



Pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent relative à l'art. 2, al. 3, LBA

29 octobre 2008

Champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent dans le secteur non bancaire

Table des matières

1	Introduction et principes d'interprétation.....	5
2	Clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA	6
2.1	Généralités	6
2.2	Activité exercée à titre professionnel.....	7
2.2.1	Produit.....	7
2.2.2	Autres critères	8
2.2.3	Activité de change à titre accessoire.....	9
2.2.4	Intermédiation financière en faveur de personnes proches	9
2.2.5	Activité à titre professionnel en matière d'opérations de crédit.....	9
2.2.6	Passage à une activité à titre professionnel.....	10
2.3	Délimitation en relation avec les auxiliaires.....	10
2.4	Activité dans le secteur financier	12
2.5	Transport de valeurs	13
2.6	Activité d'organe.....	14
2.6.1	Domiciliation, création et vente de sociétés	14
2.6.2	Sociétés de domicile	14
2.6.3	Sociétés opérationnelles	16
2.6.4	Sociétés holding.....	16
2.6.5	Manteaux d'actions	17
2.6.6	Trusts	17
2.6.7	Sociétés de facturation.....	18
2.6.8	Associations, fondations et coopératives	18
3	Opérations de crédit (art. 2, al. 3, let. a, LBA)	19
3.1	Principes d'interprétation.....	19
3.2	Simple octroi de crédit.....	20
3.2.1	Octroi de crédit entre une société et son associé	20
3.2.1.1	Actions en propriété collective.....	22
3.2.1.1.1	Actions en copropriété.....	22
3.2.1.1.2	Actions en propriété commune.....	22
3.2.1.2	Droits réels limités sur des actions	23
3.2.1.2.1	Actions grevées d'un droit d'usufruit	23
3.2.1.2.2	Actions grevées d'un droit de gage	23
3.2.1.3	Possession d'actions à titre fiduciaire.....	24
3.2.1.4	Accords sur l'exercice des droits d'actionnaire.....	24
3.2.2	Octroi de crédit entre employeur et employé	24
3.2.2.1	Egalité de traitement des employés et des organes exécutifs	25
3.2.2.2	Organes fiduciaires.....	25
3.2.3	Octroi de crédit entre personnes proches	25
3.3	Types de crédits	25
3.3.1	Crédit en espèces	25
3.3.2	Crédit à la consommation	26
3.3.3	Financement de transactions commerciales.....	26
3.3.3.1	Affacturage	27
3.3.3.2	Financement à forfait.....	28
3.3.3.3	Leasing financier	28
3.4	Produits financiers titrisés et non titrisés	29
4	Services dans le trafic des paiements (art. 2, al. 3, let. b, LBA)	30

4.1	Recouvrement de créances	31
4.2	Virements électroniques.....	32
4.2.1	Virements	32
4.2.2	Exécution d'ordres de virement.....	32
4.2.3	Mandats de paiement de salaires	33
4.2.4	Transferts de fonds et de valeurs.....	34
4.2.5	Trafic des paiements dans des secteurs spécifiques.....	34
4.2.5.1	Escrow agent.....	34
4.2.5.2	Courtiers en assurance	34
4.2.5.2.1	Courtiers selon le droit des obligations	34
4.2.5.2.2	Courtiers dotés de pouvoirs étendus.....	35
4.2.5.3	Gestion immobilière et négoce immobilier.....	35
4.2.5.3.1	Gestion immobilière.....	35
4.2.5.3.2	Administration d'une société immobilière	37
4.2.5.3.3	Négoce immobilier.....	37
4.2.5.3.4	Entrepreneurs généraux et totaux, architectes et ingénieurs.....	38
4.2.5.3.5	Activités fiduciaires dans la construction	38
4.2.5.4	Commerce d'objets d'art et d'antiquités	39
4.3	Emission et gestion de moyens de paiement.....	39
4.3.1	Cartes de crédit.....	40
4.3.2	Cartes de client	40
4.3.3	Cartes de débit.....	41
4.3.4	Monnaie électronique.....	41
4.4	Gestionnaire familial.....	41
5	Activité de négoce (art. 2, al. 3, let. c, LBA)	41
5.1	Change.....	42
5.2	Négoce de billets de banque et de pièces de monnaie.....	42
5.3	Négoce de métaux précieux.....	43
5.4	Négoce de matières premières	44
5.5	Commerce de devises.....	44
5.5.1	Négociant en devises agissant pour le compte de clients	45
5.5.2	Gérant de fortune en devises.....	45
5.5.3	Fonds de négoce en devises	45
5.5.4	Négociant intermédiaire	45
5.6	Négoce de valeurs mobilières	46
6	Gestion de fortune (art. 2, al. 3, let. e, LBA)	46
6.1	Délimitations dans la gestion de valeurs patrimoniales.....	47
6.2	Gérant de fortune indépendant	48
6.3	Placements collectifs de capitaux	48
6.4	Clubs d'investissement.....	49
6.5	Acceptation de fonds.....	50
6.5.1	Caisses d'épargne d'entreprise.....	50
6.5.2	Associations, fondations et coopératives	50
7	Conseil en placement (art. 2, al. 3, let. f, LBA)	51
8	Conservation de valeurs patrimoniales	51
8.1	Conservation de valeurs mobilières (art. 2, al. 3, let. g, LBA)	51
8.2	Conservation physique d'autres valeurs patrimoniales	52
9	Activité de l'Etat	52
9.1	Offices des poursuites et des faillites	53
9.2	Administration spéciale de la faillite	53
9.3	Liquidateurs au sens de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite	54
9.4	Tuteur	54
9.5	Administration d'office de la succession.....	54

9.6	Exécuteur testamentaire	54
9.7	Liquidation de la succession	55
9.8	Liquidateurs au sens du Code des obligations.....	55
10	Assujettissement des avocats et des notaires	56
10.1	L'avocat en tant qu' <i>escrow agent</i>	58
10.2	Liquidation d'un régime matrimonial	59
10.3	Transaction immobilière	59
10.4	Partage successoral.....	59
10.5	Administration d'une succession non partagée sur la base d'un mandat	59
10.6	Agent d'affaires	60
11	Opérations financières entre des sociétés affiliées à un même groupe.....	60
12	Fourniture de services à des intermédiaires financiers assujettis à une surveillance en vertu d'une loi spéciale	61
13	Institutions de prévoyance	62
14	Champ d'application territorial.....	63

1 Introduction et principes d'interprétation

Le champ d'application personnel de la loi sur le blanchiment d'argent¹ dans le secteur non bancaire est défini à l'art. 2, al. 3, LBA, qui comprend une clause générale et une liste non exhaustive d'activités assujetties. Le message indique que «*le champ d'application de la loi est fonction de services précis*» et que «*le catalogue des activités énumérées correspond au champ d'application de l'art. 305^{ter}, al. 1, CP et, dans une large mesure, à l'annexe de la directive 89/646/CEE*». Le message ajoute donner «*une définition très large du secteur financier*»².

La pratique de l'Autorité de contrôle³ relative à l'art. 2, al. 3, LBA est présentée ci-après. Elle se fonde sur plusieurs années d'expérience, ainsi que sur la doctrine et sur la jurisprudence. Aux fins d'interprétation de la clause générale et des dispositions de détail, outre les principes d'interprétation relevant de l'Etat de droit (interprétations grammaticale, historique, systématique, téléologique, constitutionnelle et actuelle, ainsi qu'à la lumière du droit international), l'Autorité de contrôle applique également les principes ci-dessous.

- L'activité déterminante pour l'appréciation est l'activité effectivement exercée et non sa dénomination ou la description de son but inscrites au Registre du commerce⁴, pas plus que la branche dans laquelle la personne est active. 3
- Si l'on examine les activités énumérées à l'art. 2, al. 3, LBA, il apparaît qu'il s'agit principalement de services financiers. Seules les activités relevant du secteur financier doivent par conséquent être prises en considération⁵. 4
- L'art. 2, al. 3, let. c, LBA mentionne différentes activités de négoce: commerce de billets de banque et de monnaies, d'instruments du marché monétaire, de devises, etc. Les activités de négoce ne sont toutefois assujetties à l'art. 2, al. 3, LBA que lorsqu'elles portent sur des biens devant être qualifiés d'instruments financiers⁶. 5
- Lorsqu'il s'agit de juger si des valeurs patrimoniales appartiennent à des tiers, l'Autorité de contrôle tient aussi compte dans certaines situations, en sus de l'approche purement juridique – qui est en principe privilégiée –, d'un point de vue économique. 6

Tant les personnes physiques que les personnes morales peuvent être soumises à la LBA. En ce qui concerne les sociétés de personnes, il y a lieu de s'en tenir au droit civil. Lorsque celui-ci leur confère une personnalité juridique restreinte, ce qui est le cas pour les sociétés en nom collectif et en commandite, l'obligation d'assujettissement concerne la société de

¹ Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, RS 955.0, ci-après LBA.

² FF 1996 III 1072 s.

³ Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, ci-après Autorité de contrôle.

⁴ Le but inscrit au Registre du commerce, s'il permet de conclure à l'exercice d'une activité d'intermédiaire financier, justifie cependant à lui seul l'ouverture d'une procédure par l'Autorité de contrôle, même si le but inscrit n'est pas exercé dans les faits. Voir ATF 2A.345/2006 du 24 octobre 2006.

⁵ Voir ch. 2.4, Activité dans le secteur financier

⁶ Voir ch. 5, Activité de négoce

personnes en tant que telle. S'agissant en revanche de sociétés simples, chacun des associés est assujéti à titre personnel. Dans le cas des raisons individuelles, il y a une unité juridique entre le titulaire et la raison individuelle, de sorte que l'assujéttissement se rapporte au même sujet de droit.

