfen der Präzisierung. Die FINMA wird aus diesem Grund ermächtigt, Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Es ist davon auszugehen, dass sie dies insbesondere in der Form eines ausführlichen Rundschreibens tun wird.

Art. 13 Aufhebung bisherigen Rechts

Die VBF übernimmt den Regelungsgegenstand der VBAF-FINMA, weshalb diese aufgehoben wird.

Art. 14 Inkrafttreten

Die VBF tritt zusammen mit Art. 41 GwG, der die Kompetenz des Bundesrates zum Erlass der VBF vorsieht, am 1. Januar 2010 in Kraft.

Bref commentaire de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel

Département fédéral des finances DFF

Novembre 2009

Introduction

L'ordonnance sur l'intermédiation financière exercée à titre professionnel (OIF) reprend pour l'essentiel les dispositions de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 20 août 2002 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel au sens de la loi sur le blanchiment d'argent (OAIF-FINMA; RS 955.20). Elle se réfère en outre à la compilation d'assujettissement de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent datée du 29 octobre 2008¹.

L'OIF renferme les nouveautés ou précisions suivantes par rapport à la réglementation et à la pratique en vigueur :

- En vertu de l'art. 1, al. 2, ne sont pas considérées comme intermédiation financière au sens de la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA; RS 955.0), le transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire en tant que prestation complémentaire à une prestation contractuelle principale (let. c), et
- L'exploitation d'institutions de prévoyance du pilier 3a par des assurances (let. d).
- L'activité des auxiliaires n'est, sous certaines conditions (art. 1, al. 2, let. f), pas considérée comme une activité d'intermédiation financière. Sauf en ce qui concerne l'activité de transmission de fonds ou de valeurs (ch. 5), le fait que les auxiliaires soient actifs pour un ou plusieurs intermédiaires financiers n'a plus d'importance.
- L'art. 4, al. 2 introduit une définition de la transmission de fonds ou de valeurs, laquelle est toujours exercée à titre professionnel (art. 9).
- L'art. 5, al. 2, let. b étend l'activité de négoce au-delà du négoce en bourse afin d'inclure le négoce pour le compte de tiers, qui n'intervient pas en bourse, de matières premières – pour autant que celles-ci atteignent un degré de standardisation si

¹ La compilation est téléchargeable sous: www.finma.ch/archiv/gwg/ff/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/index.php

- élevé qu'elles peuvent être liquidées en tout temps. Par contre, le négoce de dérivés de matières premières bénéficie de la dérogation de l'art. 5, al. 3. En effet, il s'agit de valeurs mobilières au sens de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses (LBVM; RS 954.1).
- Selon l'art. 5, al. 3, le négoce de valeurs mobilières n'est considéré comme une activité de négoce que lorsqu'il est effectué par des négociants en valeurs mobilières au sens de la LBVM.
 - L'activité de change à titre accessoire n'est pas considérée comme une activité de négoce (art. 5, al. 4), l'ordonnance ne définissant pas quand l'activité de change est exercée à titre accessoire.
 - L'art. 7, al. 1, let. b enfin prévoit, comme seuil déterminant si une activité est exercée à titre professionnel, l'établissement de relations d'affaires avec plus de 20 contractants et non plus 10 jusqu'ici.

Section 1: Dispositions générales

Art. 1 Objet et champ d'application matériel

Al. 1

L'art. 2, al. 3, LBA comporte un catalogue non exhaustif des activités qui, exercées à titre professionnel, font d'une personne un intermédiaire financier assujéti à la loi. L'OIF énonce des critères précisant si une personne doit être qualifiée d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, LBA et définit les exigences relatives au caractère professionnel de son activité (d'intermédiation financière).

Al. 2

L'al. 2 recense sous forme de catalogue les activités qui ne sont pas considérées comme intermédiation financière :

Let. a

Le transport physique de valeurs, soit le déplacement de valeurs patrimoniales d'un lieu à un autre, ainsi que la conservation physique de valeurs patrimoniales ne sont pas des activités assujétiées à la LBA, étant donné que le bien transporté ne subit pas le processus de transformation qui caractérise le blanchiment d'argent. Mais si le transporteur exerce en plus d'autres activités du ressort d'un intermédiaire financier, le transport est assujéti. Par exemple, il se peut que le transporteur fasse virer de l'argent liquide qu'on lui a confié

sur son propre compte, avant de le porter à l'actif du compte du bénéficiaire. Le transporteur acquiert ainsi un pouvoir de disposition sur de l'argent liquide appartenant à des tiers et fournit, outre l'acheminement de l'argent, un service relevant du trafic des paiements.

Let. b

Lors du recouvrement, le mandataire fait rentrer des créances arrivées à échéance sur mandat du créancier. Soit il agit comme représentant direct du créancier, soit il se fait céder des créances par celui-ci à titre fiduciaire et se présente en son nom propre face au débiteur. L'activité de recouvrement de créances ne peut être qualifiée d'intermédiation financière. En effet, le débiteur n'est pas cocontractant du mandataire, et par conséquent son identification avec la conception de la LBA est exclue. Il est donc a priori absurde d'assujettir l'activité d'encaissement à la LBA. Par ailleurs, l'activité des entreprises d'encaissement ne relève pas non plus de l'intermédiation financière selon les standards internationaux.

Let. c

Si, dans un contrat donné, des valeurs patrimoniales ne sont transférées qu'à titre accessoire, en marge d'une prestation principale prévue par contrat, il n'y a pas d'intermédiation financière. On pourrait imaginer par exemple qu'un établissement médico-social paie à titre accessoire, en complément à sa vocation première, des biens ou des services à des tiers pour le compte de ses clients en prélevant l'argent sur un dépôt créé à cet effet, ou qu'un administrateur d'immeubles utilise les revenus perçus pour le compte du propriétaire afin d'effectuer des paiements en faveur de tiers. Le risque de blanchiment d'argent est comparativement faible pour ce type de prestations fournies à titre accessoire, et donc il est justifié de ne pas les assujettir.

Let. d

Au-delà de la formulation de l'art. 2, al. 4, let. b, LBA, qui exclut les institutions de prévoyance professionnelle, il faut également exclure du champ d'application de la LBA l'exploitation d'institutions de prévoyance liée du pilier 3a. Car à l'instar des institutions de prévoyance professionnelle, il s'agit d'une forme de prévoyance reconnue et exemptée d'impôts. Il est indifférent ici que les institutions de prévoyance soient gérées par des fondations bancaires ou par des assurances.

Let. e

La conception de la LBA n'est pas adaptée aux opérations financières conclues entre les sociétés d'un même groupe. En effet, faire respecter entre ces dernières les exigences légales en vigueur pour les intermédiaires financiers n'aurait pas beaucoup de sens. Pour cette raison, le groupe doit être considéré comme une seule et même entité du point de vue de la LBA, et l'intermédiation financière exercée entre les sociétés d'un groupe doit être exclue du champ d'application de la loi. Ainsi, une société affiliée à un groupe industriel ou commercial qui gère les liquidités ou la trésorerie de ce groupe ne doit pas être considérée comme un intermédiaire financier au sens de la LBA. Il va de soi que les activités financières exercées pour des tiers par une société d'un groupe sont considérées comme intermédiation financière. Par exemple, si dans un contrat de leasing le fabricant et le donneur de leasing font partie du même groupe, l'activité pour un preneur de leasing extérieur au groupe tombe dans le champ d'application de la loi.

Let. f

Si un intermédiaire financier au sens de la LBA, affilié à un organisme d'autorégulation (OAR) ou disposant d'une autorisation de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) pour exercer son activité, recourt aux services d'auxiliaires au sens de l'art. 101 CO, ceux-ci sont couverts par son autorisation ou par son affiliation dans le cadre de leur travail à son service, s'ils satisfont aux conditions suivantes :

- ils doivent être choisis avec soin par l'intermédiaire financier et être soumis aux instructions et aux contrôles de ce dernier (*ch. 1*);
- ils sont intégrés dans les mesures organisationnelles de l'intermédiaire financier visant à empêcher le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme prévues à l'art. 8 LBA et reçoivent une formation initiale et une formation continue dans ce domaine (*ch. 2*);
- ils ne peuvent agir qu'au nom et pour le compte de l'intermédiaire financier, et non en leur nom propre ou pour leur propre compte (*ch. 3*);
- ils doivent être rémunérés par l'intermédiaire financier et non par le client final (*ch. 4*);
- ils n'exercent l'activité de transmission de fonds ou de valeurs que pour un intermédiaire financier autorisé ou affilié (*ch. 5*);

- ils ont conclu avec l'intermédiaire financier une convention écrite portant sur les chiffres 1 à 4 ou, dans le cas de la transmission de fonds ou de valeurs, sur les chiffres 1 à 5 (*ch. 6*).

Sauf en ce qui concerne l'activité de transmission de fonds ou de valeurs, il est sans importance que les auxiliaires travaillent pour un ou plusieurs intermédiaires financiers titulaires d'une autorisation ou affiliés à un OAR.

Art. 2 Champ d'application territorial

Al. 1

Tout intermédiaire financier ayant son siège en Suisse relève du champ d'application territorial de l'OIF, même s'il fournit ses prestations financières uniquement à l'étranger (*let. a*). Sont également soumises à l'OIF les succursales, inscrites au registre de commerce en Suisse ou de fait, d'intermédiaires financiers ayant leur siège à l'étranger et qui emploient, en Suisse, des personnes qui, à titre professionnel, concluent des affaires pour eux en Suisse ou depuis la Suisse ou les engagent juridiquement (*let. b*).

Al. 2

L'ordonnance ne s'applique pas aux intermédiaires financiers qui ont leur siège à l'étranger, exercent des activités transfrontières d'intermédiation financière et n'engagent en Suisse du personnel provenant de l'étranger que de manière temporaire pour certaines opérations.

Section 2: Activités d'intermédiation financière

Art. 3 Opérations de crédit

Les opérations de crédit ne visent que l'activité du donneur de crédit en tant que cocontractant assurant le préfinancement (*let. a*), et non celle du preneur de crédit.

Ne sont pas non plus considérées comme des opérations de crédit, en particulier, les opérations ne visant pas (essentiellement) à générer du profit:

- l'octroi de crédits sans rémunération en intérêts ni autres charges (*let. b*);
- l'octroi de crédits entre société et associé, lorsque l'associé détient une participation d'au moins 10 % du capital ou des voix dans la société (*let. c*);

- l’octroi de crédits entre employeur et employés, lorsque l’employeur est tenu de verser des contributions sociales aux employés participant à la relation de crédit (*let. d*);
- les relations de crédit entre personnes proches selon l’art. 7, al.5 (*let. e*);
- l’octroi de crédits, s’ils sont accessoires à un autre acte juridique (*let. f*). Il faut entendre par là, par exemple, des délais de paiement accordés à un client lors d’un achat de marchandises. Un tel crédit constitue soit une modalité de paiement, soit une relation de leasing direct, qui n’est pas considérée comme une opération de crédit.

De même, ne sont pas considérées comme des opérations de crédit les opérations où l’élément de crédit joue un rôle secondaire, comme :

- le leasing opérationnel similaire à un loyer (*let. g*) prévoyant un contrat facilement résiliable, éventuellement après une brève durée contractuelle de base ; a contrario, le leasing financier est une opération de crédit ;
- les engagements conditionnels en faveur de tiers, tels que les cautionnements ou les garanties (*let. h*) ;

et enfin

- les financements de transactions commerciales, lorsque le remboursement n’est pas effectué par le cocontractant (*let. i*). En pareil cas, le risque de blanchiment ne se réalise pas dans le contrat liant les parties, et donc les devoirs que la LBA prescrit à l’intermédiaire financier vis-à-vis du partenaire contractuel seraient sans objet.

Art. 4 Services dans le domaine du trafic des paiements

Al. 1

Let. a

Il y a service dans le domaine du trafic des paiements au sens de l’art. 2, al. 3, let. b, LBA notamment lorsque l’intermédiaire financier, sur mandat de son cocontractant, transfère des valeurs financières liquides à un tiers et prend ainsi physiquement possession de ces valeurs, qu’il fait créditer sur son propre compte ou dont il ordonne le virement au nom et sur ordre du cocontractant. L’intermédiaire financier acquiert ainsi un pouvoir de disposition durable sur des valeurs financières liquides appartenant à un tiers.

Let. b

Un service dans le domaine du trafic des paiements est également fourni dès le moment où l'intermédiaire financier émet ou gère des moyens de paiement non liquides dont le cocontractant se sert pour payer ses créanciers. Les moyens de paiement peuvent être des cartes de crédit ou de débit, des chèques de voyage, bancaires ou autres, qui servent à son cocontractant à effectuer ses paiements. L'émission d'argent liquide incombe à la Banque nationale suisse, qui est exceptée du champ d'application de la loi (art. 2, al. 4, LBA).

Let. c

Les transmissions de fonds ou de valeurs constituent également un service dans le domaine du trafic des paiements.

Al. 2

Par transmission de fonds ou de valeurs on entend à l'al. 1, let. c le transfert de valeurs patrimoniales qui consiste à accepter des espèces, des chèques ou d'autres instruments de paiement, puis à payer la somme équivalente en espèces ou sans numéraire au moyen d'une transmission, d'un virement ou de toute autre utilisation d'un système de paiement ou de compensation. Comme la transmission de fonds ou de valeurs est toujours considérée comme exercée à titre professionnel (art. 9), il faut s'assurer de l'enregistrement systématique de cette activité.

Art. 5 Activité de négoce

Al. 1

Il y a activité de négoce au sens de l'art. 2, al. 3, let. c, LBA en particulier lorsque l'intermédiaire financier pratique pour le compte d'un cocontractant l'achat et la vente d'instruments financiers tels que billets de banque, monnaies, devises ou métaux précieux bancaires ainsi que le change.

Al. 2

Sont également considérés comme une activité de négoce :

- le commerce pour propre compte de monnaies courantes et de billets de banque qui ont cours (*let. a*) ;
- le négoce pour le compte de tiers de matières premières qui intervient en bourse, ainsi que celui hors bourse, pour autant que les matières premières atteignent un degré de standardi-

sation si élevée qu'elles peuvent être liquidées en tout temps (*let. b*). L'assujettissement du négoce hors bourse de matières premières offrant un tel degré de standardisation tient à la possibilité de les aliéner facilement et de réaliser ainsi des opérations financières. Par contre, les dérivés de matières premières sont des valeurs mobilières au sens de la LBVM et bénéficient ainsi de la dérogation figurant à l'al. 3 ;

- le négoce pour propre compte de métaux précieux bancaires (*let. c*). Ce genre d'activité est notamment pris en considération parce que, selon la recommandation 12 du GAFI, toute forme de négoce de métaux précieux – y compris donc le négoce pour propre compte – doit être considérée comme exposée au risque de blanchiment d'argent et requiert donc des obligations de diligence et d'identification.

Al. 3

Le négoce de valeurs mobilières n'est considéré comme une activité de négoce qu'en présence d'une activité d'intermédiation financière au sens de l'art. 2, al. 2, *let. d*, LBA, autrement dit s'il est effectué par des négociants en valeurs mobilières au sens de la LBVM. Le reste du négoce de valeurs mobilières représente un volume négligeable et n'est donc pas pris en compte.

Al. 4

Si une entreprise exerce une activité de change à titre accessoire, cette activité n'est pas considérée comme une activité de négoce. C'est notamment le cas des stations d'essence ou des hôtels, qui offrent des services de change à leurs clients parallèlement à leur activité principale. Les montants changés dans ce contexte sont peu importants et le risque de blanchiment d'argent est donc faible. Il convient de noter que l'ordonnance renonce à chiffrer l'activité accessoire. Cette tâche incombera à la FINMA. Les aspects suivants pourraient par exemple être pris en compte : la relation entre le chiffre d'affaires total et le chiffre d'affaires provenant de l'activité de change, le volume d'argent changé chaque année ou l'importance des différents montants changés.

Art. 6 Autres activités

Al. 1

Sont également considérés comme intermédiation financière :

- la gestion de valeurs mobilières et d'instruments financiers pour un cocontractant au sens de l'art. 2, al. 3, let. e, LBA (*let. a*); par contre, la gestion de valeurs patrimoniales ne relevant pas du secteur financier, comme des collections, des parcs de véhicules ou des immeubles n'est pas prise en compte;
- l'exécution, en tant que conseiller en placement, de mandats de placement isolés pour le compte de tiers au sens de l'art. 2, al. 3, let. f, LBA (*let. b*). Cette disposition conduit à l'assujettissement des conseillers en placement qui, en règle générale, se contentent de conseiller leur client, lorsqu'ils effectuent des placements sur la base d'une procuration spécifique et acquièrent ainsi un pouvoir de disposition sur les avoirs des clients. La gestion de fortune effectuée sur la base d'une procuration générale et comprenant l'activité de placement tombe quant à elle sous le coup de la let. a;
- la conservation et, le cas échéant, la gestion de valeurs mobilières pour un cocontractant au sens de l'art. 2, al. 3, let. g, LBA (*let. c*);
- l'activité d'organe de sociétés de domicile (*let. d*). De telles sociétés n'exercent pas à proprement parler d'activité commerciale, mais sont des véhicules servant à la gestion de fortune, dans l'intérêt de leur ayant droit économique. L'assujettissement des organes des sociétés de domicile se justifie par le fait qu'ils agissent sur instructions de l'ayant droit économique qui détient une position dominante dans la société de domicile et, partant, à titre fiduciaire.

Al. 2

Sont considérées comme des sociétés de domicile selon l'al. 1, let. d les personnes morales, sociétés, établissements, fondations, trusts, entreprises fiduciaires et constructions semblables, qui n'exercent pas une activité de commerce ou de fabrication, ou une autre activité exploitée en la forme commerciale. Cette définition des sociétés de domicile correspond à celle qui figure dans la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), Cm 38.

Section 3: Activité exercée à titre professionnel

Art. 7 Critères généraux

Al. 1

Pour autant que les articles suivants n'en disposent autrement, un intermédiaire financier exerce son activité à titre professionnel dès qu'il remplit au moins un de ces critères :

- il réalise un produit brut de plus de 20 000 francs durant une année civile (*let. a*);
- il établit des relations d'affaires ne se limitant pas à une activité unique avec plus de 20 cocontractants durant une année civile ou entretient au moins 20 relations de ce type durant une année civile (*let. b*). Le relèvement du seuil de 10 contractants aujourd'hui à 20 dorénavant constitue un ajustement à l'activité à titre professionnel telle qu'elle est définie en droit bancaire et boursier (voir art. 3a, al. 2, de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques [OB; RS 952.02] et Circ. FINMA 2008/5, Cm 49);
- il a un pouvoir de disposition d'une durée illimitée sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dont le montant dépasse 5 millions de francs à un moment donné (*let. c*);
- il effectue des transactions dont le volume total dépasse 2 millions de francs durant une année civile (*let. d*).

Al. 2

L'afflux de valeurs patrimoniales et les réinvestissements à l'intérieur du même dépôt ne sont pas pris en considération dans le calcul du volume de transactions visé à l'al. 1, let. d. Pour les contrats bilatéraux, seule la contre-prestation fournie par le cocontractant est prise en considération.

Al. 3

L'activité d'intermédiaire financier exercée pour des institutions ou des personnes en vertu de l'art. 2, al. 4, LBA n'est pas prise en considération lors de l'évaluation visant à déterminer si l'activité est exercée à titre professionnel ou non.

Al. 4

Lorsque quelqu'un fournit des services financiers tant à des tiers qu'à des personnes proches, les relations d'affaires avec ces dernières ne

sont prises en compte pour juger du caractère professionnel ou non de l'activité exercée qu'à partir du moment où le produit brut réalisé durant une année civile est supérieur à 20 000 francs. Cette règle a pour but d'assurer que la gestion de fortune par exemple pour un parent âgé reste possible sans assujettissement à la LBA.

Al. 5

Sont considérées comme personnes proches à l'al. 4 :

- les parents et alliés en ligne directe (*let. a*);
- les parents en ligne collatérale jusqu'au troisième degré (*let. b*);
- les personnes avec lesquelles l'intermédiaire financier a contracté un mariage ou un partenariat enregistré, même s'il y a eu ultérieurement divorce ou dissolution judiciaire (*let. c*);
- les cohéritiers jusqu'à la clôture du partage successoral (*let. d*);
- les appelés et les substitués du légataire au sens de l'art. 488 du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210) (*let. e*).

Art. 8 Opérations de crédit

Al. 1

Les opérations de crédit selon l'art. 3 sont exercées à titre professionnel

- si ces opérations permettent de réaliser un produit brut de plus de 250 000 francs durant une année civile (*let. a*), et
- si le volume des crédits octroyés dépasse 5 millions de francs à un moment donné (*let. b*).

Al. 2

Pour déterminer le produit brut des opérations de crédit, il faut prendre en compte toutes les entrées de fonds liées aux opérations, après déduction des montants destinés au remboursement du crédit.

Al. 3

Si une personne exerce simultanément des opérations de crédit et une autre activité d'intermédiation financière, les deux domaines d'activité doivent être examinés indépendamment l'un de l'autre pour déterminer s'ils sont exercés à titre professionnel ou non. Si les critères sont remplis dans un domaine d'activité, l'activité est considérée comme étant exercée à titre professionnel dans les deux domaines, et les deux domaines sont assujettis.

Art. 9 Transmission de fonds ou de valeurs

La transmission de fonds ou de valeurs selon l'art. 4, al. 2 est en principe toujours exercée à titre professionnel. L'absence de seuil vise à tenir compte du fait que cette activité comporte un risque élevé de blanchiment d'argent. La seule exception concerne l'exercice de cette activité pour le compte de personnes proches. Dans ce contexte, on considère selon l'art. 7, al. 4 que l'activité est exercée à titre professionnel seulement si le produit brut réalisé est supérieur à 20 000 francs.

Art. 10 Activité de négoce

Pour l'activité de négoce au sens de l'art. 5, le critère déterminant est le bénéfice brut au lieu du produit brut visé à l'art. 7, al. 1, let. a. La raison en est que le produit brut de l'activité de négoce inclut la valeur de la marchandise écoulee; or c'est l'honoraire découlant du bénéfice brut qui doit être décisif pour déterminer s'il y a activité exercée à titre professionnel.

Art. 11 Passage à l'activité d'intermédiaire financier à titre professionnel

Al. 1

Quiconque passe d'une activité d'intermédiaire financier à titre non professionnel à une activité à titre professionnel doit

- respecter immédiatement les obligations visées aux articles 3 à 11 de la LBA (*let. a*), et
- dans un délai de deux mois, avoir obtenu l'affiliation à un organisme d'autorégulation ou avoir déposé une demande d'autorisation d'exercer l'activité à titre professionnel auprès de la FINMA (*let. b*). Cette disposition correspond à la réglementation et à la pratique en vigueur jusqu'ici.

Al. 2

Tant qu'ils ne sont pas affiliés à un organisme d'autorégulation ou que l'autorisation n'a pas été octroyée par la FINMA, ces intermédiaires financiers ont l'interdiction

- de conclure de nouvelles affaires d'intermédiation financière (*let. a*),
- d'effectuer, dans le cadre des relations d'affaires existantes, des actes qui ne sont pas absolument nécessaires à la conservation du patrimoine (*let. b*).

Section 4: Dispositions finales

Art. 12 Dispositions d'exécution

Diverses notions de l'OIF ne sont pas sans équivoque et ont besoin d'être précisées. D'où l'autorisation donnée à la FINMA d'arrêter des dispositions d'exécution. Tout indique qu'elle le fera notamment par voie de circulaire détaillée.

