

5 décembre 2016

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

Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative à la révision partielle du champ d'application territorial de la circulaire 2011/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA », qui a eu lieu du 11 juillet au 5 septembre 2016

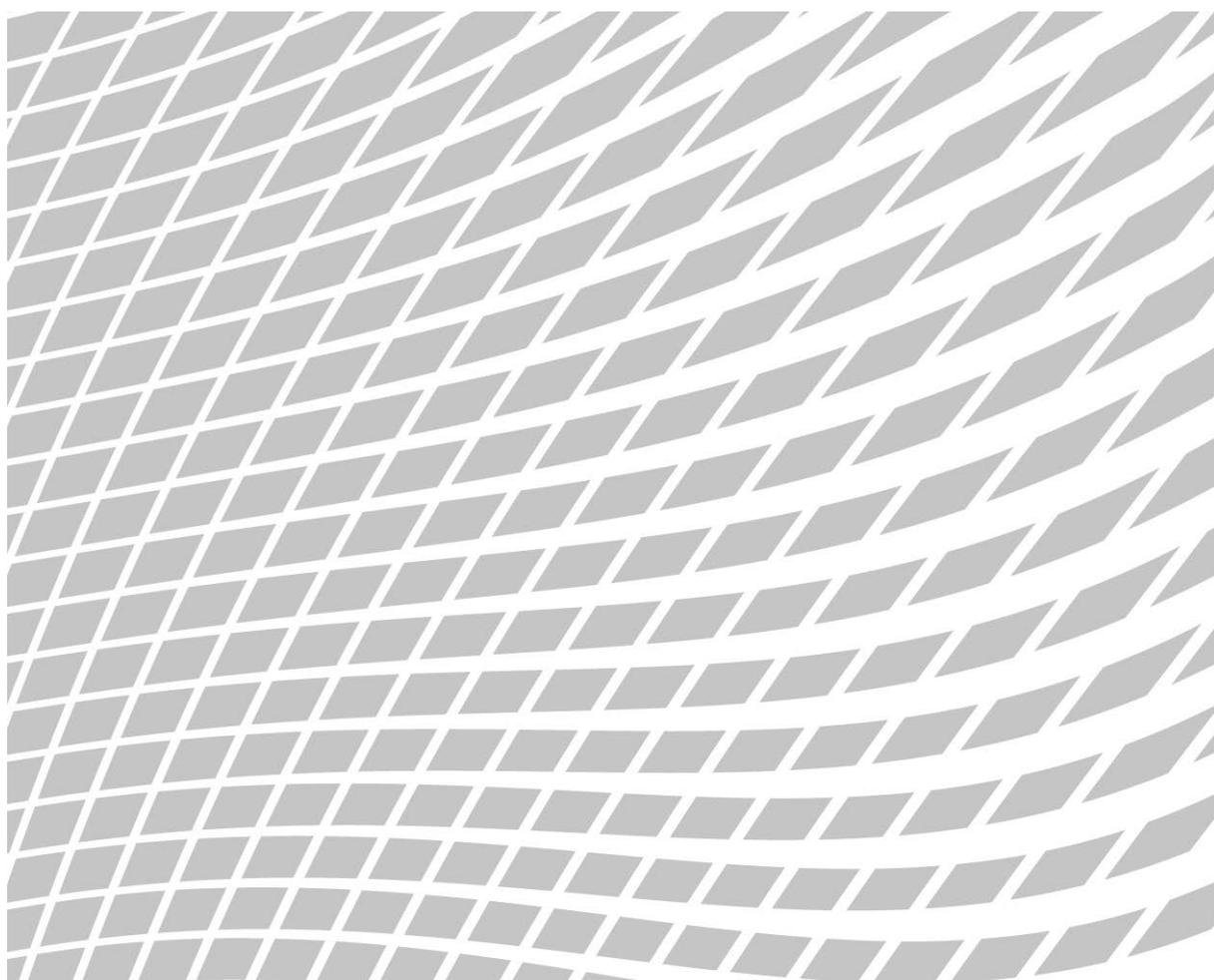


Table des matières

Eléments essentiels	3
1 Introduction	4
2 Prises de position reçues	4
3 Résultats de l'audit et évaluation par la FINMA	5
3.1 Constellations 1 et 2 : domicile, siège et succursale de fait (Cm 28.2 et 28.3)	5
3.2 Constellation 3 : activité pour le compte d'un intermédiaire financier étranger (Cm 28.4).....	6
3.3 Cas de figure (Cm 28.5 et 28.6)	9
4 Suite de la procédure	9

Eléments essentiels

En principe, les Cm 28.2 et 28.3 du projet soumis à audition ont été accueillis favorablement par les participants à l'audition. Des modifications ont toutefois été apportées à des fins de précision. Au Cm 28.2, le siège a été remplacé par l'inscription au registre du commerce. Au Cm 28.3, le terme « durablement » a été ajouté en tant qu'élément constitutif de l'activité exercée en Suisse ou depuis la Suisse. En outre, d'autres explications relatives à la succursale de fait ont été insérées.

