

Circulaire n°28/2020 de la Commission OAR/ASSL

A l'attention des organes de contrôle des intermédiaires financiers («IF») et des IF affiliés à l'OAR/ASSL

Zurich, le 3 juin 2020

Définition de la pratique des obligations de vérification de l'identité et de clarification dans certains cas de figure

Madame, Monsieur

La présente circulaire n°28/2020 vous informe de l'interprétation à donner à diverses dispositions du RAR concernant l'étendue du devoir de clarification des IF affiliés à l'OAR/ASSL dans certains cas de figure. Les trois cas de figure décrits ci-dessous sont fixés de la manière suivante, avec effet contraignant:

1. Exception à l'obligation de vérifier l'identité et à l'obligation de déterminer le détenteur de contrôle par rapport à l'obligation de vérifier les mentions dans les ordonnances sur les sanctions basées sur la législation sur les embargos et les dites «listes de terroristes» selon l'art. 22a LBA

Dans sa Communication n°26/2016, le Secrétariat OAR/ASSL a retenu que dans le cas de sociétés cotées ou notoirement connues au sens des notes marginales («N.») 22-24 RAR en tant que cocontractant, l'IF peut renoncer non seulement à la vérification de l'identité du cocontractant lui-même, mais également à la détermination du détenteur de contrôle resp. de l'ayant droit économique ainsi qu'à la vérification du statut de PPE. Des considérations de cohérence notamment sont à l'origine de cette décision. Le Secrétariat OAR/ASSL était alors d'avis qu'il serait contradictoire d'exiger une vérification du statut de PPE d'un cocontractant dont l'identité ne doit pas être vérifiée. En 2016, le Secrétariat se prononça uniquement sur la question de la vérification du statut de PPE, sans traiter celle de la vérification des mentions dans les ordonnances sur les sanctions et les «listes de terroristes».

Ces derniers temps, la question fut de plus en plus fréquemment soulevée de savoir, si un IF peut, lorsqu'il s'agit d'un client notoirement connu au sens de la N. 22-24 RAR, non seulement renoncer à la vérification de l'identité et à la détermination du détenteur de contrôle resp. de l'ayant droit économique, mais également à la vérification du statut de PPE de ces personnes ainsi que de l'obligation de vérifier les mentions dans les ordonnances sur les sanctions et les listes terroristes.

Pour répondre à cette question, il faut distinguer les bases légales sur lesquelles se fondent ces listes:

- a) Les ordonnances sur les sanctions reposent sur la Loi sur les embargos (**LEmb**, RS 946.231). L'adoption de nouvelles ordonnances ou la modification d'ordonnances existantes est régulièrement transmise aux IF par l'intermédiaire de la FINMA et de l'OAR/ASSL en tant qu'«annonce de sanctions actualisée». Ces ordonnances de sanction trouvent leur base légale dans la législation sur l'embargo. Leur champ d'application ne se limite donc pas aux intermédiaires financiers.

Du fait que les ordonnances sur les sanctions se fondent sur la législation sur l'embargo et ne trouvent pas leur base légale dans le RAR, la Commission OAR/ASSL a conclu ne pas être compétente pour interpréter les clauses d'exception de la N. 22-24 du RAR concernant la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que de la N. 28 lit. i RAR concernant la détermination du détenteur de contrôle de telle manière qu'il puisse également être renoncé à la vérification des ordonnances sur les sanctions. Au contraire, l'OAR/ASSL demande explicitement aux intermédiaires financiers de vérifier les mentions dans les ordonnances de sanction, même dans les cas où le règlement OAR/ASSL les autoriserait à faire usage d'une clause d'exception par rapport à l'obligation de vérification de l'identité.

- b) Les dites «listes de terroristes» reposent sur l'art. 22a Loi sur le blanchiment d'argent (**LBA**, RS 955.0). Lorsque des données sont nouvellement inscrites dans les «listes de terroristes», le DFF en informe la FINMA qui en informe les organismes d'autorégulation. Ceux-ci en informent à leur tour les intermédiaires financiers leur étant affiliés. Conformément à la LBA et au RAR, les IF affiliés ont l'obligation de vérifier si les données concernant un cocontractant, un ayant droit économique ou un signataire autorisé concordent avec celles qui leur ont été transmises (art. 6 al. 2 lit. d LBA). Au cas où des données concordent, l'IF a l'obligation de le communiquer immédiatement au MROS (art. 9 al. 1 lit. c LBA). Une telle communication doit par ailleurs être suivie d'un blocage immédiat des valeurs patrimoniales. Il est important de noter que les dites «listes de terroristes» diffèrent ainsi des ordonnances de sanctions engendrant d'abord un devoir d'annonce au SECO et dans un deuxième temps seulement l'examen de la question de savoir s'il existe une obligation de communiquer au MROS.

En raison de ces graves conséquences liées à une inscription sur une telle liste de terroristes, la Commission OAR/ASSL précise que les clauses d'exception des N. 22-24 du RAR concernant la vérification de l'identité du cocontractant, ainsi que de la N. 28 lit. i RAR concernant le détermination du détenteur de contrôle, sont limitées de manière à ne concerner plus que les documents formels (les pièces justificatives pour la vérification d'identité et le formulaire K). Chaque IF a ainsi l'obligation de vérifier s'il y a concordance entre les données concernant un cocontractant, un ayant droit économique ou un signataire autorisé et les «listes de terroristes», puis de saisir les informations de manière à ce qu'elles puissent être contrôlées. A la connaissance de l'OAR/ASSL, les dites «listes de terroristes» sont toujours vides au jour d'aujourd'hui.