Art. 13 Abrogation du droit en vigueur

L'OIF réglemente la même matière que l'OAIF-FINMA. D'où l'abrogation de cette dernière.

Art. 14 Entrée en vigueur

L'OIF entre en vigueur en même temps que l'art. 41 LBA conférant au Conseil fédéral la compétence d'édicter l'OIF, soit le 1^{er} janvier 2010.

Rundschreiben 2011/1

Finanzintermediation nach GwG

Ausführungen zur Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF)

Referenz: FINMA-RS 11/1
«Finanzintermediation nach GwG»

Erlass: 20. Oktober 2010

Inkraftsetzung: 1. Januar 2011

Letzte Änderung: 20. Oktober 2010

Rechtliche Grundlagen: FINMAG Art. 7 Abs. 1 Bst. b
GwG Art. 2, 41
VBF Art. 12

Adressaten																
BankG	VAG	BEHG	KAG			GwG	Andere									
Banken	Versicherer	Börsen und Teilnehmer Effekthändler	Fondsleitungen	SICAV	KG für KKA	SICAF	Depotbanken	Vermögensverwalter KKA	Vertriebsträger	Vertreter ausl. KKA	Andere Intermediäre	SRO	DUFJ	SRO-Beaufichtigte	Prüfungsgesellschaften	Ratingagenturen
												X	X	X		

I. Gegenstand und gesetzliche Grundlagen

Art. 2 des Geldwäschereigesetzes (GwG; SR 955.0) bestimmt den Geltungsbereich des GwG. Neben den in Art. 2 Abs. 2 GwG erwähnten spezialgesetzlich beaufsichtigten Finanzinstituten erfasst das GwG nach Art. 2 Abs. 3 auch Finanzintermediäre, die nicht spezialgesetzlich beaufsichtigt sind. Gestützt auf Art. 41 Abs. 1 GwG hat der Bundesrat den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 GwG mit der Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF; SR 955.071) präzisiert und die FINMA ermächtigt, Ausführungen zur Verordnung zu erlassen (Art. 12 VBF). 1

Das vorliegende Rundschreiben gibt die Praxis der FINMA bezüglich der dem Geldwäschereigesetz unterstellten Tätigkeiten wieder und zeigt auf, wie die FINMA das GwG und die VBF auslegt und wann sie eine berufsmässige Finanzintermediation bejaht. *Erläuternde Beispiele sind kursiv angefügt.* Das Rundschreiben folgt der Struktur der VBF, wobei die Bestimmungen der VBF grundsätzlich nicht wiederholt werden. 2

II. Allgemeines zum Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 GwG

A. Begriff der Finanzintermediation (Art. 1 Abs. 1 VBF)

Das Geldwäschereigesetz bezeichnet die von ihm erfassten Unternehmen und Personen als «Finanzintermediäre» (Art. 2 Abs. 1 GwG). Nach Art. 2 Abs. 3 GwG sind Finanzintermediäre Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen. Diese Bestimmung führt in den Buchstaben a–g exemplarisch einige vom GwG erfasste Tätigkeiten auf, wie etwa das Kreditgeschäft, den Zahlungsverkehr oder die Vermögensverwaltung. Dieser Katalog zeigt, dass das GwG vorwiegend Tätigkeiten im Finanzsektor erfasst (BBl 1996 III 1115). Aber auch Personen und Unternehmen, die primär Dienstleistungen in anderen Sektoren erbringen, können von den Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes betroffen sein, wenn sie zusätzlich finanzintermediäre Tätigkeiten verfolgen. 3

Die einzelnen von Art. 2 Abs. 3 GwG erfassten Tätigkeiten werden unter den Ziffern III–VII näher ausgeführt. 4

B. Nicht als Finanzintermediation
geltende Tätigkeiten
(Art. 1 Abs. 2 VBF)

In Art. 1 Abs. 2 VBF werden folgende Tätigkeiten ausdrücklich aufgeführt, die nicht als Finanzintermediation qualifiziert werden: 5

a) Der Transport und die Aufbewahrung
von Vermögenswerten
(Art. 1 Abs. 2 Bst. a VBF)

Der rein physische Transport, d. h. die Beförderung von Vermögenswerten von einem Ort zum andern, sowie die rein physische Aufbewahrung von Vermögenswerten sind abgesehen von der Aufbewahrung von Effekten (Art. 6 Abs. 1 Bst. c VBF) keine relevanten Tätigkeiten im Sinne des GwG. Falls aber der Transporteur im Zusammenhang mit dem Transport weitere Tätigkeiten ausübt, die als Finanzintermediation gelten, ist seine Unterstellung unter das Gesetz zu bejahen. 6

Zu denken ist etwa daran, dass der Transporteur ihm anvertrautes Bargeld auf sein eigenes Konto überweisen lässt, bevor es dem Konto des Empfängers gutgeschrieben wird. Damit erlangt der Transporteur Verfügungsmacht über das ihm fremde Bargeld und erbringt zusätzlich zur Beförderung des Geldes eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr. 7

b) Die Inkassotätigkeit
(Art. 1 Abs. 2 Bst. b VBF)

Beim Inkasso zieht der Beauftragte im Auftrag des Gläubigers fällige Forderungen ein. Der Beauftragte handelt entweder als direkter Stellvertreter des Gläubigers oder tritt gegenüber dem Schuldner in eigenem Namen auf, nachdem er sich die Forderungen vom Gläubiger treuhänderisch zedieren liess. Die FINMA setzt die Inkassotätigkeit der Finanzintermediation nicht gleich, da der Schuldner nicht Vertragspartner des Beauftragten ist und dessen Identifizierung nach der Konzeption des GwG ausgeschlossen ist. 8

- Unterhält der Beauftragte Vertragsbeziehungen sowohl zum Gläubiger der Forderung als auch zum Schuldner, kann gleichwohl eine Inkassotätigkeit vorliegen. Entscheidend ist, in wessen Auftrag die Überweisung resp. Weiterleitung vorgenommen wird, was anhand von Indizien zu eruieren ist. Typischerweise wird die Dienstleistung vom Auftraggeber entschädigt. 9
- Eine Inkassotätigkeit kann auch vorliegen, wenn der Beauftragte innerhalb eines geschlossenen Kreises von Waren- bzw. Dienstleistungsbezügern agiert und nicht als selbständig zwischengeschaltete Person angesehen werden kann. Der Zweck des Beauftragten ist der gute Ablauf und die Vereinfachung der Bezahlung an den Warenlieferanten bzw. den Dienstleistungsanbieter. 10
- Eine Genossenschaft vermittelt Geschäftsabschlüsse zwischen ihren Mitgliedern und Warenlieferanten und übernimmt für die an ihre Mitglieder gelieferten Waren den Zahlungsverkehr (BGE 2A.62/2007).* 11
- Ein Franchisegeber bietet seinen Franchisenehmern zusätzlich die zentrale Abwicklung des Zahlungsverkehrs für die beim Warenlieferanten bezogenen Waren an.* 12
- c) Die Übertragung von Vermögenswerten als akzessorische Nebenleistung zu einer Hauptleistung (Art. 1 Abs. 2 Bst. c VBF)
- Für die Qualifizierung der Übertragung von Vermögenswerten als akzessorische Nebenleistung sprechen kumulativ folgende Anhaltspunkte: 13
- Es handelt sich grundsätzlich um eine Nebenleistung, die in ein Vertragsverhältnis eingebunden ist, das nicht dem Finanzsektor zuzurechnen ist; 14
 - Die Vertragspartei, welche die Hauptleistung erbringt, erbringt auch die Nebenleistung; 15
 - Diese Nebenleistung ist im Verhältnis zur Hauptleistung von untergeordneter Bedeutung; davon kann grundsätzlich ausgegangen werden, wenn abgesehen von den kostendeckenden Auslagen keine zusätzliche Vergütung für die Nebenleistung verlangt wird; 16

- Die Nebenleistung steht mit der Hauptleistung in einem engen sachlichen Zusammenhang; die Erbringung der Hauptleistung ohne die Erbringung der finanzintermediären Nebenleistung hätte besondere Schwierigkeiten für die Vertragsparteien zur Folge.

17

- Eine akzessorische Nebenleistung liegt etwa vor, wenn ein Alters- und Pflegeheim neben der hauptvertraglichen Leistung für Rechnung seiner Kunden Waren oder Dienstleistungen Dritter aus einem zu diesem Zweck zum Voraus angelegten Depot bezahlt.*

18

- Die Ausführung von Zahlungsaufträgen durch Buchhalter zusätzlich zu Buchhaltungsdienstleistungen ist in der Regel nicht als akzessorisch zu bezeichnen.*

19

- Bietet eine Person oder ein Unternehmen aber Dienstleistungen an, die nicht als akzessorische Nebenleistung qualifiziert werden können, sondern als selbständige Dienstleistung eine finanzintermediäre Tätigkeit darstellen, so entsteht bei berufsmässiger Ausübung eine Unterstellungspflicht.

20

- d) Das Betreiben von Vorsorgeeinrichtungen der Säule 3a durch Bankstiftungen oder Versicherungen (Art. 1 Abs. 2 Bst. d VBF)

(Keine Ausführungen)

21

- e) Die Tätigkeit unter Konzerngesellschaften (Art. 1 Abs. 2 Bst. e VBF)

Im Anwendungsbereich des GwG wird der Konzern als wirtschaftliche Einheit von Unternehmen betrachtet, wenn das eine direkt oder indirekt mit mehr als der Hälfte der Stimmen oder des Kapitals am oder an den anderen beteiligt ist oder diese auf andere Weise beherrscht.

22

- So ist eine Konzerngesellschaft, welche das Cash Management oder das Treasuring innerhalb eines Industrie- oder Handelskonzerns vornimmt, keine Finanzintermediärin im Sinne des GwG.*

23

Die Regelung von Art. 1 Abs. 2 Bst. e VBF findet analog Anwendung auf Strukturen, an deren Spitze anstelle einer juristischen Person eine natürliche Person steht. 24

f) Der Beizug von Hilfspersonen (Art. 1 Abs. 2 Bst. f VBF) 25
Sind die Kriterien von Art. 1 Abs. 2 Bst. f Ziff. 1–6 VBF erfüllt, sind die Hilfspersonen von der Bewilligung bzw. des SRO-Anschlusses des Finanzintermediärs gedeckt. Der Finanzintermediär, der die Hilfsperson zuzieht, bleibt für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten des GwG aufsichtsrechtlich verantwortlich. 26
Im Bereich der Geld- und Wertübertragung darf die Hilfsperson nur für einen Finanzintermediär tätig sein (sogenannte «Exklusivitätsklausel»; Art. 1 Abs. 2 Bst. f Ziff. 5 VBF). 27
Mit Ausnahme des Geld- oder Wertübertragungsgeschäfts können Hilfspersonen für mehrere über eine Bewilligung oder einen SRO-Anschluss verfügende Finanzintermediäre tätig sein.

C. Räumlicher Geltungsbereich (Art. 2 VBF)

Im Ausland eingetragene Zweigniederlassungen oder Filialen einer Schweizer Gesellschaft sind grundsätzlich dem GwG nicht unterstellt. Unter Umständen wird die finanzintermediäre Tätigkeit der ausländischen Zweigniederlassung oder Filiale der Schweizer Gesellschaft zugerechnet, wenn die Tätigkeit überwiegend in der Schweiz ausgeübt wird, auch wenn gewisse operationelle Tätigkeiten oder Backoffice-Aktivitäten im Ausland erfolgen (BGE 2A.91/2005). 28

III. Kreditgeschäft (Art. 3 VBF)

A. Unterstellte Kreditgeschäfte

a) Geldkredite 29
Die Hingabe von Geld an einen Kreditnehmer gegen dessen Verpflichtung, die erhaltene Summe zurückzubezahlen und zu verzinsen, ist grundsätzlich dem GwG unterstellt. Vom GwG erfasst sind damit die Hypothekarkredite, die Kontokorrentkredite, Wechselkredite, Lombardkredite, langfristige Darlehen wie das partiarische Darlehen und das nachrangige Darlehen,

auch wenn sie durch Pfand oder anderweitige Sicherung abgesichert sind. Pfandleihhäuser, welche gegen ein Faustpfand Darlehen vergeben, sind daher dem GwG unterstellt.

b) Konsumkredite

Gemäss Wortlaut des Gesetzes sind dem GwG ebenfalls die Konsumkredite im Sinne des Konsumkreditgesetzes (KKG; SR 221.214.1) unterstellt. Vorbehalten bleiben die Ausführungen über die akzessorische Kreditgewährung (Rz 44 ff.). 30

c) Handelsfinanzierungen

Weil die Vorfinanzierung einer Vertragspartei im Rahmen von Handelsgeschäften ebenfalls als Kredit betrachtet werden kann, sind Handelsfinanzierungen nach dem Wortlaut des Gesetzes grundsätzlich unterstellt. Unter diesen Begriff werden im Allgemeinen der Diskontkredit, der Zessionskredit und das Finanzierungsleasing, aber auch der Warenkredit oder Absatzfinanzierungen gezählt. 31

Das Finanzierungsleasing weist neben dem Hersteller – respektive Lieferanten oder Händler – und dem Leasingnehmer eine Leasinggesellschaft, die Leasinggeberin, als Drittbeteiligte auf. Diese Drittbeteiligte tritt als Kreditgeberin auf. Der Leasinggeber überlässt den Gegenstand dem Leasingnehmer für eine unkündbare Vertragsdauer, die annähernd der wirtschaftlichen Lebensdauer des Leasinggegenstandes entspricht und die Summe der Leasingraten ungefähr den Anschaffungswert des Objektes, inkl. Finanzierungskosten, erreicht. In der Regel übernimmt der Leasingnehmer sämtliche mit dem Objekt verbundenen Lasten und Risiken, wie Unterhalt, Versicherung, Steuern oder höhere Gewalt. Das Finanzierungsleasing ist dem GwG unterstellt, wobei die Unterstellungspflicht den Leasinggeber als vorfinanzierende Partei trifft. 32

Hingegen sind dem GwG weder das Operating Leasing (Rz 53), noch in der Regel das Direktleasing unterstellt (Rz 52). 33

Die Handelsfinanzierung ist dem GwG nicht unterstellt, wenn in ihr eine akzessorische Kreditgewährung im Sinne von Art. 3 Bst. f VBF erblickt wird (Rz 44 ff.) oder wenn die Zins- und Amortisationszahlungen nicht von der Vertragspartei geleistet werden (Rz 55 ff.). 34

B. Nicht als Kreditgeschäft geltende Tätigkeiten
(Art. 3 VBF)

- a) Die Tätigkeit des Kreditnehmers (Art. 3 Bst. a VBF) 35
Der Kreditnehmer ist dem GwG grundsätzlich nicht unterstellt. 36
Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, die
gestützt auf Art. 3a Abs. 1 Bankenverordnung (BankV;
SR 952.02) Einlagen aus dem Publikum entgegennehmen
dürfen, sowie Kassen, für die sie vollumfänglich haften, sind
dem GwG ebenfalls nicht unterstellt. Auch Vereine und Ge-
nossenschaften sind unter den Voraussetzungen von Art. 3a
Abs. 4 Bst. d BankV vom GwG ausgenommen. Dasselbe gilt
bei Einlagen von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen so-
wie pensionierten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen bei
ihrem Arbeitgeber (Art. 3a Abs. 4 Bst. e BankV). Sobald im
Zusammenhang mit der Entgegennahme von Einlagen jedoch
anderweitige finanzintermediäre Dienstleistungen im Sinne
des GwG (z. B. das bankenmässige Aktivgeschäft, die Vermö-
gensverwaltung, Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr
etc.) erbracht werden, entsteht eine Unterstellungspflicht.
- b) Die zins- und gebührenfreie Gewährung von Krediten
(Art. 3 Bst. b VBF) 37
(Keine Ausführungen)
- c) Kreditvergabe zwischen Gesellschaft und Gesellschafter
(Art. 3 Bst. c VBF) 38
Kreditgewährungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter
sind dem GwG nicht unterstellt, wenn der Gesellschafter direkt
oder indirekt mindestens 10% des Kapitals und/oder der Stimmen
der Gesellschaft hält. Abgestellt wird auf das Gesellschaftskapi-
tal (Aktienkapital inklusive Partizipationskapital, Stammkapital).
Diese Praxis gilt für Kreditverhältnisse mit allen juristischen Per-
sonen, bei denen eine kapital- oder stimmenmässige Beteiligung
möglich ist (Aktiengesellschaft, Kommandit-Aktiengesellschaft,
Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kreditverhältnisse zwi-
schen dem Kommanditär und der Kommanditgesellschaft). 39
Kreditgewährungen zwischen Kollektivgesellschaftern und
der Kollektivgesellschaft, von Komplementären und der Kom-
manditgesellschaft sind dem GwG nicht unterstellt.

- Die Kreditvergabe zwischen Genossenschaften und Genossenschaftlern sowie zwischen Vereinen und Vereinsmitgliedern ist dem GwG nicht unterstellt, wenn die Kreditgewährung innerhalb des ideellen bzw. der gemeinsamen Selbsthilfe gewidmeten Genossenschafts- oder Vereinszwecks erfolgt. 40
- Kreditgewährungen zwischen Stiftung und Begünstigtem gemäss Stiftungsurkunde sind dem GwG nicht unterstellt. 41
- Kreditgewährungen von gemeinnützigen und steuerbefreiten Vereinen und Stiftungen an Dritte sind im Rahmen des gemeinnützigen Vereins- bzw. Stiftungszwecks ebenfalls nicht unterstellt.
- d) Kreditgewährung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 3 Bst. d VBF) 42
- Die Leistungspflicht für Sozialversicherungsbeiträge im Sinne von Art. 3 Bst. d VBF für den Arbeitnehmer muss während der gesamten Kreditdauer gegeben sein. Sobald diese Voraussetzung wegfällt, wird der Kreditgeber zum Finanzintermediär. Weil nach ständiger Praxis des Bundesgerichts und der Ausgleichskassen Exekutivorgane als unselbständig Erwerbende eingestuft werden, gilt das Kriterium der Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit auch für Exekutivorgane.
- e) Die Kreditgewährung zwischen nahestehenden Personen (Art. 3 Bst. e VBF) 43
- (Keine Ausführungen)
- f) Akzessorische Kreditgewährung (Art. 3 Bst. f VBF) 44
- Die VBF nimmt die akzessorische Kreditgewährung vom Geltungsbereich des GwG aus. Dies betrifft Fälle, wo die Kreditgewährung zu einem anderen Rechtsgeschäft, welches nicht dem Finanzsektor zuzurechnen ist (z.B. einem Warenkauf), hinzutritt. Für eine akzessorische Kreditgewährung sprechen kumulativ folgende Anhaltspunkte:
- Der Zweck des Vertragsverhältnisses ist das Erbringen einer Sach- oder Dienstleistung, die nicht dem Finanzsektor zuzurechnen ist (Herstellung und Absatz von Investitionsgütern, Konsumgütern etc.). 45

- Der Warenverkäufer oder Erbringer der Dienstleistung («Erbringer der Hauptleistung») gewährt seiner Vertragspartei zusätzlich einen Kredit. Wird jedoch der Vertragspartei der Kredit von einer Konzerngesellschaft des Erbringers der Hauptleistung gewährt, so liegt keine Akzessorietät vor. Finanzgeschäfte einer Konzerngesellschaft für eine Drittpartei gelten als Finanzintermediation. 46

Gehören beispielsweise in einem Leasingverhältnis Hersteller und Leasinggeber demselben Konzern an, so ist die Tätigkeit für einen ausserhalb des Konzerns stehenden Leasingnehmer vom GwG erfasst. 47

- Die Kreditgewährung steht mit der Hauptleistung in einem sachlichen Zusammenhang. 48
- Die Kreditgewährung ist im Verhältnis zur Hauptleistung von untergeordneter Bedeutung. Ein Indiz dafür ist gegeben, wenn das Verhältnis zwischen dem mit der Kreditierungstätigkeit erzielten Bruttoerlös (Zinseinnahmen) und dem Unternehmensbruttoerlös (oder allenfalls dem Segmentbruttoerlös) 10% oder weniger beträgt. 49
- Die Mittel zur Kreditgewährung stammen aus den allgemeinen Mitteln des Erbringers der Hauptleistung. Werden hingegen die eine akzessorische Kreditgewährung beinhaltenden Verträge durch analoge Kreditverträge mit einer dritten Kreditgesellschaft refinanziert, so dass der Erbringer der Hauptleistung im Hinblick auf die Kreditgewährung nur eine formelle Funktion wahrnimmt, so liegt keine Akzessorietät vor (beispielsweise Back-to-Back Leasing). 50

Als akzessorische Kreditgewährung kann die Stundung, die Einräumung einer Zahlungsfrist oder der Abzahlungsvertrag betrachtet werden. 51

Die Kreditgewährung beim Direktleasing, bei dem der Hersteller oder Händler selbst der Leasinggeber ist, ist in der Regel als akzessorisch zu betrachten. 52

g) Operating Leasing

(Art. 3 Bst. g VBF)

Das Operating Leasing weist im Gegensatz zum Finanzierungsleasing eine relativ kurze Überlassungsdauer von Gegenständen und/oder eine leichte Kündbarkeit auf. Beim Operating Leasing trägt in der Regel der Leasinggeber die Lasten und Risiken des Leasingobjektes. Es ist mit einem Mietverhältnis vergleichbar, weshalb darin keine Kreditgewährung gesehen wird. 53

h) Eventualverpflichtungen zugunsten von Drittpersonen

(Art. 3 Bst. h VBF)

Unter Eventualverpflichtungen zugunsten von Drittpersonen fallen beispielsweise Bürgschaften oder Garantien. Die Vertragspartei, welche die Eventualverpflichtung (der Bürge oder Garantiegeber) gewährt, ist folglich dem GWG nicht unterstellt. 54

i) Handelsfinanzierungen, wenn deren Rückzahlung nicht durch die Vertragspartei erfolgt (Art. 3 Bst. i VBF)

Das Geldwäschereirisiko wird beim Kreditgeschäft beim Geldrückfluss (Zins- und Amortisationszahlung) angesiedelt. Eine Unterstellungspflicht macht deshalb nur Sinn, wenn der Geldrückfluss von der Vertragspartei kommt (BGE 2A.67/2007). 55

Beim Factoring beispielsweise lässt sich der Factor die Forderung eines Kunden aus dessen Geschäftsbetrieb abtreten. Er bezahlt dem Kunden den Betrag aus und kassiert die Forderung bei Fälligkeit beim Schuldner ein. Hier findet der Geldrückfluss nicht von der vorfinanzierten Vertragspartei (Kunde), sondern von dritter Seite (Schuldner) statt. 56

Auch bei der Forfaitierung, die den Ankauf klar bezeichneter Forderungen unter Verzicht auf jeden Rückgriff auf den abtretenden Forderungsgläubiger zum Gegenstand hat, wird der Geldrückfluss nicht von der vorfinanzierten Vertragspartei geleistet, sondern vom Schuldner der gekauften Forderung. 57

IV. Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr (Art. 4 VBF)

A. Ausführung von Zahlungsaufträgen (Art. 4 Abs. 1 Bst. a VBF)

Eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr liegt insbesondere vor, wenn der Finanzintermediär im Auftrag seiner Vertragspartei liquide Finanzwerte an eine Drittperson überweist und dabei diese Werte physisch in Besitz nimmt, sie sich auf einem eigenen Konto gutschreiben lässt oder die Überweisung der Werte im Namen und Auftrag der Vertragspartei anordnet. Der Finanzintermediär erlangt dabei Verfügungsmacht über die ihm fremden Vermögenswerte. Grundsätzlich sind dem GwG alle Überweisungen und Weiterleitungen unterstellt, die im Auftrag des Schuldners der Leistung getätigt werden, unabhängig davon, ob der Schuldner den Dienstleister vor oder erst nach dessen Vergütung an den Dritten entschädigt. Personen, die Zahlungsaufträge für Dritte per Bankvollmacht erledigen, sind ebenfalls unterstellt, denn auch sie verfügen im Auftrag des Schuldners über fremde Vermögenswerte. Dies gilt auch, wenn der Zahlungsauftrag mittels einer elektronischen Übermittlung ausgelöst wird, wie beim E-Banking. Auch Personen, die für einen Auftraggeber Buchgeldzahlungen nach den Weisungen desselben über ein sog. Durchlaufkonto an eine begünstigte Person weiterleiten, sind unterstellt.