2 Clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA

2.1 Généralités

L'intermédiation financière proprement dite dans le secteur non bancaire est définie à l'art. 2, al. 3, LBA en quatre termes, à savoir «accepter», «garder en dépôt», «aider à placer» et «aider à transférer» des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. 8

L'*acceptation* de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers n'a que rarement une signification en elle-même, car la simple acceptation de valeurs patrimoniales ne suffit pas à faire naître une intermédiation financière. Celle-ci se concrétise néanmoins dans certains cas lorsque la personne concernée est active dans le secteur financier, car l'acceptation a alors souvent lieu à des fins de garde, de placement ou de transfert des valeurs impliquées. Si les valeurs patrimoniales appartenant à des tiers sont acceptées pour financer ses propres activités entrepreneuriales, il n'y a pas d'obligation d'assujéttissement⁷. 9

L'activité, assujéttie en tant que telle, de *garde* de valeurs patrimoniales se limite à la conservation de valeurs mobilières au sens de la loi sur les bourses⁸. 10

L'*aide au placement* décrit tous les cas imaginables de placement de valeurs patrimoniales⁹. Est déterminante en règle générale l'existence d'une procuration qui permet à l'intermédiaire financier de disposer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. Le genre de la procuration est sans pertinence, seul le pouvoir de disposition étant en l'espèce déterminant. Ce pouvoir de disposition est réputé exister également lorsque la procuration ne s'applique qu'à certaines valeurs patrimoniales ou s'il y a signature collective. En effet, la possibilité de participer à la décision est suffisante pour déterminer l'assujéttissement. 11

L'*aide au transfert* de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers se distingue de l'aide au placement en ceci que le transfert s'accompagne en général d'un changement de propriétaire¹⁰. 12

En principe, les personnes exerçant une activité d'intermédiation financière avec des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers sont soumises à la LBA. Les valeurs patrimoniales sont réputées appartenir à des tiers si l'intermédiaire financier n'a aucun droit, en particulier aucun droit de propriété, sur elles. La loi et la pratique prévoient cependant des exceptions à ce principe lorsqu'il s'agit d'opérations financières entre sociétés d'un même groupe¹¹, de l'exercice de la fonction d'organe auprès de sociétés de domicile¹² et du né-

⁷ Voir ch. 6.5, Acceptation de fonds

⁸ Voir ch. 8, Conservation de valeurs patrimoniales

⁹ Voir ch. 6, Gestion de fortune

¹⁰ Voir ch. 4.2, Virements électroniques

¹¹ Voir ch. 11, Opérations financières au sein d'un même groupe

¹² Voir ch. 2.6, Activité d'organe

goce de certaines marchandises¹³. Dans le premier cas, il n'y a pas d'assujettissement bien que l'on ait affaire à des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, dans les deux derniers cas il y a assujettissement bien que les valeurs patrimoniales n'appartiennent pas à des tiers.

2.2 Activité exercée à titre professionnel

Dans le secteur non bancaire, aux termes de la loi elle-même¹⁴, la LBA s'applique exclusivement aux intermédiaires financiers qui exercent leur activité «à titre professionnel». La LBA ne contient toutefois aucune définition de l'activité exercée à titre professionnel. Le message précise néanmoins ce qui suit: *«La loi ne doit pas viser seulement les activités lucratives principales, mais aussi les activités accessoires. Toutefois, il ne s'agit bien entendu pas d'y soumettre n'importe quelle personne exerçant occasionnellement pareille activité. Seules les personnes qui font métier de ces activités, que ce soit à titre principal ou accessoire, doivent tomber sous le coup de la loi sur le blanchiment.»*¹⁵ 14

Selon la volonté du législateur, les activités de peu d'importance ne doivent donc pas tomber sous le coup de la LBA. Le législateur a laissé le soin à l'Autorité de contrôle de fixer la limite exacte entre les activités exercées à titre professionnel et celles exercées à titre non professionnel. L'Autorité de contrôle a édicté à cet effet une ordonnance¹⁶ qui précise, à l'aide de plusieurs critères clairs et facilement contrôlables, à quelles conditions une activité est exercée à titre professionnel au sens de la LBA. Les critères arrêtés ne sont pas cumulatifs. Il suffit donc qu'un seul d'entre eux soit rempli pour que l'activité soit réputée être exercée à titre professionnel¹⁷. 15

Les relations clientèle entretenues avec des personnes non assujetties à la loi en vertu de l'art. 2, al. 4, LBA ne sont pas prises en considération lors de l'évaluation visant à déterminer si l'activité est exercée à titre professionnel ou non¹⁸. 16

2.2.1 Produit

Lorsqu'il s'agit de déterminer si un intermédiaire financier exerce son activité à titre professionnel, le produit réalisé est un critère d'évaluation décisif¹⁹. Le produit comprend l'ensemble des recettes réalisées par l'exercice d'activités assujetties. Est déterminant le produit brut, sans réductions, sur ventes et prestations de services. Pour les entreprises commerciales qui établissent leur compte d'exploitation d'après la méthode brute, le bénéfice brut est déterminant. Le seuil de CHF 20 000.– s'explique par le fait qu'il s'agit de pren- 17

¹³ Voir ch. 5, Activité de négoce

¹⁴ Art. 2, al. 3, LBA

¹⁵ FF 1996 III 1073

¹⁶ Ordonnance du 20 août 2002 de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent concernant l'activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire exercée à titre professionnel, RS 955.20, ci-après OAP-LBA.

¹⁷ Art. 2 OAP-LBA

¹⁸ Voir ch. 12, Fourniture de services à des intermédiaires financiers assujettis à une loi spéciale

¹⁹ Art. 4 OAP-LBA

dre en compte non seulement les activités principales, mais aussi les activités accessoires.

Le revenu brut décisif pour la qualification en tant qu'intermédiaire financier exerçant à titre professionnel doit être calculé sur la base du revenu que l'intermédiaire financier retire de ses activités soumises à la LBA. Lorsque, dans le cadre d'une relation d'affaires donnée, l'intermédiaire financier fournit, d'une part, des services soumis et, d'autre part, des services non soumis à la LBA, seul le revenu résultant des activités soumises est en principe pris en compte aux fins du calcul du revenu brut déterminant. Cela présuppose que l'intermédiaire financier distingue clairement, dans sa comptabilité, les activités soumises des activités non soumises. Il doit en outre facturer les activités soumises à des tarifs correspondant à ses frais effectifs et à ses prix habituels. Par ailleurs, la séparation comptable des revenus découlant des activités respectivement soumises et non soumises doit être claire et compréhensible. Si elle ne peut pas vérifier la séparation des revenus des deux types d'activités en usant de moyens raisonnables, l'Autorité de contrôle détermine le caractère professionnel de l'activité compte tenu de la totalité des revenus générés par l'activité commerciale dans son ensemble. 18

2.2.2 Autres critères

En sus du produit, l'ordonnance définit d'autres critères non cumulatifs qui peuvent amener à qualifier une activité comme exercée à titre professionnel. Deux de ces critères s'appliquent exclusivement aux relations d'affaires durables: le nombre de cocontractants et le montant des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. Ainsi, agit également à titre professionnel quiconque établit ou entretient des relations d'affaires durables avec plus de dix cocontractants durant une année civile²⁰ ou qui, toujours dans le cadre de relations d'affaires durables, a un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dont le montant dépasse CHF 5 millions²¹ à un moment donné. 19

En ce qui concerne les sociétés de domicile, le montant des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers est déterminé en prenant en compte les actifs figurant au bilan en tant que fonds sous gestion (*assets under management*). 20

Aux termes de l'art. 664 CO, les frais de fondation, d'augmentation de capital et d'organisation qui sont nécessités par la constitution, l'extension ou la transformation de l'entreprise peuvent être portés au bilan et amortis en cinq ans. Ces frais, bien que portés à l'actif du bilan, n'ont pas de valeur. Ils doivent par conséquent être déduits du montant des actifs du bilan pris en compte pour déterminer si l'activité est exercée à titre professionnel. Il en va de même pour ce qui est de la perte reportée au bilan. 21

Enfin, agit à titre professionnel quiconque effectue des transactions assujetties dont le volume total dépasse CHF 2 millions durant une année civile²², peu importe que ces transactions s'inscrivent dans le cadre d'une relation d'affaires durable ou ne soient qu'occasionnelles. Par transaction, il faut comprendre toute forme de transformation et tout transfert de valeurs patrimoniales. Dans le cas de relations d'affaires durables, l'afflux de valeurs patrimoniales et les réinvestissements à l'intérieur du même dépôt ne sont toutefois pas pris en considération. Pour les contrats bilatéraux, seule la contre-prestation fournie par 22

²⁰ Art. 5 OAP-LBA

²¹ Art. 6 OAP-LBA

²² Art. 7 OAP-LBA

le cocontractant est imputée.