La plupart des prises de position concernent le Cm 28.4. Tandis qu'une majorité des participants à l'audition a demandé de supprimer ou de préciser le Cm 28.4, d'autres ont estimé que cette constellation n'allait pas assez loin. Une interprétation extensive du champ d'application territorial de l'OBA dans une circulaire n'est pas indiquée au regard de la législation sur les marchés financiers dans son ensemble. La réglementation relative au champ d'application territorial en vigueur jusqu'ici a fait ses preuves, raison pour laquelle celui-ci repose sur le domicile, l'inscription au registre du commerce ou la succursale de fait. A des fins de clarification, le Cm 28.4 ne constitue plus un paragraphe distinct comme avant, mais est présenté par rapport à la succursale de fait et accompagné d'explications supplémentaires.

Désormais, le champ d'application territorial est réglé comme suit :

Un intermédiaire financier exerce son activité en Suisse ou depuis la Suisse au sens de l'art. 2 al. 1 let. a OBA

- 1) s'il a un domicile en Suisse ou est inscrit au registre du commerce en Suisse ; ou
- 2) s'il emploie en Suisse des personnes qui exécutent ou concluent durablement pour lui des affaires d'intermédiaire financier en Suisse ou depuis la Suisse ou qui peuvent l'engager juridiquement à de telles affaires (succursale de fait). Sont considérées comme telles les agences appartenant à des sociétés constituées selon le droit étranger et dont le siège principal est situé à l'étranger, mais qui exercent en Suisse une activité soumise à autorisation sans avoir fondé formellement une succursale (cf. ATF 130 II 351, consid. 5.1, p. 362).

Entrent également dans la catégorie de succursale de fait les personnes qui aident durablement l'intermédiaire financier étranger à exécuter une part importante de l'activité d'intermédiaire financier, en Suisse ou depuis la Suisse, par exemple en recevant ou en remettant des valeurs patrimoniales ou en fournissant la prestation d'intermédiaire financier.

1 Introduction

Du 11 juillet au 5 septembre 2016, la FINMA a mené une audition relative au projet de révision partielle de la circulaire 2011/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA ». L'information concernant l'audition a été publiée sur le site Internet de la FINMA à l'adresse de tous les milieux intéressés.

Une révision de la circulaire 2011/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA » s'est avérée nécessaire car le Conseil fédéral a abrogé au 1^{er} janvier 2016 l'ancienne ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF ; RS 955.071) et l'a intégrée dans l'ordonnance du 11 novembre 2015 sur le blanchiment d'argent (OBA ; RS 955.01).

La modification la plus significative introduite par la nouvelle ordonnance (OBA) tient dans la formulation retenue pour définir le champ d'application territorial. L'OBA s'applique aux « intermédiaires financiers [...], qui exercent leur activité en Suisse ou depuis la Suisse [...] » (art. 2 al. 1 let. a OBA). Cette formulation appelle une modification du Cm 28 de la circulaire.

Le présent rapport expose, sous une forme générale et résumée, les avis émis par les participants à l'audition relative au projet soumis à audition et commente certaines dispositions lorsque cela s'avère nécessaire. Comme indiqué dans l'information relative à l'audition et dans le rapport explicatif correspondant, l'audition s'est limitée à la modification relative au champ d'application territorial selon l'art. 2 al. 1 let. a OBA, c'est-à-dire aux Cm 28.1 à 28.6 de la circulaire. Les prises de position concernant d'autres chiffres marginaux ne sont pas traitées dans le présent rapport.

2 Prises de position reçues

Les personnes et les institutions suivantes (mentionnées par ordre alphabétique) ont participé à l'audition et adressé une prise de position à la FINMA :

- Association Romande des Intermédiaires Financiers (ARIF)
- Association Suisse des Sociétés de Leasing (OAR/ASSL)
- Bär & Karrer SA
- Forum Suisse des organismes d'autorégulation (Forum OAR)
- Organisme d'autorégulation de la Fédération Suisse des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires (OAR FSA/FSN)
- Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances (OA-ASA)
- Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT)
- paysafecard.com Schweiz GmbH
- Swiss Finance + Technology Association

- Swiss Payment Association
- Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen, VQF
- VISCHER SA

3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

Les résultats de l'audition et leur appréciation par la FINMA sont présentés ci-après. L'ordre de présentation des thèmes suit celui des chiffres marginaux de la circulaire.