Hat der Intermediär nur mit dem Gläubiger der Forderung eine vertragliche Beziehung und handelt er in dessen Auftrag, so ist in der Regel von einem Inkassomandat auszugehen, das keine Finanzintermediation darstellt (Rz 8 ff.). Werden die derart entgegengenommenen Werte jedoch gemäss Anweisung des Gläubigers nicht an diesen selbst, sondern an einen Dritten weitergeleitet, so stellt diese Folgeübertragung wiederum eine Finanzintermediation dar, wobei derjenige, welcher zuvor die Forderung einkassierte, anschliessend als Finanzintermediär zwischen Gläubiger und Drittem auftritt.

Das Ausführen von Lohnzahlungen für Rechnung Dritter ist grundsätzlich eine dem GwG unterstellte Tätigkeit, welche jedoch Ausnahmen erfährt. Lohnzahlungen sind dann dem GwG nicht unterstellt, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ gegeben sind:

58

59

60

- Die Lohnzahlungen werden gestützt auf eine Lohnbuchhaltung ausgelöst, welche durch dieselbe natürliche oder juristische Person erstellt wurde, welche beauftragt ist, den damit im Zusammenhang stehenden Zahlungsverkehr zu erledigen; 61
- Die zum Zweck der Ausführung der Lohnzahlung erteilte Vollmacht ist ausdrücklich auf die Vornahme des Zahlungsverkehrs im Zusammenhang mit der Lohnbuchhaltung beschränkt. 62

B. Ausgabe von Zahlungsmitteln und Betreiben von Zahlungssystemen
(Art. 4 Abs. 1 Bst. b VBF)

a) Allgemeines 63
Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG nennt als Beispiele für Zahlungsmittel im Sinne des GwG Kreditkarten und Reisechecks. Eine abschliessende Liste der Zahlungsmittel existiert im Schweizer Recht nicht. Grundsätzlich ist die Herausgabe von Zahlungsmitteln und das Betreiben von Zahlungssystemen, die Drittparteien die Übertragung von Vermögenswerten ermöglichen, dem GwG unterstellt.

b) Zahlungsmittel 64
Die Ausgabe von Zahlungsmitteln ist dann unterstellt, wenn sie von einer Ausgabestelle erfolgt, die nicht mit den Benutzern des Zahlungsmittels identisch ist (beispielsweise Käufer und Verkäufer). Ist beispielsweise der Emittent des Zahlungsmittels auch der Verkäufer einer Ware, für dessen Bezahlung das Zahlungsmittel eingesetzt wird, so ist der Emittent kein Finanzintermediär. Der Begriff Zahlungsmittel soll in Ergänzung zu den Zahlungssystemen verstanden werden und umfasst alle Zahlungsmittel, deren Wert im Moment der Emission feststeht. Darunter fallen beispielsweise auch nicht wiederaufladbare E-Money-Datenträger.

c) Zahlungssysteme 65
Das Betreiben eines Zahlungssystems ist dem GwG unterstellt, wenn es von einer Organisation betrieben wird, welche nicht mit den Benutzern des Zahlungssystems identisch ist

(beispielsweise Käufer und Verkäufer einer Ware). Darunter fallen Systeme, die entweder das Zugreifen auf ein aufgrund einer Datenspeicherung verfügbares Guthaben (wiederaufladbarer E-Money-Datenträger, Debitkarten) oder das Speichern einer Schuld, welche anschliessend vom Betreiber des Zahlungssystems in Rechnung gestellt wird (Kreditkarten, Warenhauskarten in Dreiparteienverhältnissen etc.), ermöglichen.

d) Open Loop Systeme und Closed Loop Systeme

Es spielt zur Beurteilung einer Unterstellung unter das GwG indes keine Rolle, ob die Verwendung von Zahlungsmitteln oder -systemen auf einen bestimmten Benutzerkreis beschränkt ist (sog. Closed Loop System) oder nicht (sog. Open Loop System). Bei Vorliegen der Berufsmässigkeit gemäss VBF ist ein Emittent von Zahlungsmitteln oder Betreiber von Zahlungssystemen im beschriebenen Sinne, sofern das Geschäftsmodell nicht nur zwischen zwei Parteien abgewickelt wird, immer ein unterstellter Finanzintermediär.

66

e) Geschäftsmodelle mit vier oder mehr Parteien

Bei Verhältnissen mit vier oder mehr Parteien (Kreditkartenorganisation, Acquirer, Issuer, Processing-Unternehmen) kommen grundsätzlich mehrere Personen als Finanzintermediäre in Betracht. Da man das Geldwäschereirisiko beim Einsatz von Kreditkarten auf der Karteninhaberseite ansiedelt, wird jeweils diejenige Partei dem GwG unterstellt, welche dem Kunden (Käufer einer Ware, Initiator des Zahlungsvorgangs) den Zugang zum Zahlungssystem verschafft und damit direkten Kundenkontakt hat.

67

Die grossen Kreditkartenorganisationen vergeben Lizenzen an nationale Issuer (Herausgeber) und Acquirer. Der Herausgeber wickelt das Geschäft mit dem Kreditkarteninhaber ab, welches insbesondere den Vertragsabschluss und die Autorisierung von Zahlungen umfasst. Der Acquirer wickelt dagegen das Geschäft mit den Vertragsunternehmen ab und übernimmt für sie die Zahlungsabwicklung. Werden Kreditkarten durch nationale Issuer herausgegeben, sind diese dem GwG unterstellt.

68

C. Geld- und Wertübertragung
(Art. 4 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 VBF)
(Keine Ausführungen) 69

V. Handelstätigkeit (Art. 5 VBF)

Nur der Handel mit Finanzinstrumenten ist dem GwG 70
unterstellt, wobei unter «Handel» sowohl der An- als auch der
Verkauf von Finanzinstrumenten zu verstehen ist. Als typische
Finanzinstrumente gelten Banknoten, Münzen, Devisen, Edel-
metalle und Effekten.

A. Handel mit Banknoten und Münzen
(Art. 5 Abs. 2 Bst. a VBF)

Personen, die mit Banknoten und Münzen auf eigene oder 71
fremde Rechnung handeln, sind unterstellungspflichtig.
Allerdings können in diesem Zusammenhang ausschliesslich
in Kurs stehende Umlaufmünzen und Banknoten Gegen-
stand eines dem GwG unterstellten Handelsgeschäfts bil-
den. Umlaufmünzen sind für die Bedürfnisse des Zahlungs-
verkehrs geschaffene Münzen, die vom Staat zum Nennwert
ausgegeben und angenommen werden. Banknoten im
Umlauf sind offizielle Zahlungsmittel und müssen von allen
angenommen werden. Sie werden von einem staatlich dazu
autorisierten Institut, im Allgemeinen von der Zentralbank,
ausgegeben und gegen Vergütung des Nennwerts zurück-
genommen. Keine Banknoten und Münzen nach Art. 2
Abs. 3 Bst. c GwG sind: Banknoten, die ausser Kurs gesetzt
wurden; Münzen, die mit einem Agio von mehr als 5% über
dem Nennwert gehandelt werden, insbesondere Umlauf-
münzen mit speziellen numismatischen Eigenschaften (z.B.
mit einer Fehlprägung), Gedenkmünzen und Anlagemün-
zen; Medaillen; Kleinbarren, welche zur Verwendung als
Schmuckwaren bestimmt sind.

B. Handel mit Rohwaren
(Art. 5 Abs. 2 Bst. b VBF)

Der Handel mit Rohwaren ist dem GwG nur unterstellt, wenn 72
er auf fremde Rechnung erfolgt.

Als Rohwaren gelten unbearbeitete Grundstoffe, die nament- 73
lich aus dem Bergbau oder der Agrarwirtschaft stammen oder

dem Energiesektor zugerechnet werden können, wie zum Beispiel Rohöl, Erdgas, Metalle, Erze, Kaffee.
Rohwarenderivate sind hingegen Effekten im Sinne des Börsengesetzes (BEHG; SR 954.1) und fallen damit unter die Ausnahmebestimmung von Art. 5 Abs. 3 VBF (vgl. Rz 83). 74

C. Bankedelmetallhandel (Art. 5 Abs. 2 Bst. c VBF)

Unterstellt ist sowohl der Eigen- als auch der Fremdhandel mit Bankedelmetallen. Art. 178 der Edelmetallkontrollverordnung (EMKV; SR 941.311) definiert, was als Bankedelmetall gilt: 75

- Barren und Granalien aus Gold im Minimalfeingehalt von 995 Tausendsteln; 76
- Barren und Granalien aus Silber im Minimalfeingehalt von 999 Tausendsteln; 77
- Barren und Schwämme aus Platin und Palladium im Minimalfeingehalt von 999,5 Tausendsteln. 78

Ebenso ist der Handel mit Anlagemünzen aus diesen Materialien, soweit sie mit einem Agio von weniger als 5% über dem Nennwert gehandelt werden, unterstellt. 79

Dabei spielt es keine Rolle, ob der Handel durch den An- und Verkauf von Bankedelmetall geschieht oder durch den Ankauf von Schmelzgut, welches der Händler zu Bankedelmetall verarbeiten lässt, um dieses anschliessend zu verkaufen. 80

Für den Handel über Edelmetallkonten ist Rz 16^{bis} des FINMA-Rundschreibens 2008/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken» zu beachten. 81

Nicht unterstellt ist der Handel mit Schmelzgut, Edelmetallwaren, Halbfabrikaten, Plaqué- und Ersatzwaren sowie der direkte Erwerb durch Fabrikationsunternehmen bzw. die Veräusserung von Bankedelmetall an Fabrikationsunternehmen zum Zwecke der Herstellung solcher Waren. 82

D. Effektenhandel (Art. 5 Abs. 3 VBF)

Der Handel mit Effekten im Sinne des BEHG ist dem GwG nach Massgabe von Art. 2 Abs. 2 Bst. d GwG unterstellt. Der übrige Effektenhandel – namentlich wenn er unterhalb der Schwelle der Gewerbmässigkeit ausgeübt wird – wird von Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG nicht erfasst, da er vom Volumen her vernachlässigt 83

sigbar ist. Kundenhändler nach Art. 3 Abs. 5 der Börsenverordnung (BEHV; SR 954.11), die zusätzlich zu ihrer Tätigkeit als Effektenhändler beispielsweise Vermögen verwalten oder Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringen, sind dem GwG jedoch gemäss den jeweiligen Bestimmungen unterstellt (Art. 4 und 6 VBF).

E. Geldwechsel

(Art. 5 Abs. 1 und 4 VBF)

Unter Geldwechsel versteht man den direkten Umtausch von einem Betrag in einer Währung gegen den äquivalenten Betrag in einer anderen Währung. Diese Tätigkeit ist dem GwG unterstellt. Die Bezahlung einer Ware oder Dienstleistung in einer Währung mit Rückgeld in einer anderen Währung ist hingegen dem GwG in der Regel nicht unterstellt. Ein solches Geschäft ist nicht als Geldwechsel zu qualifizieren, wenn dabei der Erwerb einer Ware oder Dienstleistung im Mittelpunkt steht. Wird hingegen mit einem solchen Geschäft nicht in erster Linie der Erwerb einer Ware oder Dienstleistung beabsichtigt, sondern das Wechseln von Geld in eine andere Währung, liegt faktisch eine dem GwG unterstellte Geldwechseltätigkeit vor. Ein Indiz für ein solches Umgehungsgeschäft ist insbesondere dann gegeben, wenn zwischen dem zur Zahlung hingebenen Geldbetrag und dem effektiven Preis der Ware oder Dienstleistung ein offensichtliches Missverhältnis besteht.

Betreibt ein Unternehmen den Geldwechsel akzessorisch zu seiner Haupttätigkeit, gilt dieser nicht als Handelstätigkeit und ist somit nicht dem GwG unterstellt. Der Geldwechsel gilt nicht mehr als akzessorisch, wenn:

- der Finanzintermediär einzelne oder mehrere miteinander verbundene Geldwechselgeschäfte im Betrag von über 5000 Franken durchführt oder bereit ist, solche durchzuführen, oder 86
- der Bruttogewinn aus dem Geldwechsel mehr als 10% des Unternehmensgewinnes pro Kalenderjahr beträgt. 87

F. Devisenhandel

(Art. 5 Abs. 1 VBF)

Der An- und Verkauf von Devisen für eine Vertragspartei ist dem GwG unterstellt. Devisenhändler, die für ihre Kunden 88

Konti zur Anlage in unterschiedlichen Währungen führen, bedürfen bei gewerbsmässiger Ausübung ihrer Tätigkeit einer Bankbewilligung (Art. 3a BankV und FINMA-RS 08/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken»).

G. Weitere Arten des Handels

Weitere Arten des Handels, wie beispielsweise der Immobilienhandel oder der Kunsthandel sind grundsätzlich keine finanzintermediären Tätigkeiten, sofern keine fremden Vermögenswerte wie Geld angenommen werden. Werden hingegen fremde Vermögenswerte angenommen, handelt es sich unter Umständen um eine unterstellte finanzintermediäre Tätigkeit. Kann diese Tätigkeit jedoch als Inkasso (Rz 8 ff.) oder als Vermögensübertragung als akzessorische Nebenleistung zu einer Hauptvertragsleistung (Rz 13 ff.) bezeichnet werden, liegt keine dem GwG unterstellte Tätigkeit vor. 89

VI. Weitere Tätigkeiten

A. Vermögensverwaltung
(Art. 6 Abs. 1 Bst. a VBF)

a) Allgemeines

Die VBF erfasst die Verwaltung von Effekten und Finanzinstrumenten für eine Vertragspartei, was im Allgemeinen als Vermögensverwaltung bezeichnet wird. Der Vermögensverwalter ist dabei von seinem Kunden durch eine Vollmacht ermächtigt, dessen Vermögenswerte zu bewirtschaften, indem er sie anlegt oder in Finanzinstrumente investiert. 90

Nicht als Vermögensverwaltung gilt ein blosses Weiterleiten der von den Kunden getroffenen Kaufinstruktionen – beispielsweise durch Weiterleiten eines geschlossenen Couverts oder eines Fax oder E-Mails (Kundenauftrag als pdf-Dokument im Anhang) des Kunden. In diesen Fällen kann nicht auf eine Vollmacht geschlossen werden. 91

Als typische Finanzinstrumente gelten in- und ausländische Banknoten und Münzen, Devisen, Edelmetalle, Effekten, Wertpapiere und Wertrechte sowie deren Derivate. Die Verwaltung und Bewirtschaftung von nicht als Finanzinstrumenten geltenden Vermögenswerten wie zum Beispiel Sammlungen von 92

Briefmarken, Bildern oder Antiquitäten für einen Dritten ist dem GwG nicht unterstellt.

b) Kollektive Kapitalanlagen

Anlageformen, welche nach Art. 2 Abs. 2 Kollektivanlagen-gesetz (KAG; SR 951.31) dem KAG nicht unterstehen, fallen grundsätzlich auch nicht in den Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 3 GwG. Dies gilt für Einrichtungen der beruflichen Vorsorge (Art. 2 Abs. 2 Bst. a KAG und Art. 2 Abs. 4 Bst. b GwG), Sozialversicherungseinrichtungen und Ausgleichskassen (Art. 2 Abs. 2 Bst. b KAG) und öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten (Art. 2 Abs. 2 Bst. c KAG). Dies gilt auch für operative Gesellschaften, die eine unternehmerische Tätigkeit ausüben (Art. 2 Abs. 2 Bst. d KAG), sofern diese nicht finanzintermediärer Natur ist. Auch Holdinggesellschaften (Art. 2 Abs. 2 Bst. e KAG), Vereine und Stiftungen (Art. 2 Abs. 2 Bst. g KAG) fallen nicht unter das GwG, sofern sie keine finanzintermediäre Tätigkeit ausüben und nicht als Sitzgesellschaften (Rz 102 ff.) zu qualifizieren sind. Investmentclubs, die nach Art. 2 Abs. 2 Bst. f KAG vom Geltungsbereich des KAG ausgenommen sind, unterstehen gemäss Praxis der FINMA ebenfalls nicht dem GwG, da keine Verwaltung von fremdem Vermögen vorliegt.

93

c) Investmentgesellschaften

Investmentgesellschaften, die nach Art. 2 Abs. 3 KAG vom Geltungsbereich des KAG ausgenommen sind, fallen unter Art. 2 Abs. 3 GwG. Dies betrifft Investmentgesellschaften in Form von Aktiengesellschaften, sofern sie an einer Schweizer Börse kotiert sind, oder sofern ausschliesslich qualifizierte Aktionärinnen und Aktionäre im Sinne von Art. 10 Abs. 3 KAG beteiligt sein dürfen, die Aktien auf Namen lauten und eine zugelassene Prüfgesellschaft der FINMA jährlich den Nachweis über die Einhaltung dieser Voraussetzungen erbringt.

94

d) Vermögensverwalter von ausländischen
kollektiven Kapitalanlagen

Vermögensverwalter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen fallen unter Art. 2 Abs. 3 GwG, wenn die von ihnen verwaltete ausländische kollektive Kapitalanlage keiner der

95

schweizerischen gleichwertigen Aufsicht im Sinne des KAG untersteht (Art. 2 Abs. 4 Bst. d GwG).

B. Anlageberatung

(Art. 6 Abs. 1 Bst. b VBF)

Gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. f GwG sind Anlageberater dann dem GwG unterstellt, wenn sie Anlagen tätigen. Die reine Anlageberatung fällt e contrario nicht unter das GwG. Art. 6 Abs. 1 Bst. b VBF unterstellt dementsprechend die Anlageberater dann, wenn sie im Einzelfall Anlageaufträge für fremde Rechnung ausführen. Dies ist der Fall, wenn sie aufgrund einer entsprechenden Vollmacht im Einzelfall Anlagen tätigen, zum Beispiel durch die Auftragserteilung an den Vermögensverwalter oder die Depotbank des Kunden. Die gestützt auf eine generelle Vollmacht ausgeübte Vermögensverwaltung, welche die Anlagetätigkeit mit umfasst, fällt unter Art. 6 Abs. 1 Bst. a VBF. 96

C. Aufbewahrung von Effekten

(Art. 6 Abs. 1 Bst. c VBF)

Es gilt derselbe Effektenbegriff, wie er in der Börsengesetzgebung verwendet wird. Nach Art. 2 Abs. 1 des BEHG sind Effekten vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte) und Derivate. Als vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Effekten gelten Wertpapiere, Wertrechte und Derivate, die in gleicher Struktur und Stückelung öffentlich angeboten oder bei mehr als 20 Kunden platziert werden, sofern sie nicht für einzelne Gegenparteien besonders geschaffen werden (Art. 4 BEHV). 97

Die Aufbewahrung von Effekten durch einen Arbeitgeber, die im Rahmen von sogenannten Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen aus dem Eigenbestand oder aus einer Selbstemission an die Arbeitnehmer ausgegeben werden und einen Lohnbestandteil darstellen, ist hingegen dem GwG nicht unterstellt. 98

Die reine Führung eines Aktienbuches bzw. Aktienregisters ohne das Aufbewahren der Titel begründet keine Unterstellungspflicht unter das GwG. 99

D. Organtätigkeit für Sitzgesellschaften
(Art. 6 Abs. 1 Bst. d VBF)

Grundsätzlich gilt die Organtätigkeit nicht als Finanzintermediation. Organpersonen verwalten und verfügen über das Vermögen der Gesellschaft, deren Organe sie sind und somit nicht über fremdes Vermögen. Anders bei Sitzgesellschaften: Hier wird die Organtätigkeit als Finanzintermediation betrachtet, sofern sie fiduziarisch, also auf Weisung des wirtschaftlich Berechtigten erfolgt. In diesem Fall verwalten die Organpersonen fremdes Vermögen, nämlich dasjenige des wirtschaftlich Berechtigten. Ist der wirtschaftlich Berechtigte selbst Organperson, entsteht folglich keine Unterstellungspflicht. 100

a) Begriff des Organs

Ausgegangen wird von einem weiten Organbegriff. Demnach gelten alle Personen als Organ, welche tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie den Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen. Erfasst werden also nicht nur die formellen (Mitglieder des Verwaltungsrats, der Revisionsstelle etc.) und die materiellen Organe (Direktoren, Geschäftsführer), sondern auch die faktischen Organe (BGE 114 V 213). 101

b) Begriff der Sitzgesellschaft

Als Sitzgesellschaften gelten juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnliche Verbindungen, die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (Art. 6 Abs. 2 VBF). Es handelt sich im Allgemeinen um Finanzvehikel, die der Verwaltung des Vermögens des an der Gesellschaft bzw. der Vermögenseinheit wirtschaftlich Berechtigten dienen. 102

Abzugrenzen ist die Sitzgesellschaft von einer operativen Gesellschaft, die einen Handels-, Produktions- oder Dienstleistungsbetrieb führt oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt. Ob eine Sitzgesellschaft oder eine operative Gesellschaft vorliegt, ist jeweils im Einzelfall abzuklären. Zur Beurteilung der Frage, ob der Hauptzweck einer Gesellschaft in der Verwaltung des Vermögens des wirtschaft- 103

lich Berechtigten und der damit verbundenen Erzielung von Erträgen oder Kapitalgewinne liegt, welche dieses Vermögen abwirft, oder aber eine eigentliche unternehmerische Tätigkeit vorliegt, dienen Indizien. Diese Indizien sind insbesondere der Bilanz und der Erfolgsrechnung zu entnehmen. Stellt beispielsweise ein Wertschriftenportefeuille oder ein anderer Vermögenswert der dominierende Bilanzposten einer Gesellschaft dar, werden gleichzeitig in der Erfolgsrechnung überwiegend die aus den bilanzierten Vermögenswerte herrührenden Erträge oder Kapitalgewinne ausgewiesen, liegen starke Indizien für die Bejahung einer Sitzgesellschaft vor. In Fällen, wo sowohl Indizien für eine operative Gesellschaft als auch für eine Sitzgesellschaft vorliegen, sind jeweils das oder die dominierenden und damit den Hauptzweck der Gesellschaft bestimmenden Indizien im Gesamtkontext zu eruieren.

Eine operative Gesellschaft ist jedoch dem GWG unterstellt, 104 wenn sie als Finanzintermediärin im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GWG tätig wird.

Als Sitzgesellschaften gelten in der Regel:

- Gesellschaften und organisierte Vermögenseinheiten, die 105 keiner operativen Tätigkeit nachgehen und das Vermögen des an ihr wirtschaftlich Berechtigten halten.
- Trusts: Dem GWG unterstellt ist der Trustee, der in oder 106 von der Schweiz aus Trusts verwaltet, unabhängig davon, wo das Trustvermögen liegt und unabhängig von der Rechtsordnung, nach welcher der Trust errichtet wurde. Ob ein Protector als Finanzintermediär zu betrachten ist, hängt von der Ausgestaltung seiner Befugnisse ab. Allein die Befugnis des Auswechslens des Trustees oder die Ausübung von Vetorechten gegenüber Anlage- oder Ausschüttungsentscheiden des Trustees führen nicht zur Unterstellung.