2. Clarification du statut de PPE des représentants

En vertu de l'art. 6 al. 3 LBA, les relations d'affaires avec des PPE à l'étranger, ainsi qu'avec les personnes qui leur sont proches, sont réputées comporter dans tous les cas un risque accru. La N. 45 al. 1 RAR étend cette disposition aux détenteurs de contrôle et aux ayants droit économiques, dont le statut de PPE étranger resp. de personne proche d'un PPE étranger doit également être vérifié. Cette disposition correspond à l'art. 13 al. 5 OBA-FINMA. Contrairement à l'art. 13 al. 5 OBA-FINMA, la N. 45 al. 1 RAR ne mentionne pas explicitement la vérification des personnes munies d'une procuration ou des représentants par rapport à leur statut de PPE.

A l'origine, il était prévu en effet que le statut de PPE des représentants ne devait pas être vérifié. Les trois raisons suivantes plaident toutefois en faveur d'un changement de pratique pour le futur:

- Les intermédiaires financiers directement soumis à la FINMA doivent vérifier le statut de PPE des personnes munies d'une procuration (art. 13 al. 5 lit. d OBA-FINMA, RS 955.033.0). La notion de personne munie d'une procuration est à comprendre de façon plus large que le signataire autorisé dans le cadre d'une relation d'affaires individuelle. Un IF soumis à l'OBA-FINMA devrait ainsi clarifier le statut de PPE d'un représentant en vertu de l'art. 13 al. 5 lit. d OBA-FINMA.
- Les représentants doivent en tous les cas être examinés par rapport à d'éventuelles concordances avec les «listes de terroristes» (cf. ci-dessus ch. 1.b). En pratique, ce contrôle est généralement effectué par un seul et même programme électronique.
- Il y a lieu de s'interroger, si les représentants ne devraient pas être considérés généralement comme «personnes proches» au sens de l'art. 6 al. 3 LBA.

La Commission OAR/ASSL recommande que les personnes représentant concrètement une personne morale en tant que cocontractant soient vérifiées quant à leur statut de PPE. Au vu de la réglementation en vigueur, l'OAR/ASSL ne serait actuellement pas en mesure de prononcer une sanction en cas de non-respect de cette recommandation. Lors de la prochaine révision du RAR, le changement de pratique sera examiné.

3. Contrats-cadre: Obligations en cas de changement de représentant

La Commission OAR/ASSL précise les obligations de vérification d'identité et de clarification liées au changement de représentants dans le cas de contrats-cadres – lorsque p.ex. le deuxième contrat de leasing individuel est signé par le nouveau représentant – comme suit:

- **Vérification de l'identité:** La vérification de l'identité des représentants doit avoir lieu lors de l'«établissement de la relation d'affaires» (N. 18 al. 4 et N. 25 al. 1 RAR). Dans le cas de contrats-cadres, la relation d'affaires est généralement établie lors de la conclusion d'un tel contrat. Selon les dispositions réglementaires en vigueur, les modifications au registre du commerce concernant les signataires autorisés ne doivent pas être contrôlées en permanence. Ainsi, l'IF n'a pas besoin de se procurer de nouvelles copies de pièces justificatives pour la vérification d'identité des signataires autorisés.

La Commission OAR/ASSL détermine qu'en cas de changement de représentation suivant la conclusion d'un contrat-cadre, il n'est pas exigé de vérification formelle de l'identité des nouveaux représentants lors de la conclusion de contrats individuels subséquents.

- **Clarification du statut de PPE:** Il peut être fait référence aux remarques du ch. 2 ci-dessus.

La Commission OAR/ASSL recommande qu'en cas de changement de représentation suivant la conclusion d'un contrat-cadre, le statut de PPE des nouveaux représentants soit vérifié lors de la conclusion de contrats individuels subséquents. Au vu de la réglementation existante, l'OAR/ASSL ne serait actuellement pas en mesure de prononcer une sanction en cas de non-respect de cette recommandation.

- **Examen des ordonnances de sanction et des listes de terroristes:** Il peut être fait référence aux remarques du ch. 2 ci-dessus.

La Commission OAR/ASSL recommande de vérifier de nouveaux représentants par rapport à d'éventuelles concordances avec les mentions dans les ordonnances sur les sanctions (cf. ch. 1.a).

La Commission OAR/ASSL précise qu'en cas de contrat-cadre, des nouveaux représentants doivent en tous les cas être vérifiés par rapport à d'éventuelles concordances avec des «listes de terroristes» au sens de l'art. 22a LBA, dès que des personnes physiques ou morales seront inscrites sur ces listes encore vides actuellement (cf. ch. 1.b). L'OAR/ASSL informerait les IF affiliés de ce changement.

Nous vous remercions de bien vouloir prendre bonne note de ce qui précède. La responsable du Secrétariat, Mme Lea Ruckstuhl, MLaw, avocate, ou la secrétaire de la Commission OAR/ASSL, Mme Cornelia Stengel, docteur en droit, avocate, se tiennent volontiers à votre disposition au numéro de **téléphone +41 44 250 49 90** pour répondre à vos questions et vous fournir de plus amples informations.

Cordiales salutations

sig. Cornelia Stengel
Secrétaire de la Commission OAR/ASSL

sig. Lea Ruckstuhl
Responsable du Secrétariat

Copies:

- Commission OAR/ASSL
- Secrétariat OAR/ASSL
- Organe de contrôle OAR/ASSL
- Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA