



Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 - CH - 1204 Genève

Tél. 022 310 07 35 - Fax 022 310 07 39 - www.arif.ch - e-mail: info@arif.ch

TVA n° CHE-101.192.434

AUTORITÉ FÉDÉRALE DE
SURVEILLANCE DES MARCHÉS
FINANCIERS FINMA
Laupenstrasse 27
CH-3003 Berne

luciano.donati@finma.ch

Genève, le 7 avril 2015

Concerne: révision totale de l'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA FINMA)

Messieurs,

L'ARIF vous communique ses observations sur le projet d'OBA FINMA. Pour la commodité, nos remarques suivent la systématique du texte légal.

A titre préliminaire, l'ARIF insiste sur le fait que la LBA, et a fortiori l'OBA FINMA, ne sont pas des textes légaux qui trouvent en eux-mêmes leur finalité. Celle-ci réside dans d'autres normes, particulièrement celles du droit pénal et, dans une moindre mesure, celles de la surveillance des marchés financiers.

C'est d'abord pour assurer l'efficacité de la poursuite pénale, que ce soit au niveau de la recherche des produits et des auteurs d'infraction, en vue de leur confiscation, respectivement de leur punition, que le corpus juridique de la LBA a été édicté.

C'est donc selon les besoins et la finalité de la poursuite pénale que la mise en application de la LBA doit être comprise et interprétée, et il ne servirait à rien d'établir de savants concepts juridiques à grand frais pour l'administré s'ils restent inutilisables dans le cadre d'une poursuite pénale.

Ainsi en va-t-il particulièrement de la notion d'ayant-droit économique, dont les limites ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire et utile à une confiscation du produit dont l'auteur criminel est l'ayant-droit économique.

Le deuxième but de la LBA, à savoir la protection des marchés financiers contre la pénétration d'argent d'origine criminelle, s'inscrit lui-même dans la finalité des normes régulant les services financiers, à savoir la protection du public, et la prospérité de la place financière suisse et de ses acteurs.

Le développement des normes, et leur application, ne doivent pas contrarier ces buts, en imposant aux acteurs a priori innocents du marché, des responsabilités et des tâches qui finissent par détruire la rentabilité commerciale de leur activité, pour eux-mêmes et pour la place financière suisse dans son ensemble.

Ceci dit :

Ad art. 1 al- 1 et titre de l'OBA FINMA

L'ARIF désapprouve la suppression de la référence à la prévention contre le blanchiment : ce but, à savoir d'empêcher la pénétration des services financiers par l'argent d'origine criminelle, a toujours été considéré comme au moins aussi important que la lutte contre les actes de blanchiment déjà perpétrés. Si l'on veut faire un changement, il convient d'exprimer côte à côte les deux concepts de prévention et de lutte.

Ad art. 2 al. 1 lit. a

Pour la définition de la société de domicile, le projet fait référence à l'article 2 alinéa 1 lettre a OIF alors que cette disposition exprime seulement la règle de territorialité. Il convient de se référer aussi à l'article 61 du projet d'OBA, dans le cadre duquel cette définition trouve mieux sa place.

Ad art. 2 al.1 lit. b et c

Les monnaies virtuelles sont traitées dans le texte uniquement au titre de la transmission de fonds et de valeurs, et non au titre des opérations de caisse. Or, c'est la systématique inverse qu'il convient d'adopter : dès lors qu'il n'existe à ce jour aucune possibilité de détenir en compte des dépôts bancaires en monnaie virtuelle, toutes les opérations en monnaie virtuelle doivent être traitées comme des opérations de caisse et de change, du point de vue de l'intermédiaire financier assujetti à la LBA.

A l'inverse, s'occuper des monnaies virtuelles dans le cadre de la transmission de fonds et de valeurs n'a que peu de justification : par définition, en l'état actuel du droit suisse et international, les transmissions de monnaies virtuelles peuvent se faire de manière totalement libre de particulier à particulier, sans avoir à passer par un quelconque intermédiaire financier ; c'est d'ailleurs la raison d'être et le principal argument commercial des monnaies virtuelles : échapper aux commissions des professionnels de l'intermédiation financière; si d'aventure une telle transmission était confiée à un intermédiaire financier, les règles ordinaires applicables aux opérations de caisse seraient applicables, comme il vient d'être dit.