Nicht als Sitzgesellschaften gelten in der Regel:

- Juristische Personen und Gesellschaften, welche die 107 Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe bezwecken oder politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgen, sofern sie ausschliesslich die genannten statistischen Zwecke verfolgen. Dies gilt auch für Familien-

stiftungen nach schweizerischem Recht innerhalb der vom Gesetz (Art. 335 Zivilgesetzbuch [ZGB; SR 210]) und vom Bundesgericht (BGE 108 II 393) aufgestellten Schranken.

- Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts/Treuhandunternehmungen, die Beteiligungen an einer oder mehreren Gesellschaften mehrheitlich halten, um diese durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung zusammenzufassen (Holdinggesellschaften). Dabei muss die Holdinggesellschaft ihre Leitungs- und Kontrollmöglichkeiten auch tatsächlich ausüben. Sind hingegen die Tochtergesellschaften der Holdinggesellschaft als Sitzgesellschaften zu qualifizieren, sind die Organe der Tochtergesellschaften als Finanzintermediäre unterstellt. 108
- Sich in Liquidation befindende operative Gesellschaften. 109

E. Versicherungsvermittler

Der Begriff Versicherungsvermittler wird als Oberbegriff für verschiedene Formen der Versicherungsvermittlung verwendet. Es werden die Hauptkategorien «Ungebundene Vermittler» (Art. 43 Abs. 1 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG; SR 961.01) i.V.m. Art. 183 Aufsichtsverordnung [AVO; SR 961.011]) und «Gebundene Versicherungsvermittler» (Art. 43 Abs. 2 VAG) unterschieden. 110

Die Vermittlertätigkeit ist dem GwG nicht unterstellt. Eine Unterstellungspflicht unter das GwG entsteht erst, wenn zusätzlich zur Vermittlertätigkeit eine nach Art. 2 Abs. 3 GwG unterstellte Tätigkeit erfolgt. 111

Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die Versicherungsvermittler im Auftrag eines Kunden Gelder entgegennehmen und weisungsgemäss weiterleiten. Eine Unterstellungspflicht besteht jedoch nicht, wenn die Tätigkeit im Inkasso einer fälligen Forderung besteht (vgl. Rz 8 ff.). 112

Ist ein Aussendienstmitarbeiter durch einen Arbeitsvertrag oder Zusammenarbeitsvertrag an einen Versicherer gebunden, untersteht er den für die Gesellschaft geltenden Vorschriften. Untersteht diese dem GwG nach Art. 2 Abs. 2 Bst. c GwG 113

(Versicherungseinrichtungen nach VAG, welche die direkte Lebensversicherung betreiben oder Anteile einer kollektiven Kapitalanlage anbieten oder vertreiben), so erstreckt sich die Geldwäscherei-Aufsicht auch auf ihre Vertreter resp. auf deren finanzintermediäre Tätigkeit. Dies trifft beispielsweise auf Haupt- und Generalagenturen zu.

F. Anwälte und Notare

a) Allgemeines

Grundsätzlich ist der Anwalt unterstellt, wenn er eine dem 114
GwG unterstellte Tätigkeit verfolgt. Anwälte und Notare sind aber gestützt auf Art. 9 Abs. 2 GwG von der Meldepflicht befreit, soweit sie sich auf das Berufsgeheimnis nach Art. 321 Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0) berufen können. Die vom Berufsgeheimnis erfassten Tätigkeiten führen gemäss Praxis auch nicht zu einer Unterstellungspflicht. Daher hat eine Abgrenzung zwischen der dem Berufsgeheimnis unterliegenden (berufsspezifischen) Tätigkeit zur dem Berufsgeheimnis nicht unterliegenden (nicht berufsspezifischen) Tätigkeit zu erfolgen (BGE 132 II 103).

Das Berufsgeheimnis des Anwaltes im Sinne von Art. 321 115
StGB bezieht sich grundsätzlich «nur auf Tatsachen, die ihm von Klienten anvertraut worden sind, um die Ausübung des Mandates zu ermöglichen, oder die der Anwalt in Ausübung seines Mandats wahrgenommen hat» (BGE 115 Ia 197).

*Dabei handelt es sich beispielsweise um Abwicklungen, und 116
damit, soweit tunlich, verbundene kurzfristige Anlagen im Zusammenhang mit Gerichtskostenvorschüssen, Kauttionen, öffentlich-rechtlichen Abgaben etc. sowie Zahlungen gegenüber oder von den Parteien, Dritten oder Behörden im Zusammenhang mit einer hängigen Erbteilung oder Willensvollstreckung, im Zusammenhang mit hängigen Güterausscheidungen im Rahmen einer Ehescheidung oder -Trennung, in zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor ordentlichen Gerichten oder Schiedsgerichten und in Verfahren des Zwangsvollstreckungsrechts.*

Davon zu unterscheiden ist die nicht berufsspezifische Tätig- 117
keit, die jeweils dann vorliegt, wenn das kaufmännische Ele-

ment gegenüber der anwaltlichen Tätigkeit überwiegt. Zu den nicht berufsspezifischen Tätigkeiten gehören insbesondere Aktivitäten, welche normalerweise von Vermögensverwaltern, Treuhandbüros oder Banken wahrgenommen werden. Darunter fallen namentlich die Vermögensverwaltung oder die Anlage von Geldern. (Andernfalls hätte es ein Beschuldigter in der Hand, durch Einschaltung eines Anwalts als Mittelsmann einen Erlös aus einer Straftat unter Umständen dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen.) Bei diesen Tätigkeiten wird auch von «akzessorischen Tätigkeiten» des Anwalts/Notars gesprochen.

Diese Regelungen beziehen sich nur auf Anwälte und Notare, die ihre Tätigkeit freiberuflich ausüben und in einem kantonalen Anwaltsregister, bei einer kantonalen Notariatskammer oder einer gleichwertigen ausländischen Berufskammer eingetragen sind. Als freiberufliche Tätigkeit gilt auch eine anwaltliche Tätigkeit in einer aufsichtsrechtlich bewilligten Anwalts-AG oder Anwalts-GmbH. 118

b) Der Anwalt als Escrow Agent

Ein Escrow Agent ist dem GwG grundsätzlich dann unterstellt, wenn mit der Abwicklung des Escrow Agreement die Verfügungsbefugnis über fremde Vermögenswerte einhergeht. Für die Frage, ob der Anwalt als Escrow Agent dem GwG untersteht, ist darauf abzustellen, ob dessen anwaltliche Fachkenntnisse für die Ausführung der Escrow-Vereinbarung erforderlich sind. 119

Soweit die Tätigkeit als Escrow Agent in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten juristischen Auftrag steht, ist im Grundsatz davon auszugehen, dass das anwaltliche Fachwissen für die korrekte Abwicklung der Escrow-Vereinbarung benötigt wird und diese Tätigkeit in den Bereich der berufsspezifischen Tätigkeit fällt. Dennoch ist immer der konkrete Einzelfall zu berücksichtigen. Ist das anwaltliche Fachwissen nicht erforderlich wie z. B. für die Abwicklung von einfachen Standardverträgen, so kann eine Unterstellung des Anwaltes gegeben sein. Der Entscheid, ob das betreffende Mandat das anwaltliche Fachwissen benötigt und auch tatsächlich unter das Berufsgeheimnis fällt oder nicht, liegt in der Verantwortung des Anwalts. 120

Steht die Ausführung des Escrow Agreement nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit einem konkreten juristischen Auftrag, ist im Grundsatz davon auszugehen, dass das anwaltliche Fachwissen für die korrekte Abwicklung der Escrow-Vereinbarung nicht benötigt wird und eine Unterstellung des Anwaltes unter das GwG gegeben ist. In diesem Fall beauftragen die Parteien den Anwalt nicht aufgrund seiner berufsspezifischen Fähigkeiten, sondern weil sich die Parteien für die Vertragsabwicklung lieber auf die Dienste einer neutralen und vertrauenswürdigen Person verlassen. Auch hier ist jedoch der konkrete Einzelfall zu berücksichtigen. Ist das anwaltliche Fachwissen klar erforderlich für die Abwicklung der Escrow-Vereinbarung, so kann auch diese Tätigkeit in den Bereich der berufsspezifischen Tätigkeit fallen. 121

c) Tätigkeit des Anwalts im Zusammenhang mit einer Gesellschaftsgründung

Im Zusammenhang mit der Gründung von Gesellschaften untersteht der Anwalt nicht dem GwG, wenn er sich auf die Beratung, die Ausarbeitung der Verträge, die Vermittlung von Personen zur Sicherstellung der Leitung und die Durchführung der Gründung beschränkt, ohne in den notwendigen Zahlungsverkehr einzugreifen. Werden allerdings im Rahmen des Gründungsmandates Inhaberaktien oder blanko-indossierte Namenaktien mit Effektenqualität (siehe zum Effektenbegriff Rz 97) aufbewahrt, so stellt dies eine finanzintermediäre Tätigkeit dar. Die Weiterleitung des Gründungskapitals durch den Anwalt an die Bank stellt eine unterstellte Dienstleistung für den Zahlungsverkehr dar. 122

d) Tätigkeit des Notars im Zusammenhang mit einem Liegenschaftsverkauf

Wird die Kaufpreissumme bei einem Liegenschaftsverkauf über das Klientengeldkonto des beurkundenden Notars transferiert, so stellt dies keine unterstellungspflichtige Finanzintermediation dar, da diese Dienstleistung des Notars mit seiner berufsspezifischen Tätigkeit in engem Zusammenhang steht. Gleiches gilt, wenn der Notar aus der Kaufpreissumme Hypothekarschulden ablöst oder aus ihm von einer Vertragspartei überwiesenen Mitteln Staatsabgaben oder Steuern aus 123

dem Liegenschaftsgeschäft bezahlt. Desgleichen stellt die Überweisung einer Maklerprovision an einen Dritten keine unterstellungspflichtige Finanzintermediation dar, da diese Dienstleistung mit der berufsspezifischen Tätigkeit der Notare zusammenhängt. Als berufsspezifisch gelten nur die Zahlungen an Dritte, die für die reibungslose Abwicklung der Liegenschaftsübermittlung notwendig sind.

G. Finanzintermediation im Immobiliensektor

a) Liegenschaftsverwaltung

Zur Immobilienverwaltung gehören Dienstleistungen wie das Inkasso der Mietzinse, von Nebenleistungen wie Nebenkostenleistungen oder Haftpflichtleistungen aus Mietvertrag oder die Entgegennahme von Sicherheiten oder von Versicherungsleistungen. Der Immobilienverwalter, der im Rahmen der üblichen Immobilienverwaltung im Namen, im Auftrag und für Rechnung des Immobilieneigentümers Beträge erhält, ist nicht ein Finanzintermediär im Sinne des GWG, denn er betreibt eine Inkassotätigkeit. 124

Wenn der Immobilienverwalter die für Rechnung des Eigentümers erhaltenen Einnahmen dazu verwendet, Zahlungen an Dritte zu tätigen, fallen diese nicht in den Anwendungsbereich des GWG, wenn diese einen direkten Zusammenhang mit der üblichen Liegenschaftsverwaltung haben. Das gleiche gilt grundsätzlich für Zahlungen, die der Liegenschaftsverwalter mit Geldern macht, die er zu diesem Zweck vom Eigentümer der Liegenschaft erhalten hat. 125

Dies ist beispielsweise der Fall bei Zahlungen von Zins- und Amortisationsleistungen auf Fremdkapitalien, namentlich auf Hypothekarkrediten; Zahlung von laufenden Aufwendungen aufgrund von Rechnungsstellungen für periodische Werklieferungen wie Wasser, Elektrizität etc.; Bezahlung von Steuern, Abgaben anderer Art, Versicherungsprämien bezüglich der Liegenschaft; Bezahlung von Energieeinkäufen; Bezahlung des laufenden Liegenschaftsunterhalts; Bezahlung von Änderungen und anderen Arbeiten an der Liegenschaft; Auszahlung der Löhne für ständige oder periodische Dienstleistungen (Hauswart, Gärtner etc.) inkl. Bezahlung von Sozialleistungen an die entsprechenden Institutionen; Rückzahlung eventueller Überschüsse. 126

Ausserhalb dieser Verwaltungstätigkeit ist die Entgegennahme von Geld und dessen Weiterleitung dem GwG unterstellt. Diese Praxis gilt gemäss den gleichen Kriterien für die Verwaltung von Stockwerkeigentum. 127

b) Immobiliengesellschaften

Eine Immobiliengesellschaft wird als Sitzgesellschaft qualifiziert, wenn ihr einziger oder dominierender Vermögenswert eine oder mehrere Liegenschaften ist und sie diese nicht selbst verwaltet, sie also keine operative Tätigkeit wahrnimmt. Eine Immobiliengesellschaft, die Liegenschaftsverwaltung betreibt, ist dagegen unter Umständen selber dem GwG unterstellt (vgl. Rz 124 ff.). 128

c) Immobilienhandel

Die reine Maklertätigkeit ist dem GwG nicht unterstellt. Es kann hingegen Finanzintermediation vorliegen, wenn der Immobilienhändler den Kaufpreis im Auftrag des Käufers dem Verkäufer weiterleitet bzw. überweist. Handelt der Immobilienmakler im Auftrag des Verkäufers und wird er von diesem vergütet, so handelt es sich um eine dem GwG nicht unterstellte Inkassotätigkeit. 129

d) General- und Totalunternehmer, Architekten
und Ingenieure und Bautreuhänder

General- und Totalunternehmer, die Zahlungen des Bauherrn als Werkpreis entgegen nehmen und an ihre Subunternehmer weiterleiten, verfügen über eigenes und nicht über fremdes Geld. Dieser Finanzfluss stellt somit keine Finanzintermediation dar. 130

Auch die Vornahme von Zahlungsanweisungen und Abschlüssen der Unternehmer- und Lieferantenrechnungen, die von Architekten oder Ingenieuren im Rahmen der Bauleitung vorgenommen werden, kann als akzessorisch qualifiziert werden. 131

Setzt der Bauherr einen Bautreuhänder ein, der den Zahlungsverkehr vornimmt und die Baurechnungen bezahlt, so ist letzterer als Finanzintermediär zu qualifizieren, da dieser im Auftrag des Schuldners handelt. 132

VII. Staatliches Handeln

Staatliches Handeln ist grundsätzlich dem GwG nicht unterstellt, wenn es im Hoheitsbereich erfolgt, selbst wenn die Tätigkeit an sich als Finanzintermediation zu qualifizieren wäre. Wird der Staat hingegen im nicht-hoheitlichen Bereich als Finanzintermediär tätig, so besteht eine Unterstellungspflicht unter das GwG. 133

Ein Finanzintermediär kann die im GwG statuierten Pflichten sinnvollerweise nur dann wahrnehmen, wenn ein Vertragsverhältnis vorliegt. Eine Unterstellung des Staates unter das GwG ist deshalb nur möglich, wenn er im Bereich seiner nicht-hoheitlichen Tätigkeit Verträge abschliesst. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um privatrechtliche oder verwaltungsrechtliche Verträge handelt. 134

Für die Unterstellung unter das GwG ist die genaue Organisationsform des Trägers öffentlicher Aufgaben unerheblich. Auch private Organisationen können per Gesetz, durch einen Hoheitsakt oder aufgrund eines verwaltungsrechtlichen Vertrages ermächtigt werden, öffentliche Aufgaben wahrzunehmen. 135

Somit muss jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob die Tätigkeit im Hoheitsbereich des Staates erfolgt oder nicht. Folgende Indizien deuten auf eine dem GwG nicht unterstellte Tätigkeit im Hoheitsbereich hin: 136

- Die Finanzintermediation ist einer Behörde oder Organisation durch eine explizite gesetzliche Grundlage, einen Hoheitsakt oder verwaltungsrechtlichen Vertrag übertragen oder erlaubt worden. Ob Regelungsstufe und Delegationsvoraussetzungen eingehalten sind, ist im Einzelfall zu prüfen. 137
- Die Behörde oder Organisation, die zur Finanzintermediation ermächtigt ist, könnte bei fehlender Kooperation mittels Verfügung Anordnungen treffen. Insofern ist trotz Vertrag von einem subordinativen Verhältnis zwischen der Behörde und dem Vertragspartner auszugehen. 138
- Die Finanzintermediation einer Behörde oder Organisation dient als Mittel, um eine in ihrer Kompetenz liegende Aufgabe erfüllen zu können oder sie steht in einem engen Zusammenhang mit einer solchen Aufgabe. 139

- Die Behörde oder Organisation, welche die staatliche Handlung erbringt, steht unter der Rechnungsprüfungskompetenz einer übergeordneten Behörde. 140

Schuldbetreibungs- und Konkursämter, der ausseramtliche Konkursverwalter (Art. 241 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1]) sowie schuld- und konkursrechtliche Liquidatoren (Art. 317 ff. SchKG) sind dem GwG nicht unterstellt. Ebenso wenig sind in der Regel Institute wie der Erbschaftsliquidator (Art. 516 ZGB) oder vormundschaftliche Organe (Art. 360 ZGB) unterstellt. Die Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB) und Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB) sind dem GwG grundsätzlich ebenfalls nicht unterstellt, es sei denn, sie nehmen ausserhalb ihres Auftrages finanzintermediäre Dienstleistungen wahr, beispielsweise im Rahmen der Mitwirkung an einer Erbteilung. 141

VIII. Berufsmässigkeit der Finanzintermediation

A. Allgemeine Kriterien (Art. 7 VBF)

Unter Vorbehalt der Art. 8 ff. VBF übt ein Finanzintermediär die Finanzintermediation berufsmässig aus, sobald eines der nachfolgenden Kriterien erfüllt wird: 142

- Bruttoerlös pro Kalenderjahr von mehr als 20 000 Franken (Art. 7 Abs. 1 Bst. a VBF): Der Bruttoerlös besteht aus sämtlichen Einnahmen, die mit unterstellungspflichtigen Tätigkeiten erzielt werden. Massgebend ist der Bruttoerlös ohne Abzug von Erlösminderungen. Für Handelsunternehmen, die ihre Erfolgsrechnung nach der Bruttomethode führen, ist der Bruttogewinn massgebend. Erbringt ein Finanzintermediär dem GwG unterstellte und dem GwG nicht unterstellte Dienstleistungen, so sind die Einnahmen aus der unterstellten Tätigkeit dem massgebenden Bruttoerlös zuzurechnen. Dies setzt eine klare und saubere buchhalterische Trennung in Erlöse aus unterstellten und nicht unterstellten Tätigkeiten voraus. 143
- Geschäftsbeziehungen mit mehr als 20 Vertragsparteien (Art. 7 Abs. 1 Bst. b VBF). 144

- Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte, die zu einem beliebigen Zeitpunkt 5 Millionen Franken überschreiten (Art. 7 Abs. 1 Bst. c VBF). 145
 - Durchführung von Transaktionen, deren Gesamtvolumen 2 Millionen Franken pro Kalenderjahr überschreitet (Art. 7 Abs. 1 Bst. d VBF). Als Transaktion ist grundsätzlich jede Form der Umwandlung und jede Übertragung von Vermögenswerten zu verstehen. Die Durchführung einer einzigen isolierten Transaktion gilt noch nicht als berufsmässige Tätigkeit, auch wenn sie 2 Millionen Franken überschreitet. Ab der zweiten Transaktion wird aber die Tätigkeit als berufsmässig betrachtet, wenn das Gesamtvolumen beider Transaktionen zusammen 2 Millionen Franken überschreitet. Für die Berechnung des Transaktionsvolumens nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d VBF sind Zuflüsse von Vermögenswerten und Umschichtungen innerhalb desselben Depots nicht zu berücksichtigen. Bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen ist nur die von der Gegenpartei erbrachte Leistung zu berücksichtigen. 146
- Die Finanzintermediation für Einrichtungen und Personen nach Art. 2 Abs. 4 GwG wird für die Beurteilung der Berufsmässigkeit nicht berücksichtigt (Art. 7 Abs. 3 VBF). 147

B. Nahestehende Personen
(Art. 7 Abs. 4 und 5 VBF)
(Keine Ausführungen) 148

C. Kreditgeschäft
(Art. 8 VBF)
Bei einem Leasingvertrag ist das Gesamtvolumen aller im Rahmen des Vertrags zu zahlenden Raten relevant. Berufsmässigkeit im Leasinggeschäft liegt deshalb dann vor, wenn der Gesamtwert aller Leasingverträge den Schwellenwert von 5 Millionen Franken überschreitet, wobei jeder Leasingvertrag mit dem Gesamtvolumen aller zu zahlenden Raten zu Buche schlägt und wenn der Erlös aus dem Zinsanteil der Leasingrate 250 000 Franken übersteigt. 149
Übt eine Person sowohl das Kreditgeschäft als auch eine andere Finanzintermediation aus, muss die Berufsmässigkeit für beide Bereiche separat ermittelt werden. Ist die Berufsmässigkeit in 150

einem Bereich gegeben, so gilt die Tätigkeit in beiden Bereichen als berufsmässig und es sind beide Bereiche unterstellt.