2.2.3 Activité de change à titre accessoire

Une activité de change accessoire est exercée à titre professionnel, d'une part, lorsque l'un des critères relatifs au produit et au volume des transactions est rempli ou, d'autre part, lorsqu'une entreprise effectue ou est disposée à effectuer une ou plusieurs opérations de change liées entre elles pour un montant supérieur à CHF 5000.–²³, même si aucun des critères des art. 4 et 7 OAP-LBA n'est rempli. Cette règle concerne en particulier les entreprises dont l'activité principale est la gestion d'un hôtel, d'une agence de voyages ou d'une station-service, mais qui offrent également à leur clientèle la possibilité de changer de l'argent. 23

2.2.4 Intermédiation financière en faveur de personnes proches

La règle spéciale relative à l'intermédiation financière en faveur de personnes proches a pour but d'assurer que la gestion de fortune par exemple pour un parent âgé reste en principe possible sans assujettissement à la LBA²⁴. Lorsque quelqu'un fournit des services financiers tant à des tiers qu'à des personnes proches au sens de cette disposition, les relations d'affaires avec ces dernières ne sont prises en compte dans le calcul des seuils déterminants qu'à partir du moment où le produit qui en résulte dépasse CHF 20 000.–. 24

Sont considérées comme personnes proches au sens de cette réglementation les parents et alliés en ligne directe, les parents en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, les conjoints (même divorcés), les partenaires enregistrés, les cohéritiers jusqu'à la clôture du partage successoral, ainsi que les appelés et les substituts du légataire au sens de l'art. 488 CC²⁵. 25

2.2.5 Activité à titre professionnel en matière d'opérations de crédit

Le moment à partir duquel des opérations de crédit sont effectuées à titre professionnel fait l'objet d'une réglementation spéciale²⁶, combinant deux critères, à savoir le produit réalisé et le volume des crédits, et prévoyant des seuils différents. Concrètement, le donneur de crédit n'agit à titre professionnel que s'il réalise un produit supérieur à CHF 250 000.– et que le volume des crédits octroyés dépasse CHF 5 millions. 26

Pour déterminer le produit 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 crédit²⁷. 27

23 Art. 8 OAP-LBA

24 Art. 10 OAP-LBA

25 Art. 3, let. e, OAP-LBA

26 Art. 10a OAP-LBA

27 Art. 3, let. f, OAP-LBA

En ce qui concerne les contrats de leasing, c'est non pas la redevance périodique qui est déterminante, mais le volume total des redevances prévues par le contrat, à l'exclusion de la part d'amortissement. L'activité de leasing est exercée à titre professionnel lorsque la valeur totale de tous les contrats de leasing dépasse le seuil de CHF 5 millions, chaque contrat étant pris en compte à hauteur du volume total des redevances convenues. 28

Pour déterminer si une personne agit à titre professionnel ou non dans le domaine du crédit, il ne faut pas se référer aux critères généraux définis aux art. 4 à 7 OAP-LBA, tels que le nombre de cocontractants et le volume des transactions. 29

Si une personne fournit simultanément des services dans le domaine du crédit et dans un autre domaine soumis à la LBA, les deux activités doivent être examinées indépendamment l'une de l'autre pour déterminer si elles sont exercées à titre professionnel ou non. Si le seuil déterminant est atteint dans l'une des deux activités, l'obligation d'assujettissement est étendue à l'autre activité. 30

2.2.6 Passage à une activité à titre professionnel

Lorsque l'activité d'intermédiaire financier est exercée à titre non professionnel, elle n'est pas assujettie à la LBA et il n'est pas nécessaire de s'affilier à un organisme d'autorégulation (OAR) ou d'obtenir une autorisation de l'Autorité de contrôle. Toutefois, quiconque passe d'une activité non professionnelle à une activité exercée à titre professionnel rentre de ce fait dans le champ d'application de la loi et devient assujetti. Il est alors tenu non seulement de respecter aussitôt les obligations de diligence de la LBA, mais encore de s'affilier à un OAR ou de déposer une demande d'autorisation auprès de l'Autorité de contrôle dans les deux mois²⁸. 31

Tant que l'affiliation à l'OAR n'est pas intervenue ou que l'autorisation n'a pas été délivrée, l'intermédiaire financier a l'interdiction d'établir de nouvelles relations d'affaires assujetties, tandis que pour les relations d'affaires assujetties existantes, il doit se limiter aux seuls actes indispensables à la conservation des valeurs patrimoniales concernées²⁹. 32

2.3 Délimitation en relation avec les auxiliaires

L'art. 2, al. 3, LBA définit le champ d'application personnel de la loi dans le secteur non bancaire. Ainsi, toute personne physique ou morale exerçant une des activités visées dans cette disposition est assujettie à la LBA et tenue de s'affilier à un OAR ou d'obtenir une autorisation de l'Autorité de contrôle. 33

La LBA ne contient toutefois aucune disposition sur le cercle des personnes couvertes par l'affiliation à l'OAR ou par l'autorisation de l'Autorité de contrôle. Elle ne précise pas en particulier dans quelle mesure il est permis de faire appel à des auxiliaires pour exercer les activités d'intermédiation financière assujetties. 34

Dans la pratique, nul ne conteste que les employés du titulaire de l'autorisation ou du membre de l'OAR (personne physique ou morale) sont couverts par l'autorisation ou par 35

²⁸ Art. 11, al. 1, OAP-LBA

²⁹ Art. 11, al. 2, OAP-LBA

l'affiliation de leur employeur pour toutes les activités d'intermédiation financière exercées dans le cadre de leur travail au service dudit employeur.

La nature des rapports juridiques établis entre l'auxiliaire et le titulaire de l'autorisation ou le membre de l'OAR n'est pas déterminante aux fins de définition de l'état d'auxiliaire. Est un auxiliaire au sens de l'art. 101 CO toute personne physique ou morale qui exécute une obligation ou exerce un droit pour le compte d'une autre personne, en accord avec celle-ci. L'auxiliaire peut donc être aussi bien un employé qu'un mandataire indépendant. 36

Dans la pratique, on a régulièrement affaire à des cas dans lesquels l'intermédiaire financier recourt aux services d'un auxiliaire qui est certes totalement indépendant du point de vue purement juridique, mais ne dispose pas d'une véritable indépendance opérationnelle vis-à-vis de l'intermédiaire financier. A cet égard, l'élément déterminant pour garantir le respect des obligations de diligence prévues dans la LBA est le degré d'intégration de l'auxiliaire dans l'organisation interne du titulaire de l'autorisation ou du membre de l'OAR. Pour garantir que les obligations découlant de la LBA soient observées en bonne et due forme, il est indispensable que l'auxiliaire, même s'il est formellement indépendant, soit relativement bien intégré dans l'organisation de l'intermédiaire financier. 37

Pour qu'une personne exerçant une activité d'intermédiation financière en tant qu'auxiliaire n'ait pas besoin d'être elle-même titulaire de l'autorisation ou membre de l'OAR, les conditions ci-après doivent être toutes remplies (conditions cumulatives). 38

- L'auxiliaire ne doit travailler que pour un seul intermédiaire financier titulaire d'une autorisation ou affilié à un OAR (clause d'exclusivité). 39

- L'auxiliaire doit être choisi avec soin par l'intermédiaire financier titulaire de l'autorisation ou affilié à l'OAR et se soumettre aux instructions et aux contrôles de ce dernier. 40

- Le cocontractant du client final est l'intermédiaire financier titulaire de l'autorisation ou affilié à l'OAR et en aucun cas l'auxiliaire. Celui-ci ne peut donc agir qu'au nom et pour le compte de l'intermédiaire financier. De plus, il doit être rémunéré par lui et non par le client final. 41

- L'intermédiaire financier titulaire de l'autorisation ou affilié à l'OAR est tenu de soumettre l'auxiliaire aux mesures organisationnelles prévues à l'art. 8 LBA (directives internes, contrôles internes, etc.). Il a notamment l'obligation d'assurer à l'auxiliaire une formation initiale et une formation continue axées sur son activité pratique et sur les principaux aspects de la lutte contre le blanchiment d'argent déterminants pour celle-ci. 42

- L'auxiliaire n'a pas le droit de déléguer l'exercice de son activité à des tiers. 43

Ces éléments doivent tous être réglés en détail dans une convention écrite conclue entre l'intermédiaire financier et l'auxiliaire. 44

Si les conditions ci-dessus sont toutes remplies, l'auxiliaire est considéré comme faisant partie intégrante de l'organisation de l'intermédiaire financier, de sorte que son activité est couverte par l'autorisation de ce dernier ou par son affiliation à l'OAR. Vis-à-vis de l'Autorité de contrôle, l'intermédiaire financier titulaire de l'autorisation ou affilié à l'OAR est personnellement responsable de l'exécution des obligations prévues aux art. 3 ss LBA au sein de son entreprise. Si l'auxiliaire dispose de ses propres locaux commerciaux distincts de ceux 45

de l'intermédiaire financier titulaire de l'autorisation ou affilié à l'OAR, celui-ci doit veiller à ce que l'Autorité de contrôle puisse accéder librement à ces locaux et à tous les documents en relation avec la LBA qui y sont conservés.

Seul un intermédiaire financier soumis à la surveillance directe de l'Autorité de contrôle ou affilié à un OAR reconnu est en droit de déléguer l'exercice d'activités d'intermédiation financière à un auxiliaire. Un auxiliaire actif en Suisse ne peut donc pas s'appuyer sur une autorisation délivrée à un intermédiaire financier à l'étranger ou sur une surveillance exercée sur ce dernier à l'étranger. Les règles ordinaires relatives au champ d'application territorial de la LBA s'appliquent³⁰: s'il conclut, en Suisse ou depuis la Suisse, des affaires d'intermédiation financière pour le titulaire d'une autorisation délivrée à l'étranger ou s'il l'engage juridiquement (succursale de droit ou de fait), l'auxiliaire est soumis à la LBA. 46

2.4 Activité dans le secteur financier

L'intitulé complet de la LBA est «Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier». Cette loi régit donc la lutte contre le blanchiment d'argent et la diligence requise en matière d'opérations financières. Selon le message³¹, elle s'applique aux personnes travaillant dans le secteur financier. Le législateur a sciemment renoncé à assujettir d'autres secteurs, même si ceux-ci peuvent aussi présenter des risques de blanchiment. Lors de l'interprétation de la loi, en particulier lors de l'interprétation de la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA, il faut par conséquent toujours prendre en considération le fait que seules les activités relevant du secteur financier sont assujetties. 47

La loi ne définit pas la notion de secteur financier. Toutefois, les activités énumérées dans le catalogue de l'art. 2, al. 3, let. a à g, LBA relèvent clairement du secteur financier. Ce catalogue constitue donc le point de départ de l'interprétation de la clause générale. Les activités comparables ou présentant une grande similitude avec celles expressément énumérées dans le catalogue doivent être examinées individuellement et, le cas échéant, assujetties à la loi en vertu de la clause générale. Les listes d'activités du secteur financier établies au niveau international³² ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral peuvent aussi être utilisées à titre subsidiaire aux fins d'interprétation. 48

La limitation au secteur financier a pour conséquence que les personnes et les entreprises qui participent à des opérations commerciales ne sont pas assujetties à la LBA, même si elles contribuent de manière active au transfert de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers³³. Toute une série d'activités exposées au risque de blanchiment d'argent ne sont ainsi pas soumises à la LBA. En font notamment partie le négoce immobilier ainsi que le com- 49

³⁰ Voir ch. 14, Champ d'application territoriale

³¹ FF 1996 III 1071

³² Les listes les plus connues sont celles de l'UE (Annexe I de la directive 2000/12/CE) et du GAFI (Les 40 Recommandations, glossaire, «institutions financières»). En relation avec l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'OMC a établi une classification sectorielle des services (Liste W120), qui classe de manière très détaillée les activités selon les divers secteurs, entre autres le secteur financier (Services financiers). La division statistique de l'ONU gère par ailleurs une «Central Product Classification» (CPC), qui classe aussi de manière très détaillée les activités selon les différents secteurs. Les «Financial and related services» en constituent une des principales catégories.