Ad art. 2 al. 1 lit. f

L'introduction d'une nouvelle catégorie dénommée « *détenteur du contrôle* » n'est aucunement justifiée au regard de la révision de la LBA entrée en vigueur le 2 avril 2015.

La modification des articles 697i à l du code des obligations décrit déjà de manière suffisamment précise et substantiée les annonces qui doivent être faites au titre de la participation au capital social des sociétés commerciales en Suisse. Le texte de la loi ne crée aucune catégorie supplémentaire à celle d'ayant-droit économique, mais donne seulement au détenteur de 25% au moins du capital-actions ou des voix l'obligation d'indiquer à la société concernée qui est l'ayant-droit économique de cette participation.

Ériger cette obligation en catégorie autonome est une très mauvaise idée car elle crée une confusion entre ce détenteur d'une majorité qualifiée et la notion d'ayant-droit économique. Or, seule celle-ci importe du point de vue des finalités de la LBA, et l'autorité pénale ne pourra rien tirer de la seule constatation qu'une personne serait « détenteur de contrôle » au sens du projet d'OBA FINMA.

Incidemment, on relève que le terme de « *détenteur de contrôle* » est mal choisi car une participation de 25% n'implique pas un contrôle sur la personne morale, qui dépend de beaucoup d'autres facteurs, convention d'actionnaires, actions à droit de vote privilégié, etc.. Dans la pratique des affaires, un actionnaire minoritaire sans protection particulière

n'exercera généralement aucun contrôle sur la gestion de la personne morale, si ce n'est celui très succinct de demander à l'Assemblée générale un contrôle spécial au sens de l'article 697a CO. Il serait donc beaucoup plus justifié de s'en tenir à la notion de « *détenteur de participation qualifiée* » conforme à la nomenclature bancaire traditionnelle.

Ad art. 3 al. 1 lit a

Compte tenu de l'évolution rapide du droit, définir les intermédiaires financiers auxquels l'ordonnance s'applique par référence à un autre texte légal est susceptible d'une moindre pérennité que l'ancienne nomenclature expresse des intermédiaires financiers concernés. L'ARIF est donc d'avis de ne pas modifier le texte de l'OBA sur ce point.

Ad art. 5 al. 1

Le texte original en français est plus clair que la nouvelle version.

Ad art. 10 al. 1 et 2

La suppression de la référence au cocontractant au profit du donneur d'ordre est préjudiciable à la sécurité du droit : pour un intermédiaire financier, le cocontractant est une personne en général clairement identifiable, alors que la notion de donneur d'ordre est plus vague (quid en cas de procuration ? devra-t-on mentionner le titulaire ou le procureur ?). D'un point de vue général, on peut s'interroger sur l'utilité de la mention de l'adresse (s'agit-il de l'adresse du domicile, de résidence ?), est-elle vraiment nécessaire et ne risque-t-elle pas de conduire à des erreurs ou à une lourdeur de transmission, alors que ces données peuvent être reconstituées si besoin par le biais du numéro de compte ?

On s'interroge également sur la nécessité de traiter différemment les virements suisses et les virements internationaux, puisqu'en matière internationale la preuve utilisable en justice passera toujours par l'entraide pénale qui permettra d'accéder aux mêmes données que celles accessibles aux autorités suisses.

Enfin, s'agissant de l'alinéa 3, on ne comprend pas pourquoi, s'agissant d'obligations légales qui s'imposent à tout intéressé, l'intermédiaire financier devrait donner une information particulière à ses clients sur la transmission des données.

Ad art. 11 al. 1

Le début de l'alinéa 1 est mal formulé, sans doute du fait d'une traduction littérale de l'Allemand, et doit être retravaillé.