D. Geld- und Wertübertragungsgeschäft
(Art. 9 VBF)

Das Geld- oder Wertübertragungsgeschäft im Sinne von Art. 4 Abs. 2 VBF gilt grundsätzlich immer, das heisst unabhängig vom Ausmass, als berufsmässig. Mit dem Verzicht auf Schwellenwerte wird der Tatsache Rechnung getragen, dass diese Tätigkeit sehr geldwäschereifährdet ist. Einzige Ausnahme ist die Ausübung dieser Tätigkeit für nahestehende Personen, mit der nach Art. 7 Abs. 4 VBF ein Bruttoerlös von mehr als 20000 Franken erzielt werden muss, damit Berufsmässigkeit gegeben ist. 151

E. Handelstätigkeit
(Art. 10 VBF)

Für die Handelstätigkeit im Sinne von Art. 5 VBF wird zur Beurteilung des Kriteriums nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a VBF anstelle des Bruttoerlöses auf den Bruttogewinn abgestellt. Der Grund liegt darin, dass der Bruttoerlös aus der Handelstätigkeit den Wert der gehandelten Ware mit umfasst; für die Berufsmässigkeit ausschlaggebend soll aber der Unterschied zwischen Kauf- und Verkaufspreis sein, welcher sich aus dem Bruttogewinn ergibt. 152

F. Wechsel zur berufsmässigen
Finanzintermediation
(Art. 11 VBF)

(Keine Ausführungen) 153

IX. Übergangsfrist

Für die Investmentgesellschaften im Sinne von Rz 94 besteht eine Übergangsfrist von sechs Monaten ab Inkrafttreten dieses Rundschreibens, um sich einer Selbstregulierungsorganisation im Sinne von Art. 24 GwG anzuschliessen oder bei der FINMA um eine Bewilligung im Sinne von Art. 14 GwG zu ersuchen. 154

Circulaire 2011/1

Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA

Précisions concernant l'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF)

Référence : Circ.-FINMA 11/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA »

Date : 20 octobre 2010

Entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2011

Dernière modification : 20 octobre 2010

Bases légales : LFINMA art. 7 al. 1 let. b
LBA art. 2 et art. 41
OIF art. 12

Destinataires							
LB	LSA	LBVM	LPCC			LBA	Autres
Banques							
Groupes et congl. financiers							
Autres intermédiaires							
Assureurs							
Groupes. et congl. d'assur.							
Intermédiaires d'assur.							
Bourses et participants							
Négociants en valeurs mob.							
Directions de fonds							
SICAV							
Sociétés en comm. de PCC							
SICAF							
Banques dépositaires							
Gestionnaires de PCC							
Distributeurs							
Représentants de PCC étr.							
Autres intermédiaires							
OAR						X	
IFDS						X	
Entités surveillées par OAR						X	
Sociétés d'audit							
Agences de notation							

I. Objet et bases légales

L'art. 2 de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA; RS 955.0) délimite le champ d'application de la LBA. Outre les établissements financiers énumérés à l'art. 2 al. 2 LBA, qui sont soumis à surveillance en vertu de lois spéciales, entrent également dans le champ d'application de la LBA des intermédiaires financiers non soumis à surveillance en vertu de lois spéciales (art. 2 al. 3 LBA). Sur la base de l'art. 41 al. 1 LBA, le Conseil fédéral a précisé le champ d'application de l'art. 2 al. 3 LBA dans son ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF; RS 955.071) et autorisé la FINMA à concrétiser cette ordonnance (art. 12 OIF). 1

La présente circulaire expose la pratique de la FINMA en rapport avec la loi sur le blanchiment d'argent; elle montre de quelle manière la FINMA interprète la LBA et l'OIF et quand une activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel est donnée. *Les exemples sont spécifiés en italiques.* La circulaire suit la structure de l'OIF, raison pour laquelle les dispositions de cette dernière ne sont pas reproduites. 2

II. Généralités sur le champ d'application de l'art. 2 al. 3 LBA

A. Notion d'intermédiation financière (art. 1 al. 1 OIF)

La LBA qualifie d'« intermédiaires financiers » les entreprises et les personnes entrant dans son champ d'application (art. 2 al. 1 LBA). 3

Aux termes de l'art. 2 al. 3 LBA, les intermédiaires financiers sont des personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. Cette même disposition cite en exemple, aux lettres a à g, quelques-unes des activités concernées, notamment les opérations de crédit, le trafic des paiements ou la gestion de fortune. Cette énumération montre que la LBA porte principalement sur des activités du secteur financier (FF 1996 III 1115). Mais ses prescriptions peuvent aussi concerner des personnes et des entreprises qui fournissent principalement leurs prestations dans d'autres secteurs, dans la mesure où elles exercent en plus des activités d'intermédiation financière.

Les activités visées à l'art. 2 al. 3 LBA sont présentées plus en détail aux chiffres III à VII ci-dessous. 4

B. Activités non considérées comme intermédiation financière (art. 1 al. 2 OIF)

L'art. 1 al. 2 OIF énumère expressément les activités suivantes, qui ne sont pas qualifiées d'intermédiation financière: 5

a) Transport et conservation de valeurs patrimoniales (art. 1 al. 2 let. a OIF)

Le transport purement physique de valeurs patrimoniales, c'est-à-dire leur déplacement d'un lieu à un autre, ainsi que la conservation purement physique de valeurs patrimoniales, ne constituent pas des activités d'intermédiation financière au sens de la LBA, à l'exception de la conservation de valeurs mobilières (art. 6 al. 1 let. c OIF). Mais si le transporteur exerce, en relation avec le transport, d'autres activités qualifiées d'intermédiation financière, il doit être considéré comme soumis à la LBA. 6

Tel est par exemple le cas lorsque le transporteur fait transférer sur son propre compte des espèces qui lui ont été confiées avant de les créditer sur le compte du destinataire. Le transporteur acquiert ainsi un pouvoir de disposition sur des espèces appartenant à des tiers et fournit, outre la prestation de transport des fonds, une prestation de trafic des paiements. 7

b) Recouvrement de créances (art. 1 al. 2 let. b OIF)

Les activités de recouvrement de créances consistent pour le mandataire à encaisser, sur mandat du créancier, des créances échues. Le mandataire agit soit en qualité de représentant direct du créancier, soit en son propre nom à l'égard du débiteur après s'être fait céder les créances par le créancier à titre fiduciaire. L'activité de recouvrement de créances ne saurait être qualifiée d'intermédiation financière, dans la mesure où le débiteur n'est pas le cocontractant du mandataire et où son identification selon la conception de la LBA est exclue. 8

Si le mandataire entretient néanmoins des relations contractuelles à la fois avec le créancier et avec le débiteur de la créance, on peut être en présence d'une activité de recouvrement de créances. Le critère décisif est de savoir sur mandat de qui le transfert est effectué, ce qui se détermine au regard d'indices. Typiquement, la prestation est rémunérée par le mandant.	9
On peut aussi être en présence d'une activité de recouvrement de créances lorsque le mandataire agit dans le cadre d'un cercle fermé d'acquéreurs de biens ou de services et ne peut être considéré comme une personne intermédiaire autonome. L'intervention du mandataire vise à faciliter et à simplifier le bon déroulement du paiement au fournisseur des biens ou au prestataire de services.	10
<i>Une coopérative sert d'intermédiaire entre ses membres et des fournisseurs et se charge du trafic des paiements afférent aux biens livrés auxdits membres (ATF 2A.62/2007).</i>	11
<i>Ou encore, un franchiseur propose à ses franchisés de centraliser le trafic des paiements afférent aux biens acquis auprès du fournisseur.</i>	12
c) Transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire en tant que prestation complémentaire à une prestation contractuelle principale (art. 1 al. 2 let. c OIF)	
Un transfert de valeurs patrimoniales doit être considéré comme une prestation accessoire à une prestation principale dès lors que les points suivants sont donnés :	13
– il s'agit en principe d'une prestation accessoire intégrée dans une relation contractuelle ne relevant pas du secteur financier;	14
– le cocontractant qui fournit la prestation principale fournit aussi la prestation accessoire;	15
– cette prestation accessoire est d'importance subalterne par rapport à la prestation principale; tel est en principe le cas lorsqu'il n'est pas demandé de rémunération supplémentaire au titre de la prestation accessoire autre que celle destinée à couvrir les coûts;	16

- la prestation accessoire présente un lien matériel étroit avec la prestation principale; fournir la prestation principale sans la prestation accessoire d’intermédiation financière entraînerait d’importantes difficultés pour les parties contractantes. La nature du lien matériel entre prestation principale et prestation accessoire doit être examinée au cas par cas. 17

On est notamment en présence d’une prestation accessoire lorsqu’un établissement médico-social, outre la prestation contractuelle principale, paie pour le compte de ses clients des biens ou des services de tiers à partir d’un dépôt ouvert préalablement à cet effet. 18

En règle générale, l’exécution d’ordres de paiement par des comptables, en plus des prestations comptables, n’est en général pas désignée comme prestation accessoire. 19

Toutefois, lorsqu’une personne ou une entreprise propose des prestations de services qui ne peuvent être qualifiées de prestations accessoires mais constituent, en tant que prestations autonomes, une activité d’intermédiation financière exercée à titre professionnel, il y a obligation d’assujettissement à la LBA. 20

- d) Exploitation d’institutions de prévoyance du pilier 3a par des fondations bancaires ou des assurances (art. 1 al. 2 let. d OIF)
(Aucune observation) 21

- e) Activité exercée entre les sociétés d’un groupe (art. 1 al. 2 let. e OIF)
Dans le champ d’application de la LBA, le groupe est considéré comme une entité économique lorsque l’une des entreprises détient de manière directe ou indirecte plus de la moitié des voix ou du capital des autres entreprises ou les domine d’une autre manière. 22

Ainsi, une société appartenant à un groupe industriel ou commercial et qui gère les liquidités ou la trésorerie de ce groupe n’est pas un intermédiaire financier au sens de la LBA. 23

La règle de l'art. 1 al. 2 let. e OIF s'applique par analogie aux structures chapeautées non pas par une personne morale, mais par une personne physique. 24

f) Secours à des auxiliaires

(art. 1 al. 2 let. f OIF)

Si les critères de l'art. 1 al. 2 let. f ch. 1 à 6 OIF sont remplis, les auxiliaires sont couverts par l'autorisation de l'intermédiaire financier ou par son affiliation à un OAR. L'intermédiaire financier qui recourt à des auxiliaires reste tenu, au regard du droit de la surveillance, de respecter les obligations de diligence de la LBA. 25

Dans le domaine de la transmission de fonds ou de valeurs, les auxiliaires ne peuvent exercer leur activité que pour un intermédiaire financier (clause dite « d'exclusivité » ; art. 1 al. 2 let. f ch. 5 OIF). 26

En dehors des opérations de transmission de fonds ou de valeurs, les auxiliaires peuvent exercer leur activité pour plusieurs intermédiaires financiers disposant d'une autorisation ou d'une affiliation à un OAR. 27

C. Champ d'application territorial

(art. 2 OIF)

Les succursales ou les filiales enregistrées à l'étranger d'une société suisse ne sont en principe pas soumises à la LBA. Toutefois, leur activité d'intermédiation financière peut être soumise à la LBA dès lors qu'elle s'exerce principalement en Suisse, y compris si certaines activités opérationnelles ou de back-office sont effectuées à l'étranger (ATF 2A.91/2005). 28

III. Opérations de crédit

(art. 3 OIF)

A. Opérations de crédit soumises à la LBA

a) Crédits en espèces

La remise d'espèces à un emprunteur en échange de l'engagement de ce dernier de rembourser et rémunérer la somme reçue est en principe soumise à la LBA. Entrent ainsi dans le champ d'application de la LBA les crédits hypothécaires, les crédits en compte courant, les crédits d'escompte, les crédits 29

lombards, les prêts à long terme comme le prêt partiaire et le prêt de rang subordonné, y compris lorsqu'ils sont garantis par un gage ou une autre sûreté. Les établissements de prêt sur gage, qui octroient des prêts contre un gage mobilier, sont donc soumis à la LBA.

b) Crédits à la consommation

Aux termes de la loi, sont également soumis à la LBA les crédits à la consommation au sens de la loi sur le crédit à la consommation (LCC; RS 221.214.1). Son réservées les énonciations concernant l'octroi de crédits à titre accessoire (cf. Cm 44 ss.). 30

c) Financements de transactions commerciales

Le préfinancement d'un cocontractant dans le cadre d'opérations commerciales pouvant être considéré comme du crédit, la LBA s'applique selon son libellé en principe aux financements de transactions commerciales. On entend généralement par « financements de transactions commerciales » le crédit d'escompte, le crédit sur cession et le leasing financier, mais aussi le crédit sur marchandises ou les financements à tempérament. 31

Outre le fabricant – ou le fournisseur ou le négociant – et le preneur de leasing, le leasing financier fait intervenir une société de leasing, le bailleur, en qualité de tiers contractant. Ce tiers contractant agit comme prêteur. Le bailleur remet l'objet au preneur de leasing pour une durée contractuelle non résiliable qui correspond à peu près à la durée de vie de l'objet, et contre paiement de loyers dont le total sur la durée avoisine la valeur d'acquisition de l'objet, coûts du financement inclus. En règle générale, l'ensemble des charges et risques afférents à l'objet (entretien, assurance, impôts et force majeure) sont transférés au preneur de leasing. Le leasing financier est soumis à la LBA, la partie assujettie étant le bailleur en tant que préfinanceur. 32

En revanche, ni le leasing opérationnel (Cm 53), ni en règle générale le leasing direct ne sont soumis à la LBA (Cm 52). 33

Les financements commerciaux ne sont pas soumis à la LBA dès lors qu'ils constituent un octroi de crédit accessoire au sens de l'art. 3 let. f OIF (Cm 44 ss) ou que les paiements d'intérêts et d'amortissements n'incombent pas au cocontractant (Cm 55 ss). 34

- B.** Activités non considérées comme des opérations de crédit (art. 3 OIF)
- a) Activité du preneur de crédit (art. 3 let. a OIF) 35
 En principe, le preneur de crédit n'est pas assujéti à la LBA. 36
 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 ; RS 952.02), ainsi que les caisses dont ils garantissent intégralement les engagements, ne sont pas non plus assujéti à la LBA pour cette activité. Les associations et les sociétés coopératives acceptant des dépôts selon les conditions stipulées à l'art. 3a al. 4 let. d OB n'entrent pas non plus dans le champ d'application de la LBA. Le même principe s'applique aux entreprises auprès desquelles les employés et retraités de cette dernière déposent des fonds (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 ou prestations pour le trafic des paiements, etc.) sont fournies en relation avec l'acceptation de dépôts, il y a obligation d'assujétissement.
- b) Octroi de crédits sans rémunération en intérêts ni autres charges (art. 3 let. b OIF) 37
 (Aucune observation)
- c) Octroi de crédits entre société et associé (art. 3 let. c OIF) 38
 L'octroi de crédits entre société et associé n'est pas soumis à la LBA dès lors que l'associé détient directement ou indirectement dans la société une participation représentant au moins 10 % du capital et/ou des voix. On se base sur le capital social (capital-actions, y compris capital-participations). La condition liée à la participation doit être remplie pendant toute la durée du contrat. Dès qu'elle ne l'est plus, le prêteur devient un intermédiaire financier. Cette pratique vaut pour les contrats de crédit conclus avec toutes les personnes morales dans lesquelles on peut détenir du capital ou des voix (société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée).

L'octroi de crédits entre les associés d'une société en nom collectif et la société elle-même, entre les commandités et la société en commandite ne tombent pas sous le coup de la LBA.	39
L'octroi de crédits entre coopératives et coopérateurs, ainsi qu'entre les associations et leurs membres, ne sont pas soumis à la LBA dès lors qu'ils sont consentis dans le cadre de l'objet de la coopérative ou de l'association.	40
L'octroi de crédits entre fondations et bénéficiaires, consenti conformément à l'acte de fondation, ne sont pas soumis à la LBA. Il en va de même des crédits octroyés par des associations et des fondations d'utilité publique et exonérées d'impôts à des tiers conformément à l'objet desdites associations et fondations.	41
d) Octroi de crédits entre employeur et employés (art. 3 let. d OIF)	
L'obligation de verser des contributions sociales pour les employés au sens de l'art. 3 let. d OIF doit perdurer pendant toute la durée du crédit. Dès que cette condition n'est plus remplie, le prêteur devient un intermédiaire financier. Selon une pratique constante du Tribunal fédéral et des caisses de compensation, les organes exécutifs sont assimilés à des salariés, de sorte que le critère du versement de contributions sociales vaut aussi pour eux.	42
e) Relations de crédit entre personnes proches (art. 3 let. e OIF)	
(Aucune observation)	43
f) Octroi de crédits à titre accessoire (art. 3 let. f OIF)	
L'octroi de crédits à titre accessoire est exempté du champ d'application de la LBA par l'OIF. Ceci concerne les cas où l'octroi de crédit intervient en plus d'un autre acte juridique qui ne relève pas du secteur financier (par ex. un achat de marchandises). Les points suivants définissent cumulativement l'octroi de crédit à titre accessoire:	44
– L'objet de la relation contractuelle est la fourniture d'une prestation en nature ou d'une prestation de service qui ne relève pas du secteur financier (fabrication et vente de biens d'investissement, biens de consommation, etc.).	45

- Le vendeur des marchandises ou le prestataire de services (« fournisseur de la prestation principale ») octroie en plus un crédit à son cocontractant. Si toutefois le crédit est octroyé au cocontractant par une société du groupe du fournisseur de la prestation principale, le critère du caractère accessoire n'est pas rempli. Les opérations financières d'une société du groupe en faveur d'un tiers sont réputées constituer une activité d'intermédiation financière. 46

S'agissant par exemple d'un contrat de leasing, si le fabricant et le bailleur appartiennent au même groupe, l'activité en faveur d'un preneur de leasing extérieur au groupe est soumise à la LBA. 47

- Il y a un lien matériel entre l'octroi de crédit et la prestation principale. La nature du lien matériel entre prestation principale et prestation accessoire doit être examinée au cas par cas. 48
- L'octroi de crédit est d'importance subalterne par rapport à la prestation principale de la relation contractuelle. Si le rapport 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) s'élève à 10 % ou moins, ceci représente un indice pour la nature d'importance subalterne. 49
- Les moyens permettant l'octroi de crédit proviennent des moyens généraux du fournisseur de la prestation principale. Si en revanche les contrats intégrant un octroi de crédit à titre accessoire sont refinancés par des contrats de crédit similaires conclus avec une société de crédit tierce, de sorte que le fournisseur de la prestation principale n'a plus qu'une fonction formelle au regard de l'octroi de crédit, le critère du caractère accessoire n'est pas rempli (par ex. leasing *back-to-back*). 50

Peuvent être considérés comme des octrois de crédit à titre accessoire le sursis de paiement, la mise en place d'un délai de paiement ou le contrat de vente à tempérament. 51

L'octroi de crédit dans le cadre du leasing direct, où le fabricant ou négociant est lui-même le bailleur, est en principe également considéré comme accessoire. 52

g) Leasing opérationnel
(art. 3 let. g OIF)

Contrairement au leasing financier, le leasing opérationnel présente une durée de mise à disposition des objets relativement brève et/ou est facilement résiliable. Les charges et risques afférents à l'objet en leasing incombent en règle générale au bailleur. Le leasing opérationnel est proche de la location, raison pour laquelle il n'est pas considéré comme un octroi de crédit. 53

h) Engagements conditionnels en faveur de tiers
(art. 3 let. h OIF)

Les cautionnements ou garanties, par exemple, constituent des engagements conditionnels en faveur de tiers. Le cocontractant (caution ou garant) qui accorde l'engagement conditionnel n'est pas soumis à la LBA. 54

i) Financements de transactions commerciales, lorsque le remboursement n'est pas effectué par le cocontractant
(art. 3 let. i OIF)

En matière d'opérations de crédit, le risque de blanchiment d'argent réside dans les retours de fonds (paiements d'intérêts et d'amortissements). Soumettre ces opérations à la LBA n'a donc de sens que si le retour de fonds émane du cocontractant (ATF 2A.67/2007). 55

Dans le cadre du factoring par exemple, le factor se fait céder la créance commerciale d'un client. Il verse le montant correspondant au client et encaisse la créance à l'échéance auprès du débiteur. Dans cette hypothèse, le retour de fonds n'émane pas du cocontractant préfinancé (client), mais d'un tiers (débitur). 56

De même dans le cadre du forfaitage, où l'on rachète des créances clairement identifiées en renonçant à tout recours contre le créancier cédant, le retour de fonds n'émane pas du cocontractant préfinancé, mais du débiteur de la créance rachetée. 57

IV. Services dans le domaine du trafic des paiements (art. 4 OIF)

A. Exécution d'ordres de paiement (art. 4 al. 1 let. a OIF)

Il y a service dans le domaine du trafic des paiements en particulier lorsque l'intermédiaire financier, sur mandat de son cocontractant, transfère des valeurs financières liquides à un tiers et prend lui-même physiquement possession de ces valeurs, les fait créditer sur son propre compte ou ordonne un virement au nom et sur ordre du cocontractant. L'intermédiaire financier acquiert alors un pouvoir de disposition sur des valeurs tierces. Entrent en principe dans le champ d'application de la LBA tous les transferts et transmissions opérés sur ordre du débiteur de la prestation, indépendamment du fait que le débiteur rémunère le prestataire avant ou seulement après que la prestation a été créditée. Les personnes qui exécutent des ordres de paiement pour des tiers sur la base d'une procuration bancaire relèvent elles aussi de la LBA, car elles disposent de valeurs patrimoniales de tiers sur ordre du débiteur. Ceci vaut aussi lorsque l'ordre de paiement est déclenché par transmission électronique, comme dans l'e-banking. Entrent également dans le champ d'application de la LBA les personnes qui, pour le compte d'un mandant et conformément aux instructions de celui-ci, transmettent des paiements en monnaie scripturale à un bénéficiaire par le biais d'un compte dit de passage. 58

Lorsque l'intermédiaire n'a de relation contractuelle qu'avec le créancier de la prestation et agit sur ordre de celui-ci, on est généralement en présence d'un mandat de recouvrement de créances qui ne constitue pas une activité d'intermédiation financière (Cm 8 ss). Si toutefois les montants ainsi encaissés sont transmis, sur instructions du créancier, non pas à celui-ci mais à un tiers, cette transmission constitue une activité d'intermédiation financière et celui qui a encaissé la créance 59

fait alors office d'intermédiaire financier entre le créancier et le tiers.

L'exécution de paiements de salaires pour le compte de tiers est en principe une activité soumise à la LBA, mais il existe des exceptions. Les paiements de salaires n'entrent pas dans le champ d'application de la LBA lorsque les conditions suivantes sont cumulativement remplies :

Les paiements sont déclenchés sur la base d'une comptabilité des salaires établie par la même personne physique ou morale que celle chargée du trafic des paiements y relatif.

La procuration conférée aux fins d'exécuter les paiements de salaires est expressément limitée au trafic des paiements en relation avec la comptabilité des salaires.

B. Emission de moyens de paiement et exploitation de systèmes de paiement (art. 4 al. 1 let. b OIF)

a) Généralités

L'art. 2 al. 3 let. b LBA cite les cartes de crédit et les chèques de voyage comme exemples de moyens de paiement au sens de la LBA. Il n'existe pas de liste exhaustive des moyens de paiement en droit suisse. En principe, l'émission de moyens de paiement ainsi que l'exploitation de systèmes de paiement qui permettent à des tiers de transmettre des valeurs patrimoniales sont soumises à la LBA.

b) Moyens de paiement

L'émission de moyens de paiement est soumise à la LBA lorsqu'elle est effectuée par un émetteur non identique aux utilisateurs des moyens de paiement (par exemple acheteur et vendeur). Ainsi, n'est pas un intermédiaire financier l'émetteur d'un moyen de paiement qui est aussi le vendeur d'une marchandise payée à l'aide de ce moyen de paiement. La notion de « moyen de paiement » doit s'entendre comme complémentaire aux systèmes de paiement et englobe tous les moyens de paiement dont la valeur est définie au moment de l'émission. Entrent notamment dans ce cadre les supports de données *e-money* non rechargeables.

c) Systèmes de paiement 65
L'exploitation d'un système de paiement est soumise à la LBA lorsqu'elle est effectuée par une organisation non identique aux utilisateurs du système de paiement (par exemple acheteur et vendeur d'une marchandise). Entrent dans ce cadre les systèmes qui permettent de payer à l'aide d'avares disponibles mémorisés (supports de données *e-money* rechargeables, cartes de débit) ou d'enregistrer une dette qui sera ensuite facturée par l'exploitant du système de paiement (cartes de crédit, cartes de magasins impliquant trois cocontractants, etc.).

d) Systèmes *open loop* et *closed loop* 66
Pour déterminer si la LBA est applicable, peu importe en revanche que l'utilisation des moyens ou systèmes de paiement soit limitée à un cercle restreint de personnes (systèmes dits *closed loop*) ou pas (systèmes dits *open loop*). Dès lors qu'il exerce son activité à titre professionnel au sens de l'OIF et pour autant que le modèle d'affaires n'implique pas deux parties seulement, un émetteur de moyens de paiement ou un exploitant de systèmes de paiement au sens précisé ci-dessus est toujours un intermédiaire financier soumis à la LBA.

e) Modèles d'affaires impliquant quatre parties ou plus 67
Lorsque quatre parties ou plus sont impliquées (organisme de cartes de crédit, *acquirer*, *issuer*, société de traitement), plusieurs personnes sont en principe susceptibles d'être des intermédiaires financiers. Dans le cadre de l'utilisation de cartes de crédit, on situe le risque de blanchiment d'argent du côté du titulaire de la carte, de sorte qu'est soumise à la LBA la partie qui permet au client (acheteur d'une marchandise, initiateur du processus de paiement) d'accéder au système de paiement et qui a ainsi un contact direct avec ce client.