³³ Voir ch. 5 pour les activités de négoce assujetties

merce des antiquités et des œuvres d'art³⁴.

2.5 Transport de valeurs

Le transport physique de valeurs, autrement dit le déplacement de valeurs patrimoniales d'un lieu à un autre, n'est pas soumis à la LBA, car il s'agit d'un service qui ne se distingue en rien, au niveau de son déroulement, du transport d'autres marchandises. Toutefois, si des prestations supplémentaires sont fournies en relation avec le transport ou pendant ce dernier et que ces prestations doivent être elles-mêmes qualifiées d'intermédiation financière, le transport est assujéti. C'est le cas en particulier lorsque le transporteur dépose l'argent en espèces qu'on lui a confié sur son propre compte, le convertissant ainsi en monnaie scripturale, avant de le virer par voie électronique au destinataire final ou à un tiers, conformément aux ordres reçus. Ce faisant, il fournit, outre le service de transport proprement dit, un service relevant du trafic des paiements. 50

Toutefois, si le transporteur agit sur mandat du titulaire de la créance résultant de l'acte juridique sous-jacent, son activité doit être globalement qualifiée de recouvrement de créance et n'est par conséquent pas assujéti. Un bon exemple en est le transport contre remboursement (*cash on delivery, COD*), très répandu dans la branche du transport de marchandises, qui n'est donc pas soumis à la LBA. Dans le cadre de ce type de transport, l'expéditeur confie une marchandise à un transporteur afin qu'il la livre au destinataire. Le transporteur remet la marchandise à ce dernier contre paiement en espèces ou par chèque. Ensuite, la somme encaissée est soit envoyée à l'expéditeur par voie postale, soit déposée sur le compte du transporteur, d'où elle est virée par voie électronique sur celui de l'expéditeur. Cette opération constitue une garantie de paiement dans l'intérêt de l'expéditeur. C'est ce dernier, autrement dit le créancier, qui est le mandataire. Il s'agit donc d'une activité de recouvrement de créances non assujéti³⁵. 51

La mise en rouleaux de pièces de monnaie ne constitue pas un service d'intermédiation financière, car il ne s'agit que d'un changement d'emballage de la marchandise transportée. De même, le fait de remplacer les pièces ou coupures composant la somme transportée par d'autres pièces ou coupures de la même monnaie n'est pas non plus constitutif d'un service d'intermédiation financière³⁶. 52

Tout transport implique inévitablement la garde des biens transportés pendant toute la durée du transport. En principe, la seule conservation physique de valeurs patrimoniales ne constitue pas un service financier et ne donne donc pas lieu à une obligation d'assujétissement. Il en va toutefois autrement si les biens qu'il s'agit de conserver sont des valeurs mobilières, conformément à l'art. 2, al. 3, let. g, LBA³⁷. Ce service est en effet expressément soumis à la loi. Si le but des parties est d'assurer la conservation des valeurs mobilières, celle-ci est réputée constituer le service principal et il y a obligation d'assujétissement. En revanche, si elle n'est qu'un service accessoire inévitablement associé à un transport, la 53

³⁴ FF 1996 III 1071; voir aussi ch. 4.2.5.3.3, Négoce immobilière, et ch. 4.2.5.4 Commerce d'objets d'art et d'antiquités

³⁵ Ch. 4.1, Recouvrement de créances

³⁶ Ch. 5.1, Change

³⁷ Ch. 8.1, Conservation de valeurs mobilières

conservation des valeurs mobilières n'est pas considérée comme un service indépendant et n'entraîne par conséquent pas d'obligation d'assujettissement.

2.6 Activité d'organe

En principe, les mandats d'administrateurs et autres activités d'organe ne sont pas constitutifs d'une intermédiation financière. La personne concernée agit en qualité d'organe de la société et dispose donc de pouvoirs non pas sur des valeurs appartenant à des tiers, mais uniquement sur des valeurs appartenant en propre à la société dont elle est organe. 54

Il en va autrement lorsque l'activité d'organe est exercée à titre fiduciaire, car dans ce cas il peut y avoir intermédiation financière³⁸. 55

L'ayant droit économique n'est pas soumis à la LBA, même lorsqu'il assume une fonction d'organe. En effet, l'obligation d'assujettissement est liée notamment au fait que la fonction d'organe est exercée à titre fiduciaire. Or, s'il apparaît lui-même comme organe, l'ayant droit économique n'agit pas sur instructions de tiers. 56

L'organe est défini de manière très large. Est réputée organe toute personne qui remplit effectivement la fonction d'organe, en ce sens qu'elle prend les décisions réservées à l'organe ou assume la direction des affaires proprement dite, jouant ainsi un rôle déterminant dans la formation de la volonté de la société. Cette approche englobe donc non seulement les organes formels (membres du conseil d'administration) et matériels (directeurs, gérants, etc.), mais encore les organes de fait³⁹. 57

2.6.1 Domiciliation, création et vente de sociétés

La domiciliation d'une société de domicile, consistant à mettre une boîte à lettres à sa disposition ou à exécuter pour elle de simples travaux de secrétariat, n'est pas soumise à la LBA. 58

Il en va de même de la création et de la vente de sociétés, lorsque l'activité exercée se limite au conseil, à la rédaction de contrats et à la recherche de personnes disposées à assumer la direction de la société, ainsi qu'à la réalisation de la création ou de la vente sans possibilité d'intervenir dans le trafic des paiements requis par l'opération. En revanche, si des actions au porteur ou des actions nominatives endossées en blanc sont conservées en relation avec le mandat de création ou de vente, l'opération est constitutive d'une activité d'intermédiation financière⁴⁰. 59

2.6.2 Sociétés de domicile

Les sociétés de domicile peuvent être constituées sous les formes juridiques les plus diverses, de la société anonyme, en particulier avec des actions au porteur, aux trusts, en pas- 60

³⁸ Voir ch. 2.6.2, Sociétés de domicile

³⁹ Voir ATF 114 V 213 p. 215 ss

⁴⁰ Voir ch. 8, Conservation de valeurs patrimoniales

sant par les fondations de famille et les « Anstalten ». Par sociétés de domicile, on entend en principe les groupes organisés de personnes et les patrimoines organisés, qui n'exercent pas d'activité de commerce ou de fabrication ou une autre activité exploitée en la forme commerciale. Il s'agit en règle générale d'un véhicule financier servant à administrer la fortune de l'ayant droit économique. La notion de société de domicile ne doit pas être comprise dans un sens technique⁴¹.

Les sociétés de domicile doivent être distinguées des sociétés opérationnelles. En effet, une société opérationnelle se caractérise par le fait que son but principal est d'exercer une activité commerciale et non de gérer la fortune de son ayant droit économique. 61

Il faut examiner dans chaque cas particulier si l'on a affaire à une société de domicile ou à une société opérationnelle. Certains indices permettent de déterminer si le but principal d'une société est de gérer la fortune de son ayant droit économique, autrement dit de réaliser des profits ou des gains en capitaux sur cette fortune, ou d'exercer une activité commerciale à proprement parler. Ces indices sont à chercher en particulier dans le bilan et dans le compte d'exploitation de la société. Si, par exemple, un portefeuille de titres ou d'autres valeurs patrimoniales représentent la part dominante des postes du bilan et que, dans le même temps, le compte d'exploitation affiche des profits et des gains en capitaux provenant essentiellement de ces valeurs patrimoniales figurant au bilan, il est très probable qu'il s'agisse d'une société de domicile. 62

Si l'on est en présence aussi bien d'indices pointant en direction d'une société opérationnelle que d'indices désignant une société de domicile, il y a lieu d'identifier, compte tenu du contexte global, le ou les indices dominants révélateurs du but principal de la société. 63

Les sociétés de domicile et les sociétés d'investissement⁴² ont en commun qu'elles n'exercent pas à proprement parler d'activité commerciale, qu'elles sont des véhicules organisés selon le droit des sociétés à des fins de gestion de fortune et que leur fortune sociale est placée et gérée dans l'intérêt de leur ayant droit économique. Si, en raison du nombre d'investisseurs, la CFB⁴³ refuse de qualifier une société de société d'investissement au sens de la LPCC⁴⁴, il convient d'examiner si l'on a affaire à une société de domicile dont les organes sont des intermédiaires financiers au sens de la LBA. 64

Ce n'est pas la société de domicile mais ses organes qui sont assujettis à la loi. Du point de vue juridique, l'assujettissement des organes des sociétés de domicile se justifie par le fait qu'ils agissent sur instructions de l'ayant droit économique de la société et, partant, à titre fiduciaire. De ce fait, l'indépendance juridique de la société de domicile ne peut pas être prise en considération. Ses organes agissent non pas pour la société de domicile, mais pour le compte de l'ayant droit économique. Par conséquent, ils disposent non pas de va- 65

41 L'art. 3 OBA AdC (Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 10 octobre 2003 concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis, RS 955.16, OBA AdC) ne peut être utilisé que de manière restreinte pour trancher la question de l'assujettissement. En effet, il part de l'hypothèse que toutes les entités n'exerçant pas d'activité de commerce ou de fabrication ou d'autre activité exploitée en la forme commerciale, ainsi que toutes les entités ne disposant ni de locaux ni de personnel propres, doivent être traitées comme des sociétés de domicile pour ce qui est de l'application des obligations de diligence.