3.1 Constellations 1 et 2 : domicile, siège et succursale de fait (Cm 28.2 et 28.3)

Prises de position

Le projet soumis à audition a reçu un accueil favorable de la part des participants à l'audition s'agissant de l'abrogation de l'art. 2 al. 1 let. a et b OIF.

Deux participants ont proposé d'intégrer dans la circulaire des conditions élémentaires telles que le caractère durable de la prestation d'intermédiaire financier exercée en Suisse ou depuis la Suisse, à des fins de clarification.

Appréciation

Il convient de préciser au Cm 28.2 qu'une succursale inscrite au registre du commerce relève également de la constellation 1.

Conformément à sa pratique et comme exposé dans le rapport explicatif, la FINMA se fonde sur les règles légales spéciales (telles que l'art. 2 de l'ordonnance de la FINMA sur les banques étrangères [OBE-FINMA ; RS 952.11]) afin de ne pas aboutir à des résultats incongrus et impraticables. Par conséquent, le Cm 28.3 a été complété en ajoutant la durabilité en tant qu'élément constitutif de l'activité exercée en Suisse ou depuis la Suisse. Il convient de noter que des faits visant à contourner la loi tels que des voyages répétés en Suisse dans le but d'exercer des activités d'intermédiaire financier peuvent correspondre au critère de la durabilité. Enfin, d'autres explications relatives à la succursale de fait, qui ne figuraient jusqu'ici que dans le rapport explicatif, ont été ajoutées.

Conclusion

Au Cm 28.2, le siège a été remplacé par l'inscription au registre du commerce.

Au Cm 28.3, le terme « durablement » a été ajouté en tant qu'élément constitutif de l'activité exercée en Suisse ou depuis la Suisse. En outre, d'autres explications relatives à la succursale de fait ont été insérées.

3.2 Constellation 3 : activité pour le compte d'un intermédiaire financier étranger (Cm 28.4)

Prises de position

La plupart des prises de position concernent le Cm 28.4. Tandis qu'une majorité des participants à l'audition a demandé de supprimer ou de préciser la constellation 3, d'autres ont estimé que celle-ci n'allait pas assez loin.

Les participants qui plaident en faveur d'une interprétation plus large de la constellation 3 (Cm 28.4) font valoir le fait que l'acceptation de fonds ou la distribution de cartes à prépaiement, par exemple, ne doivent pas être les seules activités considérées comme constituant une part importante de l'activité d'intermédiaire financier ; l'activité de distribution pour le compte d'un intermédiaire financier étranger (par ex. la mise à disposition, la création ou la distribution de formulaires de demande ou de matériel publicitaire) doit également être considérée comme telle. Ils jugent inconcevable qu'un intermédiaire financier étranger soit soumis à la loi sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0) s'il recourt à un auxiliaire domicilié en Suisse pour exécuter une part de son activité d'intermédiaire financier alors qu'il n'y serait pas soumis s'il exerçait la même activité en proposant ses propres services sur Internet. Il faut s'attendre à ce que le nombre d'intermédiaires financiers étrangers opérant sur le marché suisse augmente encore. Ces intermédiaires commercialiseront leurs services en Suisse principalement par l'intermédiaire d'Internet. En l'absence d'une présence physique en Suisse, ils ne seraient toutefois pas assujettis à la surveillance de la FINMA et ne seraient donc pas tenus de se soumettre aux prescriptions de la législation suisse sur le blanchiment d'argent. En revanche, un intermédiaire financier sis en Suisse qui s'adresse à des clients situés à l'étranger via Internet peut se voir soumis à l'obligation d'assujettissement. Etant donné que le champ d'application territorial défini dans les législations étrangères est plus large que celui de la législation suisse sur le blanchiment d'argent, cela risquerait d'induire une discrimination vis-à-vis des concurrents étrangers dans la mesure où ceux-ci seraient soumis à moins d'exigences réglementaires. En lieu et place d'une présence physique, c'est le lieu d'exécution de la prestation qui devrait servir de critère déterminant pour le champ d'application territorial s'agissant des prestataires étrangers offrant leurs services sur Internet.