Les grands organismes de cartes de crédit octroient des licences à des émetteurs (émetteurs) et acquiers nationaux. L'émetteur traite l'opération avec le titulaire de la carte de crédit, cette opération comprenant notamment la conclusion du contrat et les autorisations de paiement. Quant à l'acquirer, il traite l'opération avec les entreprises contractantes et se charge pour elles du règlement des paiements. Lorsque des 68

cartes de crédit sont émises par des émetteurs nationaux, ces derniers sont soumis à la LBA.

- C.** Transmission de fonds ou de valeurs (art. 4 al. 1 let. c et al. 2 OIF) 69
(Aucune observation)

V. Activité de négoce (art. 5 OIF)

Seul le négoce d'instruments financiers entre dans le champ d'application de la LBA, le terme de « négoce » désignant tant l'achat que la vente. Sont typiquement des instruments financiers les billets de banque, les monnaies, les devises, les métaux précieux et les valeurs mobilières. 70

- A.** Négoce de billets de banque et de monnaies (art. 5 al. 2 let. a OIF) 71
- Les personnes qui négocient des billets de banque et des monnaies pour compte propre ou pour le compte de tiers sont soumises à la LBA. Les opérations de négoce soumises à la LBA doivent toutefois porter exclusivement sur des monnaies courantes et des billets de banque qui ont cours légal. Les monnaies courantes sont des monnaies créées pour répondre aux besoins du trafic des paiements, et qui sont émises et acceptées par l'Etat à leur valeur nominale. Les billets de banque en circulation sont des moyens de paiement officiels qui doivent être acceptés par tous. Ils sont émis par un établissement autorisé à cet effet par l'Etat, généralement la banque centrale, et repris à leur valeur nominale. Ne sont pas des billets de banque ni des monnaies au sens de l'art. 2 al. 3 let. c LBA : les billets de banque qui n'ont plus cours ; les monnaies qui se négocient avec un agio de plus de 5 % sur leur valeur nominale, notamment les monnaies courantes présentant des spécificités numismatiques (par ex. des frappes défectueuses), les monnaies commémoratives et les monnaies cotées en Bourse ; les médailles ; les petits lingots destinés à la bijouterie.

B.	Négoce de matières premières (art. 5 al. 2 let. b OIF)	
	Le négoce de matières premières est soumis à la LBA uniquement s'il est effectué pour le compte de tiers.	72
	On entend par « matières premières » les matières premières non transformées issues notamment du secteur minier ou agricole ou relevant du secteur énergétique, comme par exemple le pétrole brut, le gaz naturel, les métaux, les minerais et le café.	73
	Les dérivés de matières premières sont en revanche des valeurs mobilières au sens de la loi sur les bourses (LBVM; RS 954.1) et entrent donc dans le cadre de la disposition dérogatoire prévue à l'art. 5 al. 3 OIF (cf. Cm 83).	74
C.	Négoce de métaux précieux (art. 5 al. 2 let. c OIF)	
	L'assujettissement porte sur le négoce sur métaux précieux bancaires tant pour compte propre que pour compte de tiers. L'art. 178 de l'ordonnance sur le contrôle des métaux précieux (OCMP; RS 941.311) définit comme suit la notion de « métaux précieux bancaires » :	75
	– Lingots et grenailles d'or au titre minimal de 995 millièmes ;	76
	– Lingots et grenailles d'argent au titre minimal de 999 millièmes ;	77
	– Lingots et mousses de platine et de palladium au titre minimal de 999,5 millièmes ;	78
	Le négoce de monnaies cotées en bourse et de médailles d'or, d'argent, de platine et de palladium entre lui aussi dans le champ d'application de la LBA dès lors que ces monnaies se négocient avec un agio de moins de 5 % sur leur valeur nominale.	79
	Peu importe en l'occurrence que le négoce consiste en l'acquisition ou en la vente de métaux précieux bancaires ou en l'acquisition de matières pour la fonte que le négociant transforme en métal précieux bancaire afin de le vendre.	80
	On se référera à la circulaire FINMA « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires » Cm 16 ^{bis} pour ce qui concerne le négoce effectué par le biais de comptes de métal précieux.	81

Ne sont pas soumis à la LBA, d'une part, le négoce de métaux à fondre, d'ouvrages en métaux précieux, de produits semi-ouvrés, d'ouvrages plaqués et de similis ni, d'autre part, l'achat direct de métaux précieux bancaires par des entreprises de fabrication ou la vente de métaux précieux bancaires à des entreprises de fabrication aux fins de réaliser ces ouvrages. 82

D. Négoce de valeurs mobilières
(art. 5 al. 3 OIF)

Le négoce de valeurs mobilières au sens de la LBVM entre dans le champ d'application de la LBA en vertu de l'art. 2 al. 2 let. d LBA. Pour le reste, et notamment lorsqu'il ne répond pas aux critères de l'activité exercée à titre professionnel, le négoce de valeurs mobilières n'est pas concerné par l'art. 2 al. 3 let. c LBA car il représente un volume négligeable. Les négociants agissant pour le compte de clients au sens de l'art. 3 al. 5 OBVM et qui pratiquent en sus de leur activité de négociant d'autres activités comme par exemple la gestion de fortune ou fournissent des prestations de trafic des paiements sont cependant assujettis à la LBA en fonction des dispositions respectives (art. 4 et 6 OIF). 83

E. Change
(art. 5 al. 1 et 4 OIF)

On entend par « change » l'échange direct d'un montant libellé dans une devise contre un montant équivalent libellé dans une autre devise. Cette activité entre dans le champ d'application de la LBA. En revanche, le paiement d'un bien ou d'un service dans une devise avec rendu de monnaie dans une autre devise n'est en général pas soumis à la LBA. Une telle opération n'est pas qualifiée d'opération de change dès lors qu'elle consiste principalement à acheter un bien ou un service. Si toutefois elle vise au premier chef non à acheter un bien ou un service, mais à convertir une somme d'argent dans une autre devise, on se trouve de fait en présence d'une activité de change soumise à la LBA. Le fait qu'il existe une disproportion manifeste entre le montant remis en paiement et le prix réel du bien ou du service constitue un indice laissant à penser que l'opération concernée vise à contourner la loi. 84

- Lorsqu'une entreprise ayant une activité principale exerce une activité de change à titre accessoire, cette dernière n'est pas considérée comme une activité de négoce et n'est donc pas soumise à la LBA. L'activité de change n'est plus réputée exercée à titre accessoire lorsque :
- l'intermédiaire financier effectue ou est disposé à effectuer des opérations de change isolées, ou des opérations de change liées entre elles, dont le montant dépasse 5000 CHF, ou 86
 - le bénéfice brut issu de l'activité de change représente plus de 10 % du bénéfice de l'entreprise par année civile. 87

F. Négoce de devises
(art. 5 al. 1 OIF)

L'achat et la vente de devises pour le compte d'un cocontractant entrent dans le champ d'application de la LBA. Les négociants en devises qui tiennent pour leurs clients des comptes servant à effectuer des investissements dans différentes devises, doivent avoir une autorisation bancaire pour pouvoir exercer leur activité à titre professionnel (art. 3a de l'ordonnance sur les banques [OB ; RS 952.02] et Circ.-FINMA 2008/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires », Cm 16^{ter}). 88

G. Autres types de négoce

Les autres types de négoce, comme par exemple le négoce immobilier ou le négoce d'objets d'art, ne sont en principe pas des activités d'intermédiation financière dès lors qu'aucun pouvoir de disposition n'est exercé à quelque moment que ce soit sur les valeurs patrimoniales de tiers. Si en revanche le négoce porte sur des valeurs patrimoniales de tiers, il peut s'agir alors d'une activité d'intermédiation financière soumise à la LBA. Si cette activité peut être qualifiée de recouvrement de créances (Cm 8 ss) ou de prestation accessoire à une prestation principale (Cm 13 ss), il n'y a pas activité soumise à la LBA. 89

VI. Autres activités

A. Gestion de fortune (art. 6 al. 1 let. a OIF)

a) Généralités

L'OIF considère comme intermédiation financière la gestion de valeurs mobilières et d'instruments financiers pour un cocontractant, c'est-à-dire l'activité généralement appelée gestion de fortune. Le gérant de fortune est habilité par son client par procuration à gérer les avoirs de ce dernier en les plaçant ou en les investissant dans des instruments financiers. 90

La simple transmission d'ordres d'achat passés par le client – par exemple la transmission sous pli fermé d'un fax ou d'un courriel (comportant l'ordre du client en document pdf en pièce jointe) n'est pas considérée comme de la gestion de fortune. On ne peut pas conclure à l'existence d'une procuration dans de tels cas. 91

Sont typiquement des instruments financiers les billets de banque et monnaies nationaux et étrangers, les devises, les métaux précieux, les valeurs mobilières, les papiers-valeurs et droits-valeurs ainsi que leurs dérivés. La gestion pour un tiers de valeurs patrimoniales non réputées être des instruments financiers, comme par exemple les collections de timbres, tableaux ou antiquités, n'entre pas dans le champ d'application de la LBA. 92

b) Placements collectifs de capitaux

Les formes de placement qui, aux termes de l'art. 2 al. 2 LPCC, ne sont pas soumises à la LPCC, n'entrent en principe pas dans le champ d'application de la LBA. Cela vaut pour les institutions de la prévoyance professionnelle (art. 2 al. 2 let. a LPCC et art. 2 al. 4 let. b LBA), les institutions des assurances sociales et les caisses de compensation (art. 2 al. 2 let. b LPCC) et les corporations et institutions de droit public (art. 2 al. 2 let. c LPCC). Cela vaut aussi pour les sociétés exerçant une activité commerciale ou industrielle (art. 2 al. 2 let. d LPCC) dès lors qu'il ne s'agit pas d'une activité d'intermédiation financière. Les holdings (art. 2 al. 2 let. e LPCC) ainsi que les associations et les fondations (art. 2 al. 2 let. g LPCC) ne sont pas non plus soumises à la LBA dès lors qu'elles n'exercent pas d'activité 93

d'intermédiation financière et ne peuvent pas être qualifiées de sociétés de domicile (Cm 102 ss). Les clubs d'investissement, qui sont exclus du champ d'application de la LPCC aux termes de l'art. 2 al. 2 let. f LPCC, n'entrent pas non plus dans celui de la LBA selon la pratique de la FINMA, car il n'y a pas gestion d'avoirs de tiers.

c) Sociétés d'investissement

Les sociétés d'investissement, qui sont exclues du champ d'application de la LPCC aux termes de l'art. 2 al. 3 LPCC, sont visées par l'art. 2 al. 3 LBA. Ceci concerne les sociétés d'investissement ayant la forme de sociétés anonymes dès lors qu'elles sont cotées à une bourse suisse, ou dès lors que seuls des actionnaires qualifiés au sens de l'art. 10 al. 3 LPCC peuvent détenir des parts, que les actions sont nominatives et qu'une société d'audit agréée atteste chaque année auprès de la FINMA du respect de ces conditions. 94

d) Gestionnaires de placements collectifs étrangers

Les gestionnaires de placements collectifs étrangers tombent sous le coup de l'art. 2 al. 3 LBA, si le placement qu'ils gèrent n'est pas soumis à une surveillance équivalente au sens de la LPCC (art. 2 al. 4 let. d LBA). 95

B. Conseil en placement

(art. 6 al. 1 let. b OIF)

En vertu de l'art. 2 al. 3 let. f LBA, les conseillers en placement sont soumis à la LBA dès lors qu'ils effectuent des placements. A contrario, l'activité de conseil en placement pur ne relève pas de la LBA. L'art. 6 al. 1 let. b OIF ne s'applique donc qu'aux conseillers en placement qui exécutent des mandats isolés pour le compte de tiers. Tel est le cas lorsqu'en vertu d'une procuration, ils effectuent des placements isolés, par exemple en plaçant des ordres adressés au gestionnaire de fortune ou à la banque dépositaire du client. La gestion de fortune effectuée sur la base d'une procuration générale et intégrant l'activité de placement relève de l'art. 6 al. 1 let. a OIF. 96

C. Conservation de valeurs mobilières
(art. 6 al. 1 let. c OIF)

On reprend ici la notion de valeur mobilière telle qu'elle est exprimée dans la législation sur les bourses. Selon l'art. 2 let. a de la LBVM, on entend par valeurs mobilières les papiers-valeurs standardisés, susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché, les droits ayant la même fonction (droits-valeurs) et les dérivés. On entend par valeurs mobilières standardisées et susceptibles d'être diffusées en grand nombre les papiers-valeurs, les droits-valeurs et les dérivés structurés et fractionnés de la même façon et offerts au public ou vendus auprès de plus de 20 clients pour autant que ces valeurs ne soient pas créées spécialement pour certains contractants (art. 4 Ordonnance sur les bourses [OBVM; RS 954.11]).

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.

La simple tenue d'un registre des actions sans conservation des titres ne fonde pas une obligation d'assujettissement selon la LBA.

D. Activité d'organes de sociétés de domicile
(art. 6 al. 1 let. d OIF)

En principe, l'activité des organes n'est pas réputée être une activité d'intermédiation financière. Les membres des organes gèrent le patrimoine de la société et en disposent : comme ce sont eux les organes, il ne s'agit pas de patrimoine de tiers. Il n'en va pas de même des sociétés de domicile, où l'activité des organes est considérée comme une activité d'intermédiation financière dès lors qu'elle s'effectue de manière fiduciaire, c'est-à-dire sur instructions de l'ayant droit économique. Dans ce cas, les organes gèrent le patrimoine d'un tiers, à savoir celui de l'ayant droit économique. Si ce dernier est lui-même un organe, la LBA ne s'applique donc pas.

a) Notion d'organe

La notion d'organe s'entend au sens large. Sont réputées être des organes toutes les personnes qui remplissent de fait des fonctions d'organes, c'est-à-dire qui prennent des décisions réservées aux organes ou assurent la direction effective de l'entreprise et orientent ainsi ses choix de manière déterminante. Sont donc concernés non seulement les organes formels (membres du conseil d'administration, de l'organe de révision, etc.) et matériels (directeurs, gérants), mais aussi les organes de fait (ATF 114 V 213). 101

b) Notion de société de domicile

Sont considérées comme des sociétés de domicile les personnes morales, sociétés, établissements, fondations, trusts, entreprises fiduciaires et constructions semblables, qui n'exercent pas une activité de commerce ou de fabrication, ou une autre activité exploitée en la forme commerciale (art. 6 al. 2 OIF). Il s'agit généralement de véhicules financiers qui servent à gérer le patrimoine de l'ayant droit économique de la société ou de l'entité patrimoniale. 102

Il convient de distinguer les sociétés de domicile des sociétés opérationnelles, qui exercent une activité de commerce, de production ou de services ou une autre activité exploitée en la forme commerciale. Cette distinction s'opère au cas par cas. Des indices permettent de déterminer si l'objet principal d'une société est de gérer le patrimoine de l'ayant droit économique et de dégager ainsi des revenus ou des gains en capital, ou s'il y a activité commerciale ou industrielle à proprement parler. Ces indices se trouvent principalement dans le bilan et le compte de résultat. Si par exemple un portefeuille de titre ou une autre valeur patrimoniale constitue le poste prédominant du bilan d'une société, et si dans le même temps le compte de résultat fait apparaître principalement les revenus ou gains en capital issus des valeurs patrimoniales inscrites au bilan, il est très probable que la société concernée soit une société de domicile. En présence d'indices laissant à penser à la fois à une société opérationnelle et à une société de domicile, il convient d'analyser dans le contexte global le ou les éléments prédominants, dans la mesure où ils déterminent l'objet principal de la société. 103

Une société opérationnelle est toutefois soumise à la LBA 104 lorsqu'elle a une activité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA.

Sont en général réputées être des sociétés de domicile :

- les sociétés et entités patrimoniales organisées qui 105 détiennent le patrimoine de leur ayant droit économique.
- les trusts: est soumis à la LBA le *trustee* qui gère des 106 trusts en Suisse ou à partir de la Suisse, où que se situe le patrimoine du trust et indépendamment du droit sous l'empire duquel le trust a été constitué. Le *protector* est considéré comme un intermédiaire financier ou non selon les pouvoirs qui lui sont conférés. Il ne suffit pas que le *protector* puisse changer de *trustee* ou exercer un droit de veto par rapport à des décisions d'investissement ou de distribution du *trustee*.

Sont en général réputées ne pas être des sociétés de domicile :

- les personnes morales et les sociétés qui ont pour objet 107 de préserver les intérêts de leurs membres ou bénéficiaires ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, d'utilité publique, sociaux ou autres, pour autant qu'elles s'en tiennent exclusivement à leurs objets statutaires. Ceci vaut aussi pour les fondations de famille de droit suisse dans les limites fixées par la loi (art. 335 du Code civil [CC ; RS 210]) et le Tribunal fédéral (ATF 108 II 393).
- les sociétés, établissements, fondations, trusts et entre- 108 prises fiduciaires qui détiennent des participations majoritaires dans une ou plusieurs sociétés pour les rassembler sous une direction unique par une majorité de voix ou de toute autre manière (sociétés holding). La société holding doit toutefois exercer effectivement ses pouvoirs de direction et de contrôle. Si en revanche les filiales de la holding répondent aux critères de la société de domicile, leurs organes sont soumis à la LBA en tant qu'intermédiaires financiers.
- Entreprises actives mais se trouvant en voie de liquida- 109 tion.

E. Intermédiaires d'assurance

La notion d'intermédiaire d'assurance sert de notion générique pour diverses formes d'intermédiation dans le secteur des assurances. On distingue entre deux catégories principales: les intermédiaires d'assurance « non liés » (art. 43 al. 1 de la loi sur la surveillance des assurances [LSA; RS 961.01] combiné à l'art. 183 de l'ordonnance sur la surveillance [OS; RS 961.011]) et les intermédiaires « liés » (art. 43 al. 2 LSA).

L'activité d'intermédiaire d'assurance n'est pas soumise à la LBA. Un intermédiaire d'assurance ne relève de la LBA qu'à partir du moment où, en plus de son activité d'intermédiaire, il exerce une activité visée par l'art. 2 al. 3 LBA.

Tel est par exemple le cas lorsque, sur mandat d'un client et conformément à ses instructions, il accepte des fonds et les transmet. En revanche, la LBA ne s'applique pas lorsque l'activité consiste à encaisser une créance échue (cf. Cm 8 ss).

Lorsqu'un collaborateur externe est lié à un assureur par un contrat de travail ou un contrat de collaboration, par exemple, les prescriptions applicables à la société lui sont applicables également. Si la société est soumise à la LBA en vertu de l'art. 2 al. 2 let. c LBA (institutions d'assurance au sens de la LSA qui exercent une activité en matière d'assurance directe sur la vie ou qui proposent ou distribuent des parts de placements collectifs), la surveillance en matière de blanchiment d'argent s'étend à ses représentants et à l'activité d'intermédiation financière de ces derniers. Ceci vaut notamment pour les agences principales et générales.

F. Avocats et notaires

a) Généralités

En principe, les avocats sont soumis à la LBA dès lors qu'ils exercent une activité soumise à la LBA. Mais en vertu de l'art. 9 al. 2 LBA, les avocats et les notaires ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer leurs soupçons dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel en vertu de l'art. 321 du Code pénal (CP; RS 311.0). Les activités relevant du secret professionnel, d'après la pratique, ne sont pas non plus soumises à la LBA.

Il convient donc de distinguer entre activité soumise au secret professionnel (spécifique à la profession) et activité non soumise au secret professionnel (non spécifique à la profession) (ATF 132 II 103).

Le secret professionnel de l'avocat au sens de l'art. 321 CP ne porte en principe « que sur des faits qui lui ont été confiés par le client pour permettre l'exécution du mandat, ou dont il a eu connaissance dans l'exercice de son mandat » (ATF 115 la 197). 115

Il s'agit par exemple des opérations de dépôt et, dans la mesure appropriée, des placements à court terme qui leur sont liés en relation avec des paiements d'avances ou de frais de procédure, des sûretés, des contributions de droit public, etc., ainsi que des versements en faveur ou de la part d'une partie, de tiers ou d'une autorité relatifs à un partage successoral en cours ou à l'exécution de dispositions à cause de mort, à la liquidation en cours d'un régime matrimonial dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation, à des procédures de droit civil ou de droit public devant les tribunaux ordinaires ou arbitraux ainsi qu'à des procédures d'exécution forcée. 116

Il convient de distinguer entre cette activité spécifique à la profession et l'activité non spécifique, c'est-à-dire toute activité où l'élément commercial est prédominant par rapport à l'activité d'avocat. Comptent parmi les activités non spécifiques à la profession, en particulier, celles qui sont effectuées normalement par des gérants de fortune, des fiduciaires ou des banques, à savoir notamment la gestion de fortune ou le placement de fonds. Sinon, en recourant à un avocat comme intermédiaire, tout accusé pourrait aisément empêcher les autorités de poursuite pénale d'accéder au produit d'un acte punissable. S'agissant des activités non spécifiques à la profession, on parle aussi d'activités « accessoires » de l'avocat ou du notaire. 117

Ces règles ne s'appliquent qu'aux avocats et notaires qui exercent leur activité à titre libéral et sont inscrits au registre des avocats d'un canton ou auprès d'une chambre notariale cantonale ou d'une chambre professionnelle étrangère équivalente. Sont réputés exercer aussi leur activité à titre libéral les 118

avocats qui exercent au sein d'une société d'avocats autorisée par l'autorité de surveillance compétente (société anonyme ou société à responsabilité limitée). Les personnes qui ont un brevet d'avocat ou de notaire et travaillent par exemple pour des sociétés fiduciaires ne peuvent faire valoir ni les droits spécifiques liés au secret professionnel des avocats et des notaires, ni les prescriptions cantonales en vigueur ou la règle dérogatoire de l'art. 9 al. 2 LBA.

b) L'avocat en tant que consignataire

Un consignataire (*escrow agent*) est soumis à la LBA dès lors que l'exécution du contrat de consignation (*escrow agreement*) va de pair avec un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales de tiers. Pour déterminer si un avocat faisant office de consignataire est soumis à la LBA, il convient d'examiner si ses compétences professionnelles sont nécessaires à l'exécution du contrat de consignation. 119

Dès lors que l'activité de consignataire est en lien direct avec un mandat juridique précis, il convient de partir du principe que les compétences professionnelles de l'avocat sont nécessaires à la bonne exécution du contrat de consignation et qu'il s'agit d'une activité spécifique à la profession. Toutefois, chaque situation doit être examinée au cas par cas. Si les compétences spécifiques de l'avocat ne sont pas requises, par exemple lorsqu'il s'agit d'exécuter des contrats standardisés simples, les conditions d'assujettissement peuvent être remplies. Il relève de la responsabilité de l'avocat de décider si le mandat concerné nécessite les compétences professionnelles de l'avocat et est effectivement couvert ou non par le secret professionnel. 120

Si l'exécution du contrat de consignation n'est pas en lien direct avec un mandat juridique précis, il convient de partir du principe que les compétences professionnelles de l'avocat ne sont pas nécessaires et que les conditions sont remplies pour un assujettissement de l'avocat à la LBA. Dans cette hypothèse, les parties mandatent l'avocat non pas en raison de ses compétences professionnelles spécifiques, mais parce qu'elles préfèrent faire appel aux services d'une personne neutre et digne de confiance pour l'exécution du contrat. Ici aussi, chaque situation doit être examinée au cas par cas. Si les compétences 121

professionnelles de l'avocat sont manifestement nécessaires à la bonne exécution du contrat de consignation, cette dernière peut aussi relever de l'activité spécifique à la profession.

c) Activité de l'avocat en relation avec une constitution de société

Dans le cadre d'une constitution de société, l'avocat n'est pas soumis à la LBA s'il se borne à conseiller, à rédiger les contrats, à recommander des personnes susceptibles d'assurer la direction et de mener à bien la constitution, sans intervenir dans le trafic des paiements. Si toutefois, en vertu de son mandat de constitution, l'avocat garde des actions au porteur ou des actions nominatives endossées en blanc, ceci constitue une activité d'intermédiation financière. Un avocat qui participe à la constitution d'une société est donc soumis à la LBA dès lors qu'il effectue lui-même la transaction financière au sens de l'art. 2 al. 3 LBA. 122

d) Activité du notaire en relation avec un achat d'immeuble 123

Si, dans le cadre d'un achat d'immeuble, le prix d'achat est transféré par le biais du compte des avoirs de la clientèle du notaire qui authentifie l'acte de vente, ceci ne constitue pas une activité d'intermédiation financière soumise à la LBA. Cette prestation du notaire est en effet étroitement liée à son activité professionnelle spécifique. Il en va de même lorsqu'un notaire rembourse des dettes hypothécaires sur le prix d'achat, ou lorsqu'il paie des impôts et taxes liés à l'opération immobilière à partir de fonds transférés par un cocontractant. De même, le versement d'une commission de courtage à un tiers ne constitue pas une activité d'intermédiation financière soumise à la LBA, car cette prestation est liée à l'activité professionnelle spécifique des notaires. Sont réputés spécifiques à la profession les paiements à des tiers qui sont nécessaires à la bonne exécution du transfert de propriété immobilière.