L'ARIF s'interroge sur le bien fondé de la réduction de la limite de CHF 25'000.- à CHF 15'000.- par année civile, et si elle correspond à une base expérimentale justifiant une modification.

Il y a de fortes chances que cela nuise seulement aux commerçants honnêtes qui ont déjà établi leur business modèle sur la base d'une limite à CHF 25'000.-, et non aux auteurs de blanchiment. Il convient de tenir compte qu'en Suisse le niveau de vie, les salaires et les dépenses sont plus élevés que dans d'autres pays du GAFI, et il convient d'adapter la législation en conséquence.

On ne comprend pas pourquoi ont été exclus les remboursements en faveur du même titulaire sur les comptes d'exécution de l'intermédiaire financier autorisé à en tenir, et pourquoi seuls ont été autorisés les remboursements effectués sur une banque en Suisse.

S'agissant du leasing financier, le montant retenu apparaît excessivement bas compte tenu de la pratique du leasing, qui est généralement utilisé pour l'acquisition de biens d'équipement important, dont le loyer excède souvent CHF 5'000.- par an, et dans lequel les possibilités de blanchiment apparaissent extrêmement ténues, voire inexistantes compte tenu des exigences commerciales posées par les sociétés pratiquant le leasing, pour leur propre protection contre l'insolvabilité des preneurs de leasing.

Ad art. 12

Selon les informations reçues par l'ARIF auprès de membres affiliés pratiquant l'émission de moyens de paiements, les établissements bancaires, et particulièrement les émetteurs de cartes de crédit, ne sont pas actuellement disposés à fournir les informations prévues par cet article.

Surtout, on peut douter de la portée pratique de cette disposition dès lors que la plupart des émetteurs de tels moyens de paiements exercent sur un plan international, et que la part suisse de leur clientèle est minime.

A l'alinéa 2, la préposition « sauf » doit être supprimée, car elle détruit le sens de la phrase.

Le sens de l'alinéa 4 de cet article est très peu compréhensible.

Ad art. 16

Compte tenu de ce que la notion de détenteur de contrôle n'a que peu de pertinence du point de vue de la LBA, on ne voit pas en quoi la visite du lieu où l'actionnaire de 25% d'une société conduit ses affaires pourrait servir de moyen de clarification.

Ad art. 22

On ne comprend pas pourquoi la référence aux risques (réels) liés aux relations d'affaires et transactions sans contact personnel avec le cocontractant a été supprimée, sans préjudice du rajout (opportun) des risques liés au développement de nouveaux produits et pratiques commerciales ou technologiques.

Ad art. 23 al. 3

Le sens des locutions « ...de la propre présence géographique, du segment des clients gérés... » est peu clair; de façon générale cet alinéa tend à privilégier une approche des risques sous l'angle de l'origine géographique, ce qui est d'une pertinence douteuse, à connotation xénophobe, et fluctuant selon les alea de la politique internationale ou la mode médiatique.

Ad art. 29

On s'interroge sur la pertinence de traiter différemment les communications selon les articles 9 alinéa 1 lettre a et c LBA et d'autre part celles faites sur la base de l'article 305 ter alinéa 2 du code pénal; en particulier, l'OBA ne prévoit rien en cas d'absence de réponse du Bureau de communication dans ce dernier cas.

Ad art. 30

On ne voit pas ce qui justifie les modifications du texte qui n'est pas plus clair dans la nouvelle version.

Ad art. 31 al. 3

Il conviendrait de préciser si on se réfère aux communications selon la LBA ou selon l'article 305 ter CP.

Ad art. 36 al. 4

On ne voit pas comment un intermédiaire financier peut « garantir » la transmission d'indications au-delà du tiers auquel il les transmet, ni quelle serait la conséquence de cette absence de garantie.