42 Voir ch. 6.3, Placements collectifs de capitaux

43 Commission fédérale des banques, ci-après CFB.

44 Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux, RS 951.31, ci-après LPCC.

leurs patrimoniales qui leur sont propres, mais de valeurs appartenant à un tiers, à savoir l'ayant droit économique. Toutefois, si ce dernier exerce lui-même la fonction d'organe, il gère sa propre fortune et n'est donc pas assujetti à la LBA.

Le lieu d'incorporation de la société n'est pas pertinent pour l'assujettissement des organes domiciliés en Suisse. Les sociétés de domicile peuvent être incorporées en Suisse comme à l'étranger. Dans ce dernier cas, on parle généralement de sociétés offshore. 66

En principe, tous les organes exécutifs formels, matériels et factuels⁴⁵ des sociétés de domicile sont réputés intermédiaires financiers, dès lors qu'ils disposent d'un droit de signature. A cet égard, la signature collective est suffisante pour déterminer l'assujettissement. 67

En ce qui concerne les sociétés de domicile étrangères, il peut arriver que leurs organes soient des personnes morales. Or, souvent, ces personnes morales doivent elles aussi être qualifiées de sociétés de domicile. Dans ce cas, ce sont bien les organes de la personne morale fonctionnant comme organe, et non la personne morale elle-même, qui sont réputés exercer l'activité d'intermédiaire financier et assujettis à la LBA. 68

2.6.3 Sociétés opérationnelles

Il y a lieu de distinguer la situation décrite ci-dessus de celle que connaissent les sociétés opérationnelles – sociétés commerciales ou industrielles et sociétés de services. Certes, il peut arriver que les organes d'une société opérationnelle exercent leur activité sur la base d'un contrat fiduciaire conclu avec l'ayant droit économique de la société, remplissant ainsi eux aussi leur mandat dans l'intérêt et sur instructions de l'ayant droit économique. Toutefois, contrairement à une société de domicile, une société opérationnelle ne constitue pas un simple véhicule financier et c'est pourquoi il est justifié de ne pas assujettir les administrateurs fiduciaires et autres organes des sociétés opérationnelles à la LBA. 69

Sont réputées opérationnelles en particulier les associations et fondations qui ont inscrit dans leurs statuts des buts d'utilité publique, politiques, religieux, scientifiques, artistiques, sociétaux ou des buts analogues, pour autant qu'elles poursuivent effectivement ces buts. 70

Enfin, il convient de souligner, à titre de précision, qu'une société opérationnelle exerçant une activité selon l'art. 2, al. 3, LBA à titre professionnel est bien sûr soumise à la LBA. 71

2.6.4 Sociétés holding

Une société holding est non pas un véhicule financier, mais un instrument permettant de constituer un groupe de sociétés. Elle a pour but de détenir durablement des participations dans des sociétés indépendantes, afin de les diriger et de les contrôler. Cette fonction de direction et de contrôle ne peut être exercée que si la société holding détient la majorité des voix dans ses participations ou exerce une influence dominante d'une autre manière. En règle générale, la société holding intègre les sociétés qu'elle contrôle dans son périmètre de consolidation. 72

⁴⁵ Ch. 2.6, Activité d'organe, ch. marg. 57

Bien qu'elle remplisse tous les critères de définition de la société de domicile, la société holding ne doit pas être qualifiée comme telle. Ses organes ne sont donc pas des intermédiaires financiers. Ce non-assujettissement des organes de la société holding vaut même si ses filiales sont des sociétés de domicile. Dans ce cas, ce sont les organes de la filiale qui sont considérés comme des intermédiaires financiers et assujettis à la LBA. 73

2.6.5 Manteaux d'actions

Les manteaux d'actions sont soit des sociétés précédemment actives et provisoirement mises en sommeil, soit des sociétés créées avec l'intention de les rendre opérationnelles à une date ultérieure. Un manteau d'actions est considéré comme une société de domicile, car il n'a pas d'activité opérationnelle et, en règle générale, ne dispose ni de locaux ni de personnel propres. Ses organes doivent par conséquent être qualifiés d'intermédiaires financiers, sauf si la fonction d'organe est exercée par l'ayant droit économique. 74

2.6.6 Trusts

Le trust est une construction juridique inconnue du droit suisse des sociétés et il a fallu attendre que la Suisse ratifie la Convention de la Haye sur les trusts⁴⁶ pour que le législateur le reconnaisse. En Suisse également, il existe des personnes et des entreprises qui agissent comme *trustee* ou comme *protector* pour des trusts de droit étranger. Il est donc indispensable de préciser à quelles conditions lesdites personnes et entreprises doivent être qualifiées d'intermédiaires financiers au sens de la loi sur le blanchiment d'argent. 75

Il existe plusieurs types de trusts. La constitution d'un *express trust* (fiducie expresse) intervient par un acte juridique unilatéral. Elle peut se faire au moyen d'une disposition successorale ou d'une déclaration entre vifs et n'est en principe soumise à aucune obligation de forme particulière. La constitution du trust étant un acte juridique unilatéral, l'accord du trustee n'est pas nécessaire pour que le trust soit valablement constitué. Aucune relation juridique n'est créée entre le *settlor* (constituant) et le trustee. La relation juridique naît entre le trustee et l'ayant droit économique en faveur duquel le trust est constitué. 76

Les trusts sont assimilés à des sociétés de domicile, car ils en possèdent tous les éléments constitutifs caractéristiques⁴⁷. Leur but unique est de détenir et gérer des valeurs patrimoniales. 77

Le trustee accepte par définition des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, puisque ces valeurs lui sont confiées par le settlor. Le trustee détient et gère les biens du trust en son nom propre, mais selon les instructions du settlor et dans l'intérêt de l'ayant droit économique. Du point de vue économique, il s'agit donc bien de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. 78

Le trustee qui gère des trusts en Suisse ou depuis la Suisse est soumis à la LBA, quels que soient le lieu où se situent les biens du trust et l'ordre juridique dans lequel le trust a été 79

⁴⁶ La convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (FF 2006 623) est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007.

⁴⁷ Voir ch. 2.6.2, Sociétés de domicile

constitué.

Le protector est qualifié ou non d'intermédiaire financier en fonction de l'étendue et de la nature de ses pouvoirs. Si ses prérogatives se limitent à changer ou à surveiller le trustee ou encore à disposer d'un droit de veto lui permettant uniquement de s'opposer à des décisions de placement et d'allocation prises par le trustee, le protector n'est pas un intermédiaire financier au sens de la LBA. En revanche, s'il peut prendre des décisions en matière financière en lieu et place du trustee ou conjointement avec ce dernier, il doit être qualifié d'intermédiaire financier et soumis à la LBA. 80

2.6.7 Sociétés de facturation

Par société de facturation, l'Autorité de contrôle entend une société qui assure l'exécution de tout ou partie du processus à valeur ajoutée de la facturation pour le compte d'un tiers émetteur des factures. 81

L'activité de la société de facturation n'est en principe pas soumise à la LBA. Même lorsque les destinataires des factures règlent celles-ci à l'émetteur par l'intermédiaire de la société de facturation, il s'agit normalement d'opérations de recouvrement de créance⁴⁸ ou d'affacturage⁴⁹ non assujetties. 82

Souvent, la société de facturation est créée à des fins d'optimisation fiscale et s'occupe exclusivement de la facturation des prestations fournies par la société qui l'a constituée ou par des entreprises proches de cette dernière. Elle n'a alors besoin de disposer à cet effet ni de locaux ni de personnel propres. Dans ce cas, il faut vérifier s'il s'agit d'une société de domicile⁵⁰ au sens de la LBA et, partant, s'il y a obligation d'assujettissement de ses organes. 83

2.6.8 Associations, fondations et coopératives

Les associations, fondations et coopératives se fixent généralement un but statutaire opérationnel. Si elles le poursuivent effectivement, conformément à leurs statuts, il ne s'agit pas de sociétés de domicile. Leurs organes ne sont donc pas des intermédiaires financiers. 84

Il en va autrement lorsque le but statutaire n'implique pas une activité opérationnelle ou que celle-ci n'est pas exercée. Dans ce cas, l'entité concernée est une société de domicile et ses organes sont des intermédiaires financiers assujettis à la LBA. 85

48 Ch. 4.1, Recouvrement de créances.

49 Ch. 3.3.3.1, Affacturage

50 Ch. 2.6.2, Sociétés de domicile

3 Opérations de crédit (art. 2, al. 3, let. a, LBA)

3.1 Principes d'interprétation

Aux termes de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA, sont réputées intermédiaires financiers les personnes qui effectuent des opérations de crédit (portant notamment sur des crédits à la consommation ou des crédits hypothécaires, des affaturages, des financements de transactions commerciales ou des leasings financiers). Selon le message, cette disposition vise à couvrir les activités qui «se rapprochent de celles des banques. Bien que ces activités consistent aussi à fournir des crédits, la différence provient du fait que les fonds ne sont pas collectés auprès du public, mais que le refinancement de l'intermédiaire concerné provient principalement du groupe auquel cet intermédiaire appartient»⁵¹. 86

Contrairement à la loi sur les banques⁵², la LBA vise non pas à protéger les créanciers, mais à prévenir le blanchiment d'argent. Le risque accru de blanchiment d'argent dans les opérations de crédit se situe au niveau du paiement des intérêts et de l'amortissement, car le preneur de crédit pourrait utiliser à cet effet des fonds d'origine criminelle. Etant donné que la possibilité de blanchir de l'argent se situe chez le preneur de crédit, c'est non pas ce dernier, mais au contraire le donneur de crédit qui est soumis à la LBA. 87

La question de l'assujettissement à la LBA ne peut dépendre de la provenance des moyens financiers accordés par le donneur de crédit. Une opération de crédit est donc aussi assujettie à la LBA lorsque son refinancement est réalisé non pas au moyen de fonds de tiers, mais exclusivement avec les fonds propres de l'intermédiaire financier. 88

L'art. 2, al. 3, let. a, LBA repose sur une définition large du crédit, qui ne se limite pas aux prêts purs⁵³. Cette disposition s'inspire largement de la réglementation de l'UE⁵⁴ et du GAFI⁵⁵, dont elle veut égaler les standards⁵⁶. Ces standards internationaux comprennent non seulement les crédits monétaires, mais encore les financements en tous genres et même les crédits d'engagement. Toutefois, en renonçant à reprendre les dispositions correspondantes de l'UE et du GAFI, le législateur suisse a clairement refusé l'assujettissement de ce dernier type d'opérations. Les cautionnements, garanties, crédits par acceptation et autres engagements conditionnels en faveur de tiers ne constituent donc pas des opérations assujetties à la LBA. En revanche, en Suisse également, les crédits sous toutes les formes, indépendamment de leur destination et de leur garantie, ainsi que les financements en tous genres sont assujettis. 89

Comme déjà mentionné ci-dessus, l'art. 2, al. 3, let. a, LBA a pour but d'assujettir les opérations de crédit et vise en particulier les activités de crédit se rapprochant de celles des ban- 90

51 FF 1996 III 1074

52 Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0, ci-après LB.

53 Art. 312 ss. CO

54 Union européenne

55 Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux: organisme intergouvernemental qui a pour but d'établir et de promouvoir des normes et une politique de lutte contre le blanchiment d'argent; <http://www.fatf-gafi.org/index.htm>.

56 FF 1996 III 1073

ques⁵⁷. En posant la condition que, pour être soumise à la LBA, l'activité de crédit devait être proche de celle des banques, le législateur voulait distinguer les affaires visant à générer un profit (les opérations de crédit) des activités poursuivant prioritairement d'autres buts et n'ayant pas, de ce fait, un caractère bancaire (simple octroi de crédit). Les opérations de crédit effectuées à titre professionnel⁵⁸ tombent sous le coup de la LBA, alors que le simple octroi de crédit y échappe, indépendamment du type de crédit⁵⁹.

3.2 Simple octroi de crédit

Il incombe en principe à l'entreprise et aux personnes concernées de démontrer que l'on est en présence d'un simple octroi de crédit et non d'une opération de crédit assujettie. Dans les situations ci-dessous, on peut cependant considérer qu'il s'agit d'un simple octroi de crédit non assujetti à la LBA. 91

- Octroi de crédit entre une société et son associé 92
- Octroi de crédit entre un employeur et son employé
- Octroi de crédit entre personnes proches

3.2.1 Octroi de crédit entre une société et son associé

Lorsqu'un associé détient une participation significative dans sa société, les relations de crédit entre cet associé et la société ne tombent pas sous le coup de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA, peu importe que le donneur de crédit soit l'associé ou la société. 93

Une personne physique ou morale détient une participation significative dans une société lorsqu'elle possède directement ou indirectement 10 % du capital et/ou des voix de cette société. Ainsi, il n'est pas nécessaire que le crédit soit octroyé dans le cadre d'un groupe intégralement consolidé⁶⁰. Une participation de 10 % entre le donneur et le preneur de crédit suffit à exclure l'assujettissement à la LBA. Pour calculer ce pourcentage, on se base sur le capital propre de la société, c'est-à-dire sur le capital-actions et le capital-participations. Le capital en bons de jouissance n'est pas pris en compte. Les détenteurs de tels bons ne peuvent dès lors pas invoquer la présente réglementation d'exception. 94

La participation significative doit persister pendant toute la durée du contrat. Si cette condition prend fin, le donneur de crédit est aussitôt considéré comme un intermédiaire financier⁶¹. 95

Cette pratique s'applique à toutes les relations de crédit établies avec des personnes morales dans lesquelles il est possible de détenir une participation en capital ou en droits de vote 96

57 FF 1996 III 1074

58 Voir ch. 2.2.5, Activité à titre professionnel en matière d'opérations de crédit

59 Voir ch. 3.3, Types de crédits

60 Voir art. 663e CO

61 Voir ch. 2.2.6, Passage à une activité à titre professionnel

(société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée et coopérative). Pour les relations de crédit établies avec des sociétés de personnes, les règles ci-après s'appliquent.

Société en nom collectif

Les associés d'une société en nom collectif ne tombent pas sous le coup de la LBA lorsqu'ils prêtent de l'argent à leur propre société. De même, si c'est la société en nom collectif qui accorde un prêt à l'un de ses associés, il s'agit également d'un simple octroi de crédit qui n'entre pas dans le champ d'application de la LBA. 97

Société en commandite

En ce qui concerne les sociétés en commandite, il faut distinguer les associés indéfiniment responsables (commandités) des associés dont la responsabilité est limitée (commanditaires). Les relations de crédit entre les commandités et leur société n'entrent pas dans le domaine d'application de la LBA. En ce qui concerne les commanditaires, pour peu qu'ils détiennent une participation significative dans la société, leurs relations de crédit avec cette dernière échappent aussi à la LBA. La participation est réputée significative lorsque la valeur additionnée de la commandite et de la réserve proportionnelle représente au moins 10 % du capital de la société. Si la participation ne peut pas être prouvée, il faut se fonder sur la proportion entre le montant de la commandite et celui du capital social tels qu'ils figurent au bilan. Les relations de crédit entre un commanditaire et la société ne sont pas non plus soumises à la LBA si le commanditaire dispose d'au moins 10 % des voix de la société. 98

Les relations de crédit entre le titulaire d'une raison individuelle et son entreprise ne sont jamais considérées comme de l'intermédiation financière. En effet, il y a non seulement unité économique, mais encore unité juridique entre la fortune du titulaire et celle de la raison individuelle. 99

Il n'est pas possible de détenir des participations dans des fondations et des associations. C'est pourquoi les opérations de crédit impliquant ce type d'entités sont en principe soumises à la LBA. Il y a cependant quelques exceptions: 100

- lorsqu'une fondation accorde un crédit à un bénéficiaire en conformité avec ses statuts, on considère que l'opération ne vise pas prioritairement à générer un profit. C'est pourquoi elle doit être qualifiée de simple octroi de crédit et n'entre par conséquent pas dans le champ d'application de la LBA; 101
- en ce qui concerne les fondations de famille, tant l'octroi d'un crédit par la fondation à un bénéficiaire en conformité avec les statuts que l'opération inverse (octroi d'un crédit par le bénéficiaire à la fondation en conformité avec les statuts) ne sont pas soumis à la LBA, car ces activités de crédit – à l'instar de celles impliquant des personnes proches⁶² – ne se rapprochent pas de celles des banques; 102
- l'octroi d'un crédit par une association reconnue d'utilité publique et exonérée d'impôts ne tombe pas sous le coup de la LBA, pour autant que le crédit soit en rapport avec le but d'intérêt public de l'association. 103

⁶² Voir ch. 3.2.3, Octroi de crédit entre personnes proches

Pour ce qui touche aux sociétés simples, il est renvoyé aux chapitres relatifs à la propriété commune⁶³, à la copropriété⁶⁴ et aux accords sur l'exercice des droits d'actionnaire⁶⁵. 104

3.2.1.1 Actions en propriété collective

Comme d'autres biens, les actions peuvent aussi faire l'objet d'une propriété collective (copropriété ou propriété commune). En principe, les personnes qui détiennent une ou plusieurs action(s) en propriété collective ne peuvent exercer les droits liés à leur(s) action(s) que par l'intermédiaire d'un représentant commun⁶⁶. 105

3.2.1.1.1 Actions en copropriété

Le copropriétaire d'un paquet d'actions a le droit de demander la levée de la copropriété de façon immédiate et simplifiée. Il peut ainsi disposer à tout moment et sans avoir à obtenir l'accord des autres copropriétaires du nombre d'actions qui lui échoient en vertu du partage. Dans ce contexte, une relation de crédit entre une société et une personne possédant des actions en copropriété n'est pas soumise à la LBA, pour autant que la part des actions dont cette personne peut disposer à tout moment par levée de la copropriété représentent au moins 10 % du capital ou des voix de la société. 106

3.2.1.1.2 Actions en propriété commune

Appliqué aux actions en propriété commune, en particulier dans le cadre d'une communauté héréditaire, l'art. 690 CO signifie que les actionnaires ne peuvent exercer les droits attachés à leurs titres que par l'exécuteur testamentaire ou par un représentant désigné en commun. La communauté héréditaire elle-même est considérée comme actionnaire et, si les actions sont nominatives, inscrite en tant que telle au registre des actions. Si le paquet d'actions détenu par la communauté des propriétaires représente au moins 10 % du capital ou des voix de la société, les relations de crédit entre cette dernière et la communauté des propriétaires ne sont pas soumises à la LBA. 107

Toutefois, les membres de la communauté des propriétaires ne peuvent pas se prévaloir de leur part à la propriété collective du paquet d'actions pour en tirer des droits individuels. Ainsi, les relations de crédit entre la société et chacun des membres de la communauté des propriétaires considéré individuellement sont soumises à la LBA. 108

⁶³ Voir ch. 3.2.1.1.2, Actions en propriété commune

⁶⁴ Voir ch. 3.2.1.1.1, Actions en copropriété

⁶⁵ Voir ch. 3.2.1.4, Accords sur l'exercice des droits d'actionnaire

⁶⁶ Art. 690, al. 1, CO

3.2.1.2 Droits réels limités sur des actions

3.2.1.2.1 Actions grevées d'un droit d'usufruit

L'action grevée d'un droit d'usufruit est représentée par l'usufruitier; celui-ci est responsable envers le propriétaire de l'action s'il ne prend pas les intérêts de ce dernier en équitable considération⁶⁷. Les droits patrimoniaux et les droits de participer aux décisions attachés à l'action passent à l'usufruitier⁶⁸. Compte tenu des effets de l'usufruit, les relations de crédit entre une société et un usufruitier doivent être considérées, en ce qui concerne l'assujettissement, de la même manière que celles existant entre une société et un actionnaire (de plein droit). Partant, si une personne détient, en tant qu'usufruitier, au moins 10 % des voix dans une société, ses relations de crédit avec la société ne sont pas soumises à la LBA. 109

Comme indiqué plus haut, la propriété de l'action ne passe pas à l'usufruitier, mais reste en mains du propriétaire, appelé alors le nu-propriétaire. Les relations de crédit entre une société et un nu-propriétaire d'actions ne sont pas soumises à la LBA, dès lors que le propriétaire en question possède au moins 10 % du capital de la société. 110

3.2.1.2.2 Actions grevées d'un droit de gage

Les actions données en gage sont représentées dans l'assemblée générale de la société par l'actionnaire lui-même et non par le créancier gagiste⁶⁹. 111

Compte tenu de la position particulière du créancier gagiste, il convient de différencier, en ce qui concerne l'assujettissement à la LBA, d'une part, une relation de crédit entre une société et un créancier et, d'autre part, une relation de crédit entre une société et un actionnaire. En effet, quand bien même il acquiert la possession des actions en vertu du contrat de gage, le créancier gagiste ne devient pas pour autant actionnaire de la société. Il ne dispose d'aucun droit d'actionnaire. Le transfert de possession a pour seule fonction de constituer une garantie. C'est pourquoi les relations de crédit entre une société et un créancier possédant des actions de la société à titre de gage sont soumises à la LBA. 112

L'actionnaire dont les titres sont grevés d'un gage est néanmoins traité comme un actionnaire de plein droit: en donnant ses actions en gage, il n'abandonne pas pour autant ses droits d'actionnaire. Aussi y a-t-il lieu, en ce qui concerne l'assujettissement à la LBA, de considérer une relation de crédit entre une société et un actionnaire dont les actions sont grevées d'un gage comme s'il s'agissait d'un actionnaire disposant d'actions non grevées. Partant, l'actionnaire qui accorde un prêt à une société dans laquelle il détient une participation significative n'est pas soumis à la LBA, même s'il a donné ses actions en gage. Cela vaut également lorsque c'est la société qui octroie un crédit à un actionnaire dont la participation est significative et qui a engagé ses actions. 113

⁶⁷ Art. 690, al. 2, CO

⁶⁸ Art. 755 CC

⁶⁹ Art. 905 CC

3.2.1.3 Possession d'actions à titre fiduciaire

Les actions peuvent aussi faire l'objet de relations fiduciaires. A cet égard, même si le fiduciaire ne possède les actions qu'en vertu d'un transfert de propriété à titre fiduciaire, autrement dit pour le compte de son client, il est perçu par les tiers comme leur détenteur de plein droit. Toutefois, dans le contrat qui le lie à son client, il s'engage à exercer les droits attachés aux actions d'une certaine manière. 114

Compte tenu de cette situation particulière du fiduciaire, les relations de crédit qu'il entretient avec la société dont il détient des actions à titre fiduciaire sont soumises à la LBA. En revanche, l'actionnaire qui a confié ses actions au fiduciaire reste actionnaire, du moment qu'il peut continuer d'exercer ses droits en donnant les instructions nécessaires au fiduciaire. Les relations de crédit entre la société et un tel actionnaire détenant une participation significative ne sont donc pas soumises à la LBA. 115

3.2.1.4 Accords sur l'exercice des droits d'actionnaire

Lorsque plusieurs actionnaires décident de se regrouper et de réunir leurs droits de vote pour gagner en influence, ils poursuivent un but commun en unissant leurs forces et leurs ressources. De ce fait, ils constituent une société simple et sont donc soumis aux dispositions du CO régissant cette forme de société⁷⁰. Le but de cette société simple est d'exercer en commun les droits de vote accordés individuellement à chaque détenteur d'actions. Les voix incorporées aux actions deviennent ainsi la propriété commune des associés de la société simple. Si une relation de crédit est établie entre la société anonyme et la société simple, le donneur de crédit n'est pas soumis à la LBA, dans la mesure où la société simple détient au moins 10 % des voix, c'est-à-dire une participation significative dans la société anonyme. En revanche, si un des actionnaires participant à la société simple obtient un crédit de la société anonyme ou lui en accorde un à titre individuel, il ne peut pas s'appuyer sur les voix appartenant à la société simple. Dans ce cas, si l'actionnaire ne détient pas à titre personnel au moins 10 % des voix, la relation de crédit est soumise à la LBA. 116

3.2.2 Octroi de crédit entre employeur et employé

Les relations de crédit entre employeur et employé ne tombent pas sous le coup de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA lorsque l'employeur est tenu de verser des contributions sociales pour activité dépendante pour l'employé. Cette règle vaut quels que soient le but et les garanties du crédit accordé. 117

La condition de non-assujettissement (obligation de verser des contributions sociales pour l'employé) doit être remplie pendant toute la durée du crédit. Si elle ne l'est plus, le donneur de crédit est aussitôt considéré comme un intermédiaire financier soumis à l'art. 2, al. 3, let. a, LBA⁷¹. 118

⁷⁰ Art. 530 ss. CO

⁷¹ Voir ch. 2.2.6, Passage à une activité à titre professionnel

3.2.2.1 Egalité de traitement des employés et des organes exécutifs

Conformément à une pratique constante du Tribunal fédéral⁷² et des caisses de compensation, les organes exécutifs sont considérés comme exerçant une activité lucrative dépendante. Le critère de paiement des contributions sociales pour activité dépendante leur est donc également applicable. 119

3.2.2.2 Organes fiduciaires

Un organe fiduciaire exerce son mandat en lieu et place d'une autre personne, qu'il «représente». L'obligation de se conformer aux instructions de cette personne peut reposer sur un contrat de travail (l'employeur délègue un employé au sein du conseil d'administration d'une société tierce) ou sur un acte fiduciaire (l'ayant droit économique de la société mandate directement l'employeur ou l'employé). Les relations de crédit entre l'organe fiduciaire agissant sur instructions et la société au sein de laquelle il exerce la fonction d'organe ne se distinguent pas des relations de crédit ordinaires et sont donc soumises à la LBA. Ne peuvent se prévaloir de l'exception à l'assujettissement des relations de crédit à la LBA que les organes qui exercent leur fonction de façon indépendante, c'est-à-dire sans recevoir d'instructions. 120

3.2.3 Octroi de crédit entre personnes proches

Les relations de crédit entre personnes proches ne tombent pas sous le coup de l'art. 2, al. 3, let. a LBA. 121

La notion de personne proche est définie à l'art. 3, let. e, OAP-LBA. Il s'agit des parents et alliés en ligne directe, des parents en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, des conjoints (même divorcés), des partenaires enregistrés, des cohéritiers jusqu'à la clôture du partage successoral et des appelés et substituts du légataire au sens de l'art. 488 CC. 122

3.3 Types de crédits

3.3.1 Crédit en espèces

La remise d'argent au preneur de crédit contre son engagement de rembourser le montant reçu et d'éventuellement verser des intérêts est en principe assujettie à la LBA. Les fins auxquelles le preneur de crédit entend utiliser l'argent reçu ne jouent aucun rôle en ce qui concerne l'assujettissement à la LBA. Celui-ci ne concerne donc pas uniquement les crédits hypothécaires et les crédits à la consommation expressément mentionnés dans la loi. De même, le type de garantie octroyée n'est pas déterminant pour l'assujettissement. Ainsi, les crédits garantis par gage ou d'une autre manière sont aussi assujettis à la LBA, peu importe qu'il s'agisse d'un gage mobilier ou immobilier. Les maisons de prêts sur gage, qui accor-

⁷² ATF 121 I 262 consid. 3b

dent des prêts contre remise d'un gage mobilier, sont par conséquent soumises à la LBA.

En résumé, on peut retenir que les crédits en compte courant, les crédits cambiaires, les crédits lombards et les prêts à long terme sont soumis à la LBA. Il en est de même des prêts partiaires et des prêts de rang postérieur. 124

Si l'intermédiaire financier acquitte une dette d'un client sur mandat de ce dernier et se fait ensuite rembourser par le client, il s'agit aussi d'une opération de crédit soumise à la LBA. 125

En revanche, les crédits fournisseurs et les acomptes des clients dont le but principal est le paiement de marchandises n'entrent pas dans le champ d'application de la LBA, car il ne s'agit-là que de modalités de paiement. En tant que crédits d'engagement, le crédit d'aval et le crédit de cautionnement ne sont pas non plus soumis à la LBA. 126

3.3.2 Crédit à la consommation

En ce qui concerne le crédit à la consommation, il convient de relever que la LCC⁷³ dispose que les crédits accordés sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire sont considérés comme des crédits à la consommation. Ces termes ne peuvent toutefois pas être transposés tels quels à l'obligation d'assujettissement à la LBA. Si l'art. 2, al. 3, let. a, LBA mentionne les crédits à la consommation et les crédits hypothécaires parmi les crédits soumis, c'est pour indiquer que les crédits d'argent sont assujettis, quelle que soit l'utilisation qui en est faite. En mentionnant ainsi le crédit à la consommation, cette disposition n'entend toutefois pas soumettre à la LBA tous les délais et facilités de paiement, qui ne sont que de simples changements de modalités de paiement. 127

3.3.3 Financement de transactions commerciales

Etant donné que le préfinancement d'un cocontractant peut aussi être considéré comme une opération de crédit, le financement de transactions commerciales est, aux termes de la loi, clairement assujetti. Par financement de transactions commerciales, on entend généralement le crédit d'escompte, le crédit contre cession, l'affacturage⁷⁴, le financement à forfait⁷⁵ et le leasing financier⁷⁶, de même que le crédit sur marchandises. 128

En principe, le cocontractant qui assure le préfinancement ou le donneur de crédit est assujetti à la LBA. Il se peut toutefois qu'il n'y ait pas d'assujettissement dans ce genre de situations, dans la mesure où, lors d'une transaction commerciale entre deux parties, l'élément de simple modalité de paiement de la transaction l'emporte sur la volonté d'octroyer un crédit. En effet, lorsqu'une entreprise accorde un crédit à un client qui a pris ou va prendre livraison de marchandises chez elle, il n'y a pas d'intermédiation financière. Dans ce cas en 129

⁷³ Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation, RS 221.214.1, ci-après LCC.