G. Intermédiation financière dans l'immobilier

a) Gestion immobilière

L'administration d'immeubles implique notamment l'encaissement de loyers ainsi que de prestations complémentaires, 124

telles les charges accessoires ou les prestations d'assurances responsabilité civile issues du contrat de bail, l'acceptation de sûretés ou de prestations d'assurance. L'administrateur d'immeubles qui reçoit ce type de montants au nom, sur ordre et pour le compte du propriétaire de l'immeuble, n'est pas un intermédiaire financier au sens de la LBA, car il exerce une activité de recouvrement de créances.

Lorsque l'administrateur d'immeubles utilise les revenus perçus pour le compte du propriétaire de l'immeuble afin d'effectuer des paiements en faveur de tiers, ceux-ci ne s'inscrivent pas dans le champ d'application de la LBA, dans la mesure où ils sont directement liés à l'administration classique de l'immeuble. La même règle s'applique en principe aux paiements que l'administrateur d'immeubles effectue avec l'argent qu'il a reçu à cet effet du propriétaire de l'immeuble. 125

Païement des intérêts et des amortissements relatifs aux capitaux étrangers, en particulier ceux relatifs aux crédits garantis par hypothèque; règlement des dépenses courantes sur la base de factures pour la fourniture périodique de biens ou de services tels que l'eau, l'électricité, etc.; paiement des impôts, d'autres types de taxes et de primes d'assurance relatives à l'immeuble; paiement de l'achat de produits de chauffage et d'énergie; paiement des charges d'entretien courantes; paiement de modifications et de travaux touchant l'immeuble; versement des salaires en rémunération des prestations périodiques ou permanentes nécessaires au bon fonctionnement et à l'entretien de l'immeuble (conciergerie, jardinier, etc.), y compris le paiement des prestations sociales aux institutions correspondantes; restitution des soldes éventuelles. 126

En dehors de l'activité d'administration précitée, l'acceptation des fonds du propriétaire de l'immeuble pour assurer leur gestion ou les placer, est considérée d'intermédiation financière. Cette pratique s'applique également et selon les mêmes critères à l'administration de propriétés par étage. 127

- b) Sociétés immobilières
 Une société immobilière est considérée comme société de domicile lorsque ses seules valeurs patrimoniales ou ses valeurs patrimoniales dominantes sont constituées d'un ou plusieurs immeubles qu'elle n'administre pas elle-même, et qu'elle n'exerce donc pas d'activité opérationnelle. En revanche, selon les cas, la société immobilière qui assure la gestion d'immeubles est elle-même soumise à la LBA (cf. Cm 124 ss). 128
- c) Négoce immobilier
 La seule activité de courtage ne s'inscrit pas dans le champ d'application de la LBA. On peut cependant se trouver dans le cas d'une intermédiation financière si l'agent immobilier transfère ou verse sur mandat de l'acheteur le montant du prix de vente au vendeur. Lorsque l'agent immobilier opère sur mandat du vendeur et transfère le montant du prix de vente à son mandant, il s'agit d'un recouvrement de créance qui n'est pas soumis à la LBA. 129
- d) Entrepreneurs généraux et totaux, architectes, ingénieurs et activités fiduciaires dans la construction
 Les entrepreneurs généraux et totaux qui reçoivent des paiements du maître d'ouvrage pour l'ensemble des travaux effectués et transmettent l'argent reçu à leurs sous-traitants disposent de leurs propres fonds et non de fonds appartenant à un tiers. Ce trafic des paiements ne constitue donc pas une intermédiation financière. 130
 Les instructions de paiement et le règlement des factures des entrepreneurs et fournisseurs par les architectes ou les ingénieurs qui sont chargés de la direction des travaux peuvent être qualifiés de prestations accessoires. 131
 Lorsque le maître d'ouvrage engage un agent fiduciaire pour effectuer le trafic des paiements et payer les factures de construction, ce dernier sera considéré comme un intermédiaire financier au sens de la LBA, car il opère au nom, sur mandat et pour le compte du débiteur. 132

VII. Actes étatiques

- Les actes étatiques ne sont en principe pas soumis à la LBA dès lors qu'ils relèvent de la souveraineté de l'Etat, même si l'activité concernée constitue en soi une intermédiation financière. En revanche, si l'Etat intervient comme intermédiaire financier en dehors de son domaine de souveraineté, la LBA s'applique. 133
- Les principales obligations imposées par la LBA n'ont de sens que si un contrat est conclu. L'Etat ne peut donc être soumis à la LBA que s'il conclut des contrats dans le cadre de l'activité exercée en dehors de son domaine de souveraineté. Peu importe à cet égard qu'il s'agisse de contrats de droit privé ou de droit administratif. 134
- La forme organisationnelle précise de l'entité chargée de missions de service public est sans incidence sur l'applicabilité de la LBA. Des structures privées peuvent se voir confier de telles missions par la loi, par un acte de puissance publique ou sur la base d'un contrat de droit administratif. 135
- Il convient donc d'examiner au cas par cas si l'activité relève de la souveraineté de l'Etat ou pas. Les indices suivants signalent une activité de puissance publique non soumise à la LBA : 136
- Une autorité ou une organisation s'est vu confier ou autoriser l'activité d'intermédiation financière sur la base d'un texte légal explicite, d'un acte de puissance publique ou d'un contrat de droit administratif. Il convient alors de vérifier au cas par cas si les échelons réglementaires et les conditions de délégation ont été respectés. 137
 - En cas de manque de coopération, l'autorité ou l'organisation autorisée à exercer l'activité d'intermédiation financière pourrait prendre par décision les mesures qui s'imposent. En dépit du contrat, il y a donc une relation de subordination entre l'autorité ou l'organisation et son cocontractant. 138
 - L'activité d'intermédiation financière menée par une autorité ou une organisation permet d'accomplir une mission relevant de sa compétence ou est étroitement liée à une telle mission. 139
 - L'autorité ou l'organisation qui effectue l'acte étatique est subordonnée à une autre autorité pour ce qui concerne la vérification des comptes. 140

Les offices de poursuite et de faillite, l'administration spéciale de la faillite (art. 241 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP; RS 281.1]), ainsi que les liquidateurs au sens de la LP (art. 317 ss) ne sont pas soumis à la LBA. C'est aussi le cas en règle générale pour des organes chargés de la liquidation de la succession (art. 516 CC) ou les organes de la tutelle (art. 360 CC). Les administrateurs d'office de la succession (art. 554 CC) et les exécuteurs testamentaires (art. 517 s. CC) ne sont pas non plus soumis à la LBA, à moins qu'ils ne fournissent des prestations d'intermédiaire financier extérieures à leur mandat, par exemple en participant à un partage successoral.

VIII. Activité d'intermédiation financière exercée à titre professionnel

A. Critères généraux (art. 7 OIF)

Sous réserve des art. 8 ss OIF, un intermédiaire financier exerce son activité à titre professionnel dès lors qu'un des critères suivants est rempli : 142

- Produit brut par année civile supérieur à 20 000 CHF (art. 7 al. 1 let. a OIF). Le produit brut se compose de toutes les recettes générées par des activités soumises à la LBA. On se base sur le produit brut hors diminutions de produits. Pour les entreprises commerciales qui établissent leur compte de résultat selon la méthode des chiffres bruts, c'est le bénéfice brut qui est déterminant. Si un intermédiaire financier fournit à la fois des prestations soumises et des prestations non soumises à la LBA, les recettes provenant de l'activité soumise à la LBA doivent être ajoutées au produit brut. Comptablement, ceci suppose de distinguer clairement entre produits d'activités soumises à la LBA et produits d'activités non soumises à la LBA. 143
- Relations d'affaires avec plus de 20 cocontractants (art. 7 al. 1 let. b OIF). 144
- Pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dont le montant dépasse 5 millions de francs à un moment donné (art. 7 al. 1 let. c OIF). 145

- Exécution de transactions dont le volume total dépasse 2 millions de CHF durant une année civile. On entend par « transaction », en général, toute forme de transformation et toute transmission de valeurs patrimoniales. L'exécution d'une transaction unique, même si elle dépasse 2 millions de CHF, ne constitue pas une activité exercée à titre professionnel. Mais à partir de la deuxième transaction, l'activité est considérée comme exercée à titre professionnel dès lors que le volume total des deux transactions représente plus de 2 millions de CHF. L'afflux de valeurs patrimoniales et les réinvestissements à l'intérieur du même dépôt ne sont pas pris en considération dans le calcul du volume de transactions visé à l'art. 7 al. 1 let. d OIF. Pour les contrats bilatéraux, seule la contre-prestation fournie par le cocontractant est prise en considération. 146

L'activité d'intermédiation financière exercée pour les institutions ou les personnes visées à l'art. 2 al. 4 LBA n'est pas prise en considération dans l'évaluation visant à déterminer si l'activité est exercée à titre professionnel ou non. 147

B. Personnes proches
(art. 7 al. 4 et 5 OIF)

(Aucune observation) 148

C. Opérations de crédit
(art. 8 OIF)

S'agissant d'un contrat de leasing, il faut prendre en compte le volume total des paiements périodiques liés au contrat. Une activité de leasing est donc exercée à titre professionnel lorsque la valeur totale de tous les contrats de leasing dépasse le seuil de 5 millions de francs, chaque contrat étant pris en compte à hauteur du volume total des entrées de fonds et à condition que le produit des intérêts dépasse 250 000 CHF. 149

Si une personne exerce simultanément des opérations de crédit et une autre activité d'intermédiation financière, les deux domaines d'activité doivent être examinés indépendamment l'un de l'autre pour déterminer s'ils sont exercés à titre professionnel. Si les critères sont remplis dans un domaine d'activité, l'activité est considérée comme étant exercée à titre professionnel dans les deux domaines et les deux domaines sont soumis à la LBA. 150

- D.** Transmission de fonds ou de valeurs
(art. 9 OIF) 151
- La transmission de fonds ou de valeurs au sens de l'art. 4 al. 2 OIF est en principe toujours considérée comme étant exercée à titre professionnel, quels que soient les volumes concernés. L'absence de seuil entend tenir compte du fait qu'il s'agit là d'une activité très propice au blanchiment d'argent. La seule exception est l'activité d'intermédiation financière exercée pour des personnes proches : en vertu de l'art. 7 al. 4 OIF, le produit brut réalisé durant une année civile doit être supérieur à 20000 CHF pour que cette activité soit considérée comme étant exercée à titre professionnel.
- E.** Activité de négoce
(art. 10 OIF) 152
- Pour l'activité de négoce au sens de l'art. 5 OIF, le critère déterminant est le bénéfice brut au lieu du produit brut mentionné à l'art. 7 al. 1 let. a OIF. Ceci s'explique par le fait que le produit brut issu de l'activité de négoce intègre la valeur des marchandises négociées ; or pour évaluer si l'activité de négoce est exercée à titre professionnel, il convient de se baser sur le spread (écart entre le prix d'achat et le prix de vente), lequel résulte du bénéfice brut.
- F.** Passage à l'activité d'intermédiaire
financier à titre professionnel
(art. 11 OIF) 153
- (Aucune observation)

IX. Délai transitoire

Les sociétés d'investissement au sens du Cm 94 bénéficient d'un délai transitoire de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente circulaire pour s'affilier à un organisme d'autorégulation au sens de l'art. 24 LBA ou demander une autorisation à la FINMA au sens de l'art. 14 LBA. 154

Rundschreiben 2011/1

«Finanzintermediation nach GwG»

Bericht der FINMA zu den Anhörungen vom 11. Juni 2010 betreffend den Entwurf des Rundschreibens 2011/1 «Finanzintermediation nach Geldwäschereigesetz»

vom 26. November 2010

1. Einleitung

Am 1. Januar 2010 ist die Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF; SR 955.071) zur Präzisierung des Geltungsbereichs von Art. 2 Abs. 3 GwG in Kraft getreten. Die VBF ermächtigt die FINMA, Ausführungen zur VBF zu erlassen. Die FINMA erachtet das Rundschreiben als geeignete Form, um die Ausführungen zur VBF festzuhalten. Die Eidgenössische Finanzverwaltung EFV hat einen Kurzkomentar zur VBF erlassen (nachfolgend «Kurzkomentar»), der einleitend auf den Unterstellungskommentar der Kontrollstelle vom 29. Oktober 2008 (nachfolgend «Unterstellungskommentar») verweist. Dies bringt zum Ausdruck, dass die frühere Unterstellungspraxis unter das Geldwäschereigesetz (GwG; SR 955.0) weitgehend beibehalten werden sollte. Dennoch brachte die VBF im Verhältnis zur früheren Praxis einige Neuerungen.

Am 11. Juni 2010 publizierte die FINMA den Entwurf zum Rundschreiben «Finanzintermediation nach Geldwäschereigesetz» auf ihrer Homepage und startete damit das Anhörungsverfahren. Zusätzlich separat angeschrieben wurden folgende Adressaten:

- Aufsichtskommission VSB
- Commission Criminalité Economique COMECO
- economiesuisse, Verband der Schweizer Unternehmen
- Finanzmarktaufsicht Liechtenstein FMA
- Forum-SRO
- Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz KSBS
- Schweizerischer Versicherungsverband SVV
- Schweizer Verband Unabhängiger Effekthändler SVUE
- SwissBanking Schweizerische Bankiervereinigung
- Swiss Funds Association SFA

- SwissHoldings, Verband der Industrie- und Dienstleistungskonzerne der Schweiz
- Treuhandkammer

Parallel dazu wurde eine Ämterkonsultation durchgeführt.

2. Eingegangene Stellungnahmen

Stellungnahmen gingen von folgenden Anhörungsteilnehmern ein: Commission Criminalité Economique COMECO, economiesuisse, Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz KSBS, Schweizerische Bankiervereinigung, SwissHoldings, Treuhandkammer. Weiter reichten die Selbstregulierungsorganisationen VQF, VSV, SRO SLV, ARIF, OAD FCT, SRO Post, SRO SBB, die USPI sowie eine Schweizer Anwaltskanzlei Stellungnahmen ein. Die Stellungnahmen sind auf der Internetseite der FINMA publiziert.

3. Ergebnis und Beurteilung

3.1 Grundsätzliches

Der grundsätzliche Tenor der eingegangenen Stellungnahmen lautete dahingehend, dass das Rundschreiben zu kurz sei, zu wenige Beispiele enthalte und deshalb für die Finanzintermediäre wenig benutzerfreundlich und schlecht verständlich sei. Bemängelt wurde auch, dass zu wenige Ausführungen des ehemaligen Unterstellungskommentars oder des Kurzkomentars übernommen wurden. Insbesondere die Ausführungen zur Finanzintermediation im Immobiliensektor wurden vermisst. Befürchtet wird, dass der Aufwand für Unterstellungsfragen bei den Selbstregulierungsorganisationen wie auch bei der FINMA stark zunimmt.

Die FINMA trägt mit der neuen Version des Rundschreibens dem Bedürfnis nach mehr praxisnahen Ausführungen und Beispielen Rechnung. So wird etwa ein eigenes Kapitel für den Immobiliensektor eingeführt. Aber auch an anderen Stellen wurden – den Stellungnahmen der Angehörten folgend – vermehrt Beispiele aufgenommen.

Der Verband Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV) brachte vor, dass das Rundschreiben eine Definition des Finanzsektors auf-führen solle. Obwohl dieser Einwand grundsätzlich berechtigt ist, wird von der Einführung einer Definition des Finanzsektors abgesehen. Art. 2 Abs. 3 GwG und VBF enthalten keine solche Definition, aber einen Katalog, der die dem GwG unterstellten Tätigkeiten um-

schreibt. Für die Beantwortung von Unterstellungsfragen unter das Geldwäschereigesetz ist eine solche Definition aus Sicht der FINMA daher nicht zwingend erforderlich.

3.2 Ausführungen des Rundschreibens zu Art. 1 VBF

3.2.1 Akzessorische Vermögensübertragung

Verschiedene Teilnehmer des Anhörungsverfahrens monierten, dass die akzessorische Vermögensübertragung präziser umschrieben werden sollte.

Würdigung

Die FINMA ist der Ansicht, dass die Anhaltspunkte für eine akzessorische Vermögensübertragung als Nebenleistung an sich präzise umschrieben sind. Sie teilt jedoch die Auffassung, dass für die Finanzintermediäre die Aufführung von Beispielen hilfreich sein kann. Die ARIF schlägt bezüglich des Kriteriums der zusätzlichen Vergütung für die akzessorische Nebenleistung (Rz. 16) vor, den Zusatz «abgesehen von den kostendeckenden Auslagen» beizufügen. Die FINMA nimmt diesen Vorschlag auf.

Fazit

Es werden vermehrt Beispiele zur «akzessorischen Vermögensübertragung als Nebenleistung» aufgeführt. So wird etwa für den Immobiliensektor, wo die Ausnahme der akzessorischen Vermögensübertragung zum Tragen kommen kann, ein eigenes Kapitel geschaffen. Dieses nimmt die Ausführungen des Unterstellungskommentars in zusammengefasster Form auf (Rz. 124 ff.).

Das Kriterium der zusätzlichen Vergütung für die akzessorische Nebenleistung (Rz. 16) erfährt eine Präzisierung, wonach für eine untergeordnete Bedeutung spricht, wenn abgesehen von den kostendeckenden Auslagen keine zusätzliche Vergütung für die Nebenleistung verlangt wird.

Zudem wird klargestellt, dass eine akzessorische Vermögensübertragung vorliegt, wenn die Anhaltspunkte kumulativ gegeben sind.

3.2.2 Hilfspersonenpraxis

Die Hilfspersonenpraxis ist in Art. 1 Abs. 2 Bst. f VBF neu auf Verordnungsstufe geregelt und enthält im Vergleich zur früheren Praxis die Änderung, dass die Exklusivitätsklausel (die Einschränkung der

Hilfspersonentätigkeit nur für einen Finanzintermediär) nur noch für das Geld- und Wertübertragungsgeschäft zur Anwendung kommt. Diesbezüglich hielt der Entwurf zum Rundschriften fest, dass diese Praxis auch gelten soll, wenn die Hilfsperson selbst Finanzintermediärin ist. Dies wurde von einer Vielzahl von Angehörten kritisiert, mit der Begründung, dass die VBF keine Rechtsgrundlage enthalte, um die Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Finanzintermediären zu regeln.

Die FINMA teilt die Auffassung, dass die Zusammenarbeit zwischen Finanzintermediären nicht im Rundschriften «Finanzintermediation nach GwG» geregelt werden kann.

Auch wurde von einem Anhörungsteilnehmer aufgebracht, dass eine Definition der Hilfsperson nützlich sein könnte, da der Begriff oftmals falsch verstanden würde.

Würdigung

Aus Sicht der FINMA enthält Art. 1 Abs. 2 Bst f VBF bereits eine ausführliche Definition der Hilfsperson. Aufgrund der Definition von Art. 1 Abs. 2 Bst. f VBF wird ersichtlich, dass diese Bestimmung insbesondere zum Zweck hat, Agentenverhältnisse (Art. 418a ff. Obligationenrecht [OR; SR 220]) im Bereich der finanzintermediären Tätigkeit nach Art. 2 Abs. 3 GwG zu regeln.

Fazit

Der letzte Satz der Rz. 21 des Rundschriftenentwurfes, der die Exklusivitätsklausel auch zwischen regulierten Finanzintermediären vorsah, wurde gestrichen. Eine entsprechende Regelung, die letztlich das sogenannte «Smurfing» über verschiedene Anbieter einschränken soll, wurde neu in die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung aufgenommen (Art. 61 Abs. 3 GwV-FINMA).

Aus den zuvor dargelegten Gründen wird auf die Einführung einer Definition der Hilfsperson im Rundschriften verzichtet.

3.3 Kredittätigkeit (Art. 3 VBF)

3.3.1 Die Tätigkeit des Kreditnehmers

Zur Nicht-Unterstellung des Kreditnehmers werden Präzisierungen in das Rundschriften eingefügt, um dem Bedürfnis der Praxis nach

mehr konkreten Beispielen zu entsprechen. Dies wird auch daher als nützlich erachtet, da zu diesem Themenbereich sehr viele Unterstellungsfragen eingehen.

Fazit

Das Rundschreiben sieht vor, dass Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, die gestützt auf Art. 3a Abs. 1 Bankverordnung Einlagen aus dem Publikum entgegennehmen dürfen sowie Kassen, für die sie vollumfänglich haften, dem GwG ebenfalls nicht unterstellt sind. Einlagen bei Vereinen und Genossenschaften sind unter den Voraussetzungen von Art. 3a Abs. 4 Bst. d BankV auch vom GwG ausgenommen. Dasselbe gilt bei Einlagen von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen sowie pensionierten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen bei ihrem Arbeitgeber (Art. 3a Abs. 4 Bst. e BankV). Sobald im Zusammenhang mit der Entgegennahme von Einlagen jedoch anderweitige finanzintermediäre Dienstleistungen im Sinne des GwG (z. B. die Vermögensverwaltung, Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr etc.) erbracht werden, entsteht eine Unterstellungspflicht. Dies entspricht der bisherigen Praxis der ehemaligen Kontrollstelle sowie der FINMA (Rz. 36).

3.3.2 Die akzessorische Kreditgewährung

In Bezug auf die dem GwG unterstellten Formen des Leasinggeschäfts gingen kontroverse Stellungnahmen ein. Während einzelne Anhörungsteilnehmer (SRO SLV) der Ansicht sind, dass sowohl das Direktleasing als auch der Abzahlungskauf dem GwG unterstellte Finanzierungsformen sind, haben sich andere Anhörungsteilnehmer (Swissholdings, ARIF) dafür ausgesprochen, dass auch die Leasinggewährung von miteinander verbundenen Konzerngesellschaften an einen Leasingnehmer als Form des Direktleasings vom GwG ausgenommen sein sollte. Die Vertreter dieser Ansicht bringen vor, dass die Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz damit von der Organisationsform des Leasinggebers abhängt.