D'autres participants à l'audition, notamment plusieurs OAR (Forum OAR inclus), déplorent le fait que la constellation 3 (Cm 28.4) va trop loin et estiment qu'elle ne correspond pas au rapport explicatif du DFF concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent¹. En outre, son libellé, jugé peu explicite, consiste en une clause générale qui recoupe aussi les constellations 1 et 2. Selon eux, il n'est pas certain qu'une meilleure qualité de l'activité des intermédiaires financiers concernés puisse être obtenue, car ceux-ci sont déjà assujettis à un organe de surveillance dans le pays où ils ont leur siège (problématique de la double surveillance). Par ailleurs, la façon dont la Suisse entend imposer des éventuelles décisions de sanction à l'étranger n'est pas claire. En outre, selon les termes du rapport explicatif, le suivi de clients d'un intermédiaire financier étranger par des personnes domiciliées en Suisse entraîne une obligation d'assujettissement. De plus, admettre a contrario que le suivi de clients

¹ Rapport explicatif du Département fédéral des finances daté du 11 novembre 2015 concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) – mise en œuvre des recommandations du GAFI.

suisses d'un intermédiaire financier étranger par des personnes domiciliées à l'étranger (frontaliers) n'entraîne pas d'obligation d'assujettissement relèverait d'une interprétation contradictoire.

Par ailleurs, un participant à l'audition a suggéré que le Cm 28.4, à l'instar du critère de durabilité, devait également mentionner le caractère important de l'activité d'intermédiaire financier comme élément constitutif de l'activité exercée en Suisse ou depuis la Suisse.

Enfin, il a été proposé que seul l'auxiliaire, et non l'intermédiaire financier étranger, doive être assujetti à la LBA, car cela reviendrait à fonder une succursale de fait en Suisse et les intermédiaires financiers étrangers seraient soumis, dans l'Etat où ils ont leur siège, à une surveillance en matière de blanchiment d'argent équivalente à celle exercée en Suisse (par ex. dans les Etats de l'UE).

Appréciation

En résumé, une partie des participants à l'audition plaide en faveur d'une interprétation plus large de l'OBA que celle de la FINMA tandis que l'autre partie est pour une interprétation plus restrictive.

D'une manière générale, les services proposés exclusivement par le biais d'Internet sont en augmentation dans le secteur financier. Avoir une présence physique dans un pays donné pour offrir des services d'intermédiaire financier est une exigence qui tend à perdre en importance. La FINMA doit toutefois tenir compte du fait que l'OBA est imbriquée dans l'ensemble de la législation sur la surveillance. La raison pour laquelle le champ d'application territorial de la législation sur le blanchiment d'argent ne peut aller au-delà de celui des lois spéciales de rang supérieur a déjà été exposée au point 2.5 du rapport explicatif. Si l'on acceptait d'élargir le domaine d'application de façon à ce que le champ d'application territorial selon l'OBA aille au-delà de celui de l'OBE-FINMA, les banques étrangères qui proposent par exemple des services dans le domaine du trafic des paiements à des clients suisses devraient s'affilier à un organisme d'autorégulation selon l'art. 14 LBA ou demander à la FINMA l'autorisation d'exercer en qualité d'intermédiaire financier directement soumis à la surveillance de celle-ci. Dans ces cas, elles devraient s'inscrire au registre du commerce en Suisse, ce qui constituerait une violation de la législation sur les banques. Une modification aussi substantielle du champ d'application territorial devrait être inscrite dans le droit de rang supérieur.

La constellation 3 (Cm 28.4) est une forme subsidiaire de la constellation 2 (Cm 28.3). La constellation 2 (Cm 28.3) correspond typiquement à la situation dans laquelle un intermédiaire financier étranger engage des personnes en Suisse et occupe des bureaux, mais n'est pas inscrit au registre du commerce en Suisse. La constellation 3 (Cm 28.4), en revanche, est censée couvrir les cas où des personnes ayant leur siège ou leur domicile en Suisse agissent en tant que représentants pour un intermédiaire financier étranger. Le but de cette constellation (Cm 28.4) n'est pas d'introduire une clause générale, contrairement à la critique émise par plusieurs participants à l'audition. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il a été précisé dans le rapport explicatif que la part de l'activité d'intermédiaire financier réalisée devait être importante pour être couverte par cette constellation.

Dans le cadre de la constellation 3 (Cm 28.4), le contrat n'est conclu qu'entre le client suisse et l'intermédiaire financier étranger. La conclusion du contrat ne doit pas forcément être effectuée par l'intermédiaire d'un représentant, mais peut également avoir lieu par le biais d'Internet. Parallèlement,

l'intermédiaire financier étranger a cependant besoin de représentants établis en Suisse pour réaliser une part importante de son activité d'intermédiaire financier. Il peut s'agir par exemple d'une société étrangère qui distribue des cartes prépayées et est représentée, pour la distribution des cartes en Suisse, par une société qui exploite déjà un réseau d'agences en Suisse, ou qui utilise ce réseau pour recevoir des fonds.