Ad art. 49

La révision serait l'occasion de rectifier un défaut de systématique déjà connu dans l'OBA FINMA actuel, à savoir que l'alinéa 2 du nouvel article 49 (actuel article 45) trouverait mieux sa place à l'article 11, s'agissant de moyens de paiements électroniques essentiellement caractérisés par le fait qu'il sont exclusivement limités à permettre aux clients de payer des biens et des services.

La révision serait également l'occasion de préciser le sens de l'alinéa 3 lettre c de l'actuel article 45, sur ce qu'il faut entendre par « *montant mis à disposition n'excédant pas CHF 1'500.- par opération et par client* » : il conviendrait de clarifier la locution « *par opération* », qui est sujette à interprétations, voire la remplacer par une autre délimitation, par exemple une période donnée.

Ad chapitre 2 section 1 et article 57

De manière générale, l'ARIF considère que les solutions proposées par la section 1 de ce chapitre et son article 57 sont inadéquates et ne correspondent pas aux exigences de la Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI (LGAFI). Cette section doit être entièrement repensée et réécrite.

Tout d'abord, il apparaît clair que la matière doit être traitée différemment selon que la personne morale considérée est, ou non, sujette au droit suisse du point de vue de son organisation.

a. Personnes morales de droit suisse

La LGAFI n'oblige aucunement à introduire dans la LBA une nouvelle catégorie juridique désignée comme « *détenteur de contrôle* ».

Le mécanisme d'identification prévu par les articles 697j et suivants nouveau CO se suffit à lui-même, et crée de nouvelles obligations pour les organes de la société et les détenteurs de participations qualifiées d'au moins 25%, permettant de connaître ceux-ci.

Cependant, ni l'article 4 LBA, ni l'article 697j CO nouveau ne prévoient de désigner automatiquement comme ayant-droit économique le détenteur d'une telle participation qualifiée.

Bien au contraire, l'article 697j CO impose au détenteur d'une telle participation d'indiquer à la société concernée s'il est ou non l'ayant-droit économique, et quel est ce dernier si ce n'est lui. Il n'existe donc aucune présomption légale de similitude entre le détenteur de participation qualifiée et l'ayant-droit économique de cette participation.

Une telle assimilation par l'OBA FINMA est contraire au but même de la LBA, dès lors qu'elle est inutilisable comme telle par les autorités de poursuite pénale, qui ne

peuvent en déduire aucune certitude du point de vue de l'enquête, ni aucun moyen de droit pour opérer une confiscation : celle-ci se heurterait d'ailleurs à des obstacles légaux et statutaires de droit civil insurmontables et non résolus par la LGAFI.

Les indications fournies par le détenteur de participation qualifiée à la Direction de la personne morale selon les nouvelles dispositions du CO peuvent et doivent certes être communiquées comme telles à l'intermédiaire financier. Il pourra se tenir aux indications données par la personne morale de droit suisse lorsqu'il n'existe pas de doute à leur propos ; dans le cas contraire, il incombera à l'intermédiaire financier d'identifier l'ayant-droit économique des participations détenues, au regard de ses propres sources d'informations.

Le projet actuellement proposé de l'OBA ne met pas correctement en application le texte de la Loi, et tend à imposer à l'intermédiaire financier deux processus d'identifications formelles qui peuvent être contradictoires et incompatibles, rendant cette tâche aléatoire et compliquant en définitive celle, subséquente, des autorités de poursuites pénales.

b. Personnes morales de droit étranger

Là encore, la LGAFI ne prévoit aucunement ni n'impose implicitement que l'intermédiaire financier suisse ait l'obligation d'identifier les détenteurs de participations qualifiées de personnes morales étrangères, selon le même régime que celui applicable aux personnes morales de droit suisse.

Ce sera d'ailleurs souvent impossible puisque les 165 ordres juridiques nationaux de la planète comportent une infinie variété de structures juridiques assimilables à des personnes morales, auxquelles le code des obligations suisse est cependant totalement inapplicable, même par analogie.

Le droit étranger peut d'ailleurs s'opposer à collecter ou à transmettre des informations telles que celles prévues pour les personnes morales de droit suisse, notamment en raison de la protection des données, ou de catégories juridiques inconciliables avec celles connues en droit suisse.