Würdigung und Fazit

Aus Sicht der FINMA wurde diese Frage abschliessend vom Eidgenössischen Finanzdepartement dahingehend entschieden, dass Finanzgeschäfte einer Konzerngesellschaft für eine Drittpartei als Finanzintermediation gelten (Kurzkommentar zur VBF, S. 3).

Die SRO SLV erachtet die Einführung von quantitativen Kriterien für die Präzisierung der akzessorischen Kreditgewährung als notwendig. Finanzintermediäre sollen selbst abschätzen können, ob sie dem GwG unterstellt sind oder nicht. Die SRO SLV macht dafür folgenden Vorschlag: Die Kreditgewährung gilt nicht mehr als akzessorisch, wenn ein Unternehmen mit mehr als 20 Kunden Kreditverträge abschliesst, welche ein Volumen von mehr als 5 Mio. darstellen und Zinserträge von mehr als CHF 250 000 jährlich generieren.

Demgegenüber zieht Swissholdings eine Lösung ohne quantitative Schwellenwerte vor. Sollte ein Schwellenwert eingeführt werden, so könnte als Indiz das Verhältnis zwischen dem mit der Kreditierungs-Komponente erzielten Bruttoerlös und des Unternehmens- oder Segmentserlöses verwendet werden. Dabei sollte als Anhaltspunkt das Verhältnis von 10% nicht unterschritten werden.

Würdigung

Die FINMA ist der Ansicht, dass Unterstellungsfragen im Zusammenhang mit der akzessorischen Kreditgewährung grundsätzlich einzelfallweise und gestützt auf die dargelegten Anhaltspunkte beurteilt werden können. Quantitative Indizien dafür, wann von einer «akzessorischen Kreditgewährung» ausgegangen wird, können jedoch insbesondere für die Marktteilnehmer nützlich sein. Relative Kriterien sind aber zu bevorzugen, um den Begriffen «akzessorisch» und «untergeordnete Bedeutung» Rechnung zu tragen.

Fazit

Das Rundschreiben nimmt auf, dass ein Verhältnis zwischen dem mit der Kreditfähigkeit erzielten Bruttoerlös (Zinseinnahmen) und dem Unternehmensbruttoerlös (oder allenfalls dem Segmentsbruttoerlös) von 10% oder weniger als Indiz für eine akzessorische Kreditgewährung gilt (Rz. 49).

3.4 Zahlungsverkehr (Art. 4 VBF)

Bezüglich der Weiterleitungen und Überweisungen im Auftrag des Schuldners bringt die Schweizerische Bankiervereinigung vor, dass hier eine Umgehungsmöglichkeit besteht, wenn der Schuldner den Dienstleister erst nach der Weiterleitung vergütet.

Würdigung

Die FINMA erachtet eine entsprechende Präzisierung als sinnvoll.

Fazit

Um Missverständnisse zu vermeiden, wird Rz. 58 entsprechend präzisiert.

In Bezug auf die Ausnahmen von der Unterstellungspflicht für Lohnzahlungen (Rz. 60 f.) wurde von verschiedener Seite moniert, dass diese Voraussetzungen kaum je zu erfüllen sind. Insbesondere auf den Zweckverbindungsvermerk habe der Finanzintermediär keinen Einfluss.

Würdigung

Aus Sicht der FINMA genügt die jetzige Rz. 62, um eine Umgehung der Ausnahme zu verhindern.

Fazit

Das Rundschreiben führt die Rz. 54 des Rundschreibenentwurfes nicht mehr auf, da die jetzige Rz. 62 genügt, um eine Umgehung zu vermeiden.

3.5 Handelstätigkeit (Art. 5 VBF)

3.5.1 Edelmetallhandel

Aus Sicht des VSV sollte der Eigenhandel mit Bankedelmetallen über Edelmetallkonten dem GwG nicht unterstellt sein.

Würdigung

Der Unterstellungskommentar der ehemaligen Kontrollstelle erfasste mit Verweis auf das FINMA-Rundschreiben 2008/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken» sowohl den physischen Handel als auch den Handel über Edelmetallkonten. Gemäss genanntem Rundschreiben sind Edelmetallhändler dem Bankengesetz nicht unterstellt, wenn sie Edelmetallkonti physisch über das Edelmetallguthaben ihrer Kunden verfügen und den Kunden im Konkurs ein Aussonderungsrecht zusteht (Rz. 16^{bis}). Verfügen sie physisch über die Edelmetallguthaben ihrer Kunden im Sinne von Rz. 16^{bis}, sind die Edelmetallhändler lediglich dem GwG unterstellt. Führen sie Edelmetallkonten ohne physische Verfügung, zum Beispiel Goldkonten auf einer Trading Internetplattform, liegt keine Edelmetallhandelstätigkeit gemäss

Art. 2 Abs. 3 GwG vor, sondern eine Banktätigkeit. Der Eigenhandel von Bankkunden mit solchen Goldkonten kann somit nicht zu einer Unterstellung nach Art. 2 Abs. 3 GwG führen.

Fazit

Um Missverständnisse zu vermeiden, führt das Rundschreiben den Handel über Edelmetallkonten nicht mehr auf (Rz. 66 ff.).

3.5.2 Rohwarenhandel

Mehrere Anhörungsteilnehmer machten geltend, dass das Rundschreiben jeweils aufführen sollte, wann unter Art. 5 VBF nur der Fremdhandel, wann auch der Eigenhandel unterstellt sei.

Fazit

Es wird präzisiert, dass entsprechend dem Wortlaut der VBF lediglich der Handel mit Rohwaren auf fremde Rechnung unterstellt ist (Rz. 72).

3.5.3 Effektenhandel

Ein Anhörungsteilnehmer kritisierte die Formulierung im Rundschreibenentwurf, wonach sich die Ausnahme von Art. 5 Abs. 3 VBF, die den Effektenhandel ausserhalb des Geltungsbereiches des Börsengesetzes dem GwG nicht unterstellt, für Kundenhändler im Sinne von Art. 3 Abs. 5 Börsenverordnung nicht zur Anwendung kommt, da Art. 5 Abs. 3 VBF eine abschliessende Regelung enthalte.

Würdigung

Die FINMA stimmt diesem Einwand zu. Gleichwohl ist zu präzisieren, dass Kundenhändler im Sinne des Börsengesetzes dem GwG nach wie vor unterstellt sind, wenn sie zusätzlich zu ihrer Handelstätigkeit beispielsweise Vermögen verwalten, Effekten aufbewahren oder Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringen. Dann sind sie dem GwG gemäss den jeweiligen Bestimmungen unterstellt (Art. 4 und 6 VBF, Rz. 83).

Fazit

Der Abschnitt wird dementsprechend präzisiert.

3.6 Weitere Tätigkeiten (Art. 6 VBF)

3.6.1 Vermögensverwaltung und Anlageberatung

Aus den Stellungnahmen ging hervor, dass das Rundschreiben zu wenig klar präzisierte, welche Arten von Vollmachten zur Unterstellung als Vermögensverwalter führen.

Würdigung

Gemäss dem Unterstellungskommentar führte ein blosses Weiterleiten der von den Kunden getroffenen Kaufinstruktionen – beispielsweise durch Weiterleiten eines geschlossenen Couverts oder eines Fax oder E-Mails (Kundenauftrag als pdf-Dokument im Anhang) – nicht zur Unterstellung (Rz. 91). Die FINMA erachtet es als sinnvoll, entsprechende Präzisierungen in das Rundschreiben aufzunehmen.

Fazit

Das Rundschreiben nimmt die entsprechenden Ausführungen des Unterstellungskommentars zur Weiterleitung von Aufträgen auf. Auch wird präzisiert, dass Anlageberater dem GwG unterstellt sind, wenn sie als solche im Einzelfall Anlagen tätigen (Art. 6 Abs. 1 Bst. b VBF). Dies kann der Fall sein, wenn sie ermächtigt sind, dem Vermögensverwalter oder der Depotbank des Kunden Anlageaufträge zu erteilen oder über entsprechende Verwaltungsvollmachten verfügen (Rz. 96).

3.6.2 Kollektive Kapitalanlagen und Investmentgesellschaften

Die Schweizerische Bankiervereinigung und der VSV kritisieren, dass das Rundschreiben keine Ausführungen zur Unterstellung von Vermögensverwaltern ausländischer kollektiver Kapitalanlagen enthält.

Würdigung

Gemäss der Praxis der ehemaligen Kontrollstelle sowie der FINMA sind Vermögensverwalter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen mit Sitz in der Schweiz dem GwG unterstellt, soweit sie nicht vom KAG erfasst werden und die von ihnen verwaltete ausländische kollektive Kapitalanlage keiner der schweizerischen gleichwertigen Aufsicht im Sinne des KAG untersteht. Die FINMA teilt die Auffassung der Anhörungsteilnehmer, dass entsprechende Ausführungen im Rundschreiben für die Praxis nützlich sind.

Fazit

Das Rundschreiben führt aus, dass Vermögensverwalter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen dem GwG unterstellt sind, wenn die von ihnen verwaltete ausländische kollektive Kapitalanlage keiner der schweizerischen gleichwertigen Aufsicht im Sinne des KAG untersteht (Art. 2 Abs. 4 Bst d GwG; Rz. 95).

Die Unterstellung von börsenkotierten Investmentgesellschaften (Art. 2 Abs. 3 KAG) schießt aus Sicht des VQF über das Ziel hinaus, da die Meldepflichten nach Börsengesetz und die damit gemachten Angaben ausreichen. Das Erreichen bzw. das Unterschreiten des Schwellenwertes ist zudem ständigen Schwankungen unterworfen, auch ist eine Identifikation nur beschränkt möglich.

Würdigung

Aus Sicht der FINMA sind diese Einwände im Rahmen der Einhaltung der Sorgfaltspflichten zu klären. So sieht beispielsweise der Entwurf zur harmonisierten Geldwäschereiverordnung in Art. 47 vor, dass eine Identifizierungspflicht bei börsenkotierten Investmentgesellschaften erst bei Erreichen des meldepflichtigen Grenzwertes von 3% besteht. Der Schwierigkeit der Identifizierung und dem aufgrund der Börsenaufsicht niedrigeren Geldwäschereirisiko wird im Rahmen des Entwurfs zur harmonisierten Geldwäschereiverordnung Rechnung getragen. Im Rahmen der Identifizierung kann auf die Vorlage einer Echtheitsbestätigung der Kopie des Identifikationsdokumentes verzichtet werden. Im Übrigen verfolgen jedoch die Meldepflichten nach Börsengesetz und die Identifizierungspflichten nach dem Geldwäschereigesetz unterschiedliche Zielsetzungen, weshalb an der Unterstellung von börsenkotierten Investmentgesellschaften unter das Geldwäschereigesetz festgehalten wird.

Fazit

Die FINMA hält an der Unterstellung von börsenkotierten Investmentgesellschaften im Sinne von Art. 2 Abs. 3 KAG unter das GwG fest. Da die Umsetzung der Unterstellung von Investmentgesellschaften unter das Geldwäschereigesetz von der ehemaligen Kontrollstelle offen gelassen worden war, rechtfertigt es sich, den betroffenen Investmentgesellschaften eine Übergangsfrist von sechs Monaten ab Inkrafttreten des Rundschreibens zu gewähren, um sich einer Selbstregulierungsorganisation anzuschliessen oder bei der FINMA eine Bewilligung zu beantragen (Rz. 154).

3.6.3 Aufbewahrung von Effekten

Von mehreren Anhörungsteilnehmern wurde gefordert, dass im Zusammenhang mit der Aufbewahrung von Effekten (Art. 6 Abs. 1 Bst. c VBF) und im Zusammenhang mit Gesellschaftsgründungen zu klären ist, was unter Effekten zu verstehen ist.

Würdigung

Der Unterstellungskommentar präziserte, dass dabei der Effektenbegriff der Börsengesetzgebung zur Anwendung gelangt. In diesem Zusammenhang ist keine Praxisänderung beabsichtigt. Auch soll die Ausnahme bestehen bleiben, dass die Aufbewahrung von Effekten durch einen Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen nicht unterstellt ist, sofern Effekten aus dem Eigenbestand oder aus einer Selbstemission ausgegeben werden und Lohnbestandteile darstellen.

Fazit

Das Rundschreiben nimmt die diesbezüglichen Ausführungen des Unterstellungskommentars auf (Rz. 97 f.) und präzisiert, dass die Aufbewahrung von Effekten im Sinne von Art. 2 Bst. a des Börsengesetzes (BEHG; SR 954.1) dem GwG unterstellt ist.

Auch wird eine vom VQF aufgeworfene Frage bezüglich der Unterstellung von Aktienregister bzw. Aktienbücher in dem Sinne in das Rundschreiben aufgenommen. Das Rundschreiben präzisiert in Rz. 99, dass die reine Führung eines Aktienregisters ohne die Aufbewahrung der Titel dem GwG nicht unterstellt ist.

3.6.4 Organtätigkeit für Sitzgesellschaften

Mehrere Anhörungsteilnehmer brachten vor, dass der Begriff der Sitzgesellschaft nicht der Definition in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten (VSB 08) entspreche.

Würdigung

Die im Rundschreiben aufgenommene Definition ist mit derjenigen in Art. 6 Abs. 2 VBF identisch. Die FINMA zieht die Anlehnung an die VBF für Fragen der Unterstellung vor.

Fazit

Da es sich beim Rundschreiben um Ausführungen zur VBF handelt, wird diese Definition beibehalten (Rz. 102).

Zudem gingen verschiedene Bemerkungen zu den als Sitzgesellschaften qualifizierten Konstruktionen ein: So betrachtete der VSV die Ausführungen zum Protector als irreführend.

Würdigung

Die FINMA hält an ihrer Praxis betreffend der Unterstellung von Protectors unter das Geldwäschereigesetz fest. Der Wortlaut des Abschnitts wird jedoch präzisiert. Der Protector ist grundsätzlich nur dann dem GwG unterstellt, wenn seine Befugnisse gleich dem Trustee so weit gehen, dass er Verfügungsbefugnis über die vom Trust gehaltenen Vermögenswerte hat und Anordnungen treffen kann, die sich direkt auf das Trustvermögen auswirken können. Das Auswechseln des Trustees fällt nicht darunter.

Fazit

Der Abschnitt (Rz. 106) im Rundschreiben wird entsprechend präzisiert.

Die USPI sowie die ARIF kritisieren die Praxis der FINMA, wonach Immobiliengesellschaften als Sitzgesellschaften gelten, falls der einzige Vermögenswert der Immobiliengesellschaft eine oder mehrere Immobilien darstellen und diese nicht von der Immobiliengesellschaft selbst verwaltet werden.

Würdigung

Aus Sicht der FINMA rechtfertigt es sich, Immobiliengesellschaften, die als Vermögenswerte einzig Immobilien halten, diese jedoch nicht selbst verwalten, wie Sitzgesellschaften zu behandeln.

Fazit

Diesbezüglich ist keine Praxisänderung beabsichtigt, die Unterstellung der Immobiliengesellschaften wird im Kapitel zur Finanzintermediation im Immobiliensektor präzisiert (Rz. 128).

Der VSV kritisiert, dass Trustees von Trusts mit einer ideellen Zweckgestaltung nicht ähnlich den Stiftungen und Vereinen vom Begriff der Sitzgesellschaft ausgenommen sind.

Würdigung

Die Tätigkeit des Trustee ähnelt jedoch eher der des Vermögensverwalters. Auch dieser ist bei der Vermögensverwaltung einer gemeinnützigen Stiftung oder eines gemeinnützigen Vereins dem GwG unterstellt.

Fazit

Die Ausführungen zur Unterstellung des Trustees werden beibehalten.

3.6.5 Anwälte und Notare

Gemäss SAV geht das Erfordernis des kantonalen Registereintrages als Voraussetzung für die Ausnahme der Unterstellung von Anwälten zu weit, massgebend sei einzig, ob sich der Anwalt bzw. die Anwaltschaftigkeit vom Berufsgeheimnis von Art. 321 StGB erfasst sei oder nicht.

Würdigung und Fazit

Die bisherige Praxis hat sich bewährt und wird deshalb beibehalten. In Bezug auf die Unterstellung des Anwaltes als Escrow Agent führte der SAV aus, dass die von der FINMA vorgeschlagene Praxis zu weit gehe. Der Anwalt wird bei Escrow Geschäften aufgrund seiner Qualitäten der Unabhängigkeit und der Tatsache, dass er einer staatlichen Aufsicht unterstehe, beauftragt. Der Anwalt sollte deshalb auch als Escrow Agent dem GwG nicht unterstehen, wenn er als solcher aufgrund seiner Funktion als Anwalt ausgewählt wurde. Swissbanking ist ebenfalls der Ansicht, dass die Tätigkeit als Escrow Agent für einen Anwalt nie zur Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz führen sollte.

Eine Schweizer Anwaltskanzlei schlägt vor, dass Anwälte als Escrow Agent vom GwG ausgenommen sein sollen, wenn sie gleichzeitig eine Partei des Grundgeschäfts beraten oder vertreten. Ist der Anwalt unbeteiligter Dritter und als Escrow Agent beauftragt, ist er nicht unterstellt, wenn das juristische Fachwissen des Anwaltes für die korrekte Abwicklung des Escrow Agreements erforderlich ist. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn der Escrow Agent bei der Verfügung über die Herausgabe eine rechtliche Prüfung vornehmen muss.

Würdigung

Die FINMA vertritt die Ansicht, dass die Tätigkeit des Escrow Agent durch einen Anwalt zur Unterstellung unter das GwG führen kann.

Fazit

Die FINMA schlägt vor, die Formulierung möglichst zu vereinfachen und generell darauf abzustellen, ob die Tätigkeit als Escrow Agent in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten juristischen Auftrag steht. Ist dies der Fall, so ist der Anwalt als Escrow Agent grundsätzlich dem GwG nicht unterstellt. Ausnahmsweise kann in solchen Fällen die Tätigkeit des Escrow Agents doch unterstellt werden, wenn das anwaltliche Fachwissen klar nicht benötigt wird wie z. B. für die Abwicklung von einfachen Standardverträgen. Ist der Anwalt unbeteiligter Dritter und als Escrow Agent beauftragt, ist er grundsätzlich unterstellt, es sei denn, das juristische Fachwissen des Anwaltes für die korrekte Abwicklung des Escrow Agreements ist erforderlich (Rz. 119 ff.).

3.6.6 Finanzintermediation im Immobiliensektor

Von vielen Angehörten wurden präzisere Ausführungen über die Unterstellung von Zahlungen im Immobiliensektor vermisst, wie sie im Unterstellungskommentar enthalten waren.

Würdigung

Grundsätzlich wurde die bestehende Praxis beibehalten. Gewisse Zahlungsflüsse im Immobiliensektor können neu unter die akzessorische Vermögensübertragung nach Art. 1 Abs. 2 Bst. c VBF subsumiert werden. Beispielsweise kann gestützt darauf auch die Vornahme von Zahlungsanweisungen und Abschlüssen der Unternehmer- und Lieferantenrechnungen im Rahmen der Bauleitung durch Architekten und Ingenieure als akzessorisch qualifiziert werden (vgl. Leistungsbeschreibung nach SIA 102, Punkt 4.4). Der Bautreuhänder bleibt jedoch dem GwG grundsätzlich nach wie vor unterstellt, da die Zahlungsabwicklung hier nicht von untergeordneter Bedeutung ist (Rz. 132).

Fazit

Das Rundschreiben nimmt unter Berücksichtigung der vorgenannten Änderungen einige Ausführungen des Unterstellungskommentars in zusammengefasster Form in einem eigenen Kapitel «Finanzintermediation im Immobiliensektor» wieder auf (Rz. 124 ff.)

3.7 Staatliches Handeln

Auch hier bedauerten die Angehörten, dass die im Unterstellungskommentar aufgeführten Beispiele nicht in das Rundschreiben aufgenommen wurden.

Fazit

Das Rundschreiben fasst neu in einem Abschnitt die Beispiele des Unterstellungskommentars zusammen (Rz. 141).

3.8 Berufsmässigkeit

Swissbanking brachte vor, dass unter dem Titel «nahestehende Personen» im Sinne von Art. 7 Abs. 5 VBF bezüglich Family Offices eine Klarstellung notwendig sei, da in der Praxis Auslegungsprobleme bestünden. Unklar sei, ob ein Family Office dem GwG auch unterstellt sei, wenn es sich nur um das Vermögen einer Familie kümmere (sog. «Single Family Office»), aber keine verwandtschaftlichen Beziehungen bestünden.

Würdigung

Aus Sicht der FINMA ist die Rechtslage klar. Gestützt auf den Wortlaut der VBF wird deutlich, dass die Aufzählung in Art. 7 Abs. 5 abschliessend ist. Ein Family Office ist daher bei Ausübung von finanzintermediären Tätigkeiten immer unterstellt, wenn keine verwandtschaftlichen Beziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 5 VBF bestehen, unabhängig davon, ob die Dienstleistung für eine oder mehrere Familien erbracht wird.

Fazit

Aus Sicht der FINMA erübrigen sich aus diesen Gründen diesbezügliche Ausführungen im Rundschreiben.

4. Weiteres Vorgehen

Das Rundschreiben wird keinen grundsätzlichen Änderungen unterzogen. Berücksichtigt wird jedoch das Anliegen der Praxis nach mehr praktischen und anschaulichen Beispielen, damit nicht in jedem Fall eine Unterstellungsfrage eingereicht werden muss.

Das Rundschreiben 2011/1 «Finanzintermediation nach GwG» ersetzt den Unterstellungskommentar der ehemaligen Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Praxis der Kontrollstelle

für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG vom 29. Oktober 2010).

Die FINMA schliesst nicht aus, für häufige Unterstellungsfragen FAQ zu verfassen.

Abkürzungsverzeichnis

ARIF	Association Romande des Intermédiaires Financiers
BA	Bundesanwaltschaft
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen
BankV	Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel
BEHV	Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel
BJ	Bundesamt für Justiz
COMECO	Commission Criminalité Economique
DUFI	Der FINMA direkt unterstellte Finanzintermediäre
economiesuisse	Verband der Schweizer Unternehmen
EFV	Eidgenössische Finanzverwaltung
E-GwV bzw. E-GwV-FINMA	Entwurf vom 8. Juni 2010 zur Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Forum-SRO	Forum Schweizer Selbstregulierungsorganisationen
GwG	Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor
KAG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen
KKV	Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen
KSBS	Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz
Kst GwG	Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei
MROS	Meldestelle für Geldwäscherei
OAD FCT	Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SIF	Staatssekretariat für internationale Finanzfragen
SRO	Selbstregulierungsorganisation

SRO SBB	Selbstregulierungsorganisation der Schweizerischen Bundesbahnen
SRO Post	Selbstregulierungsorganisation der Schweizerischen Post
SRO/SLV	Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbandes
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
Swissholdings	Verband der Industrie- und Dienstleistungskonzerne der Schweiz
USPI	Union suisse des professionnels de l'immobilier
VBF	Verordnung vom 18. November 2009 über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation
VQF	Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen
VS8	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
VSV	Verband Schweizerischer Vermögensverwalter

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 »

du 26 novembre 2010

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 nécessaire 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 Cm 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 Négocier de matières premières

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

Conclusion

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

3.5.3 Négocier 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-assujétiement 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 assujétiés 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'assujétiement 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 soumis à la LBA. 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 stan-

dardisés 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'assujettissement 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).

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 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)