



Bref commentaire

de

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

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 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 assujetti à la loi. L'OIF énonce

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

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 assujetties 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 du 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 standardisation si élevé 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 substituts 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 écoulée; 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 régleme 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.