La notion d'auxiliaire est établie depuis longtemps dans la réglementation sur le blanchiment d'argent et figure à l'art. 2 al. 2 let. b OBA. L'exception faite pour les auxiliaires au regard de l'assujettissement à la LBA ne s'applique toutefois qu'aux auxiliaires d'intermédiaires financiers suisses. Si l'intermédiaire financier étranger ne possède pas d'autorisation de la FINMA et n'est pas affilié à un OAR, tous les auxiliaires travaillant pour lui devraient, pour ne pas exercer leur activité sans droit, opérer en Suisse en leur propre nom et déposer une demande d'autorisation individuellement auprès de la FINMA ou s'affilier à un OAR.

Si les personnes agissent en Suisse ou depuis la Suisse en tant que représentants de l'intermédiaire financier étranger, ce dernier entre dans le champ d'application territorial de l'OBA. Si, en outre, il dépasse le seuil déterminant pour une activité à titre professionnel en Suisse, il doit s'affilier à un OAR conformément à l'art. 14 LBA ou déposer une demande d'autorisation auprès de la FINMA en qualité d'intermédiaire financier directement soumis à la FINMA et s'inscrire au registre du commerce. Dans le cas contraire, il exerce une activité en Suisse sans droit. Le législateur a donc prévu une obligation de fonder une succursale. Il est courant que des intermédiaires financiers actifs à l'échelle internationale soient soumis de la sorte à plusieurs autorités de surveillance. La problématique de l'application des décisions de sanctions à l'étranger, soulevée durant l'audition, ne se pose donc pas.

L'interprétation contradictoire réprouvée par certains participants à l'audition n'est pas identifiable. Une personne domiciliée à l'étranger qui propose des services d'intermédiaire financier durablement en Suisse et qui y possède des bureaux n'est pas exclue du champ d'application de la LBA, mais est considérée, au regard de la constellation 2, comme opérant en Suisse à titre de succursale de fait.

Les prises de position ont montré que certains participants à l'audition n'ont pas fait la même interprétation de la constellation 3 (Cm 28.4) que la FINMA. La constellation 3 (Cm 28.4) étant une forme subsidiaire de la constellation 2 (Cm 28.3), elle ne constitue plus un paragraphe distinct, mais est introduite en référence à la constellation 2, à des fins de clarification. De plus, le critère de l'importance est intégré comme élément constitutif de l'activité exercée en Suisse ou depuis la Suisse, pour plus de clarté.

Conclusion

Une interprétation extensive du champ d'application territorial de l'OBA dans une circulaire n'est pas indiquée au regard de la législation sur les marchés financiers dans son ensemble. La réglementation relative au champ d'application territorial en vigueur jusqu'ici a fait ses preuves, raison pour laquelle celui-ci repose sur le domicile, l'inscription au registre du commerce ou la succursale de fait. A des fins de clarification, le Cm 28.4 ne constitue plus un paragraphe distinct, mais est introduit en référence à la succursale de fait et accompagné d'explications supplémentaires.

3.3 Cas de figure (Cm 28.5 et 28.6)

Prises de position

Un participant à l'audition a émis le souhait de supprimer le contenu du Cm 28.5 et, afin d'éviter les malentendus, de préciser les faits concernant l'agent en lieu et place des explications.

En outre, il a été proposé d'ajouter un chiffre marginal concernant les activités transfrontières temporaires, à des fins de précision, et d'intégrer dans la circulaire des explications essentielles figurant dans le rapport explicatif, telles que celles concernant l'offre en ligne d'un intermédiaire financier étranger.

Appréciation

Les explications évoquées ci-dessus concernant le Cm 28.4 indiquent la façon dont la FINMA interprète le champ d'application et quel fait entre dans le cadre du champ d'application territorial s'agissant des agents.

Le critère de la durabilité de l'activité, nouvellement introduit au Cm 28.3 en tant qu'élément constitutif de l'activité exercée en Suisse ou depuis la Suisse, exclut d'emblée toute activité transfrontière temporaire. Il n'est donc pas nécessaire d'apporter des explications supplémentaires. En revanche, il s'avère justifié de mentionner également dans la circulaire l'exemple de l'offre en ligne d'un intermédiaire financier étranger.

Enfin, des exemples supplémentaires ont été intégrés afin de mieux illustrer le cas.

Conclusion

Les cas de figure existants ont été complétés par d'autres exemples.

4 Suite de la procédure

La version révisée de la circulaire 2011/1 de la FINMA « Activité d'intermédiaire financier selon la LBA » entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2017.