L'article 4 LBA nouveau exprime seulement l'obligation pour l'intermédiaire financier suisse de rechercher l'identité de l'ayant-droit économique des personnes morales suisses et étrangères, y compris celles qui sont qualifiées d'opérationnelles, et l'obligation d'obtenir dans tous les cas une déclaration écrite de la part des organes représentatifs de cette personne morale quant à l'identité de ses ayant-droits économiques.

La première obligation ainsi formulée n'est pas nouvelle : la LBA a toujours imposé à l'intermédiaire financier de rechercher l'ayant-droit économique de son cocontractant, s'il est identifiable, même pour les sociétés opérationnelles ; seule l'obligation formelle d'obtenir dans tous les cas une déclaration écrite à ce propos est nouvelle.

On peut imaginer de la mettre en œuvre de deux manières :

- soit comme à présent, en admettant que les sociétés opérationnelles de droit étranger n'ont, a priori, pas d'autre ayant-droit économique qu'elles-mêmes, sauf lorsqu'un tiers ayant-droit économique est clairement identifiable ;
- soit en introduisant l'obligation pour l'intermédiaire financier de recueillir auprès de son cocontractant personne morale les indications qu'il détient quant aux détenteurs de participations qualifiées d'au moins 25%, lorsque ces données sont disponibles et transmissibles au regard du droit étranger régissant l'organisation de la personne morale étrangère.

Ad art. 61

Comme elle l'a déjà fait de nombreuses fois dans le passé, l'ARIF réitère que la définition de la société de domicile basée sur des indices tel que l'absence de propres locaux, le siège auprès d'un avocat, d'une société fiduciaire ou d'une banque, ou l'absence de personnel propre, est inadéquate et obsolète.

De nombreuses structures juridiques tout à fait opérationnelles, autonomes et non soumises à l'emprise d'un tiers remplissent l'un ou plusieurs de ces critères, sans que ce soient des « sociétés de domicile ».

Depuis de nombreuses années, l'ARIF a suggéré une définition de cette notion de société de domicile, conjointement à celle d'ayant-droit économique, comme suit :

« Doit être considéré comme ayant droit économique toute personne physique ou morale, tout patrimoine organisé ou toute société de personnes, qui a la capacité de jouir ou de disposer à son propre profit des valeurs patrimoniales faisant l'objet de la relation d'affaires. »

Une société de domicile, définie comme toute personne morale, tout patrimoine organisé ou toute société de personnes, dont les organes actifs, l'activité exercée, ou le patrimoine détenu, le sont principalement à titre fiduciaire pour le compte d'un tiers ayant droit économique, ne peut elle-même jamais être désignée comme ayant droit économique. »

L'ARIF demande à nouveau que cette définition reposant sur des critères logiques et téléologiques soit reprise en lieu et place des « indices factuels » actuellement utilisés, qui peuvent certes subsister comme tels, mais qui ne suffisent pas à poser une définition générale complète.

Ad art. 62

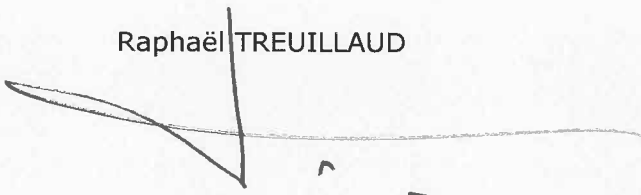
Le traitement par l'OBA des structures de trust et autres patrimoines organisés est insuffisant au regard des nombreuses questions de la pratique. L'ARIF a édicté sur ce seul sujet une directive de plusieurs pages, et il serait utile qu'un chapitre plus complet soit consacré à cette problématique dans l'OBA FINMA.

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de nous exprimer et espérons que nos observations vous seront utiles.

Veillez croire, Messieurs, à l'assurance de notre dévouée considération.

Pour le Comité :

Raphaël TREUILLAUD



Norberto BIRCHLER