⁷⁴ Voir ch. 3.3.3.1, Affacturage

⁷⁵ Voir ch. 3.3.3.2, Financement à forfait

⁷⁶ Voir ch. 3.3.3.3, Leasing financier

effet, soit le crédit correspond à une modalité de paiement⁷⁷, soit il s'agit d'un leasing direct⁷⁸, ni l'une ni l'autre n'étant assujettis à la LBA.

L'assujettissement n'intervient que lorsque l'élément crédit prévaut sur l'élément transaction commerciale, à savoir lorsque le donneur de crédit accorde des crédits à des personnes ou à des entreprises qui n'achètent pas de marchandises chez lui ou lorsqu'il n'est pas lui-même celui qui fournit les marchandises. 130

En ce qui concerne le financement de transactions commerciales, il faut prendre en considération qui paie les intérêts et l'amortissement, car dans les opérations de crédit, le risque de blanchiment d'argent se situe précisément au niveau du remboursement de l'argent (intérêts et amortissement). Une obligation d'assujettissement n'est donc judicieuse que si les fonds remboursés proviennent du cocontractant qui a bénéficié du préfinancement. En revanche, si le montant dû au titre du préfinancement est remboursé par un tiers, il n'y a pas de retour d'argent du cocontractant au donneur de crédit et donc, a priori, pas de possibilités de blanchiment d'argent. Dans ce cas, l'obligation d'assujettissement deviendrait une fin en soi et n'aurait donc pas de sens⁷⁹. 131

Si l'argent remboursé au donneur de crédit est payé par un tiers, il ne peut y avoir obligation d'assujettissement que si les paiements sont effectués en vertu d'un contrat liant les parties. S'il n'existe au contraire aucune relation contractuelle entre le donneur de crédit et le tiers, le retour de l'argent ne constitue qu'une opération de recouvrement de créance non assujettie à la LBA⁸⁰. 132

3.3.3.1 Affacturage

L'affacturage (*factoring*) est une opération par laquelle le client cède à l'agent d'affacturage (*factor*) une créance résultant de ses activités d'exploitation. L'agent d'affacturage verse le montant de la créance au client, puis encaisse la créance auprès du débiteur à l'échéance. 133

Il s'agit en l'occurrence du financement d'une transaction commerciale caractérisé par le fait qu'il y a un changement de créancier et que l'argent en retour provient non pas du cocontractant préfinancé (le client), mais d'un tiers (le débiteur). Il n'est de ce fait pas possible que le cocontractant préfinancé utilise des fonds d'origine criminelle pour rembourser le crédit, si bien que l'assujettissement à la LBA est inutile. 134

Aucune relation contractuelle n'est établie entre le débiteur de la créance et l'agent d'affacturage. Ce dernier ne fait que recouvrer la créance à son échéance et il n'en résulte aucune obligation d'assujettissement⁸¹. 135

⁷⁷ Voir ch. 3.3.2, Crédit à la consommation

⁷⁸ Voir ch. 3.3.3.3, Leasing financier

⁷⁹ Voir à ce sujet ATF 2A.62/2007, en particulier consid. 8.

⁸⁰ Voir ch. 4.1, Inkassotätigkeit.

⁸¹ Voir à ce sujet ATF 2A.62/2007, en particulier consid. 8.

3.3.3.2 Financement à forfait

Le financement à forfait est une variante de l'affacturage proprement dit. Il désigne l'acquisition de créances clairement définies avec une renonciation simultanée à se retourner contre le créancier cédant. Le risque de du croire et celui de transfert, de même que le risque de change et celui lié à la situation politique, sont également cédés. En raison de la renonciation au droit de se retourner contre le créancier cédant, l'argent en retour provient non pas du cocontractant préfinancé, mais du débiteur de la créance acquise. Le cocontractant préfinancé, à l'égard de qui les obligations de diligence devraient être observées en cas d'assujettissement, n'a ainsi aucune possibilité de blanchir de l'argent. C'est pourquoi le financement à forfait n'est pas soumis à la LBA.

136

3.3.3.3 Leasing financier

Le leasing financier visé l'art. 2, al. 3, let. a, LBA porte sur les relations de leasing où intervient, à côté du fabricant, fournisseur ou commerçant ainsi que du preneur de leasing, une société de leasing comme troisième participant. La LBA ne s'applique par conséquent pas aux relations de leasing direct ne comportant que deux intervenants, à savoir le fabricant et le preneur de leasing.

137

Dans ce type de financement de transactions commerciales, au contraire de l'affacturage⁸² ou du financement à forfait⁸³, l'argent en retour provient du cocontractant préfinancé, autrement dit du preneur de leasing.

138

L'assujettissement de la société de financement à la LBA dépend en outre de la qualification du contrat de leasing en leasing financier ou en leasing opérationnel. Alors que le premier est soumis à la LBA, le second ne l'est en principe pas.

139

Un leasing financier est pour l'essentiel caractérisé par le fait que le donneur de leasing remet l'objet au preneur de leasing pour une durée contractuelle fixe non résiliable, correspondant à peu près à la durée de vie économique de l'objet, et par le fait que la somme des redevances de leasing atteint approximativement la valeur d'acquisition de l'objet, y compris les frais de financement. Par ailleurs, le preneur de leasing assume en général toutes les charges et tous les risques liés à l'objet, comme l'entretien, les assurances, les impôts et le risque de force majeure.

140

A l'opposé, un leasing opérationnel consiste à céder des objets pour une durée relativement brève au moyen d'un contrat facilement résiliable, éventuellement après une durée contractuelle de base également brève. C'est en règle générale le donneur de leasing qui supporte les charges et les risques.

141

Une variante courante du leasing est celle du leasing à la consommation. Les caractéristiques du leasing à la consommation sont les suivantes: le preneur de leasing supporte les charges et les risques liés à l'objet et la résiliation anticipée ne peut se faire qu'à certaines conditions temporelles et financières. Il faut également souligner que, dans la pratique, la durée du leasing à la consommation est proche de la durée de vie ou de l'amortissement de

142

⁸² Voir ch. 3.3.3.1, Affacturage

⁸³ Voir ch. 3.3.3.2, Financement à forfait

l'objet en leasing. De plus, selon l'art. 1, al. 2, let. a, LCC, les contrats de leasing portant sur des choses mobilières servant à l'usage privé du preneur et qui prévoient une augmentation des redevances convenues en cas de résiliation anticipée du contrat sont considérés comme des crédits à la consommation. Or, il ressort clairement de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA que le législateur a manifestement voulu qualifier le crédit à la consommation d'activité d'intermédiation financière. Dans ces conditions, le leasing à la consommation doit aussi être qualifié d'intermédiation financière soumise à la LBA.

Aucune distinction n'est faite quant à l'objet du leasing. Le leasing financier selon l'art. 2, al. 3, let. a, LBA peut porter indifféremment sur des biens d'investissement ou sur des biens de consommation. 143

3.4 Produits financiers titrisés et non titrisés

Le porteur de titres du marché des capitaux – tels que des obligations d'emprunt sous leurs différentes formes⁸⁴–, d'obligations de caisse et de titres du marché monétaire sous forme d'obligations⁸⁵ devient le créancier de l'émetteur de ces titres par souscription ou acquisition. 144

Les investisseurs qui souscrivent ce genre de placements financent l'émetteur⁸⁶. Ils perçoivent en outre des intérêts versés par l'émetteur, qui leur rembourse aussi le montant investi le moment venu. Toutefois, compte tenu de la conception particulière de ce type de financement, il ne s'agit pas d'opérations de crédit au sens de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA. Certes, le client souscrit une créance titrisée sous forme de papier-valeur (obligation) et, par conséquent, négociable, mais son intention première n'est pas tant d'accorder un crédit que d'acquérir un produit financier. Il achète simplement un produit financier émis sous une forme standardisée. 145

Il n'y a pas non plus d'opération de crédit soumise à la LBA lorsque l'investisseur achète le papier valeur sur le marché secondaire. On peut bien sûr voir dans le paiement du prix d'achat incluant une part d'intérêts un préfinancement du vendeur, mais comme pour certains types de financement de transactions commerciales⁸⁷, il n'y a pas de droit de se retourner contre le vendeur: le remboursement de l'argent est assuré soit directement par l'émetteur, soit par un acquéreur ultérieur du papier valeur. 146

Le financement d'un tiers par l'achat de papiers-valeurs négociables constitue non pas un service financier tel qu'envisagé par le législateur, mais l'achat d'un produit financier. Il ne peut dès lors pas être qualifié d'opération de crédit au sens de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA. 147

Il en va de même pour les formes hybrides d'émission telles que les obligations convertibles (*convertible bond*), les emprunts à conversion obligatoire (*mandatory convertible bond*), les obligations échangeables (*exchangeable*) et les obligations à option (emprunts liés à un warrant). 148

⁸⁴ P. ex. Notes, Zero Bonds, Discount Bonds, High Yield Bonds, emprunts à double monnaie, emprunts avec option de monnaies ou Floating Rate Bonds

⁸⁵ P. ex. Treasury Bills, Bankers Acceptances ou Certificates of Deposit

⁸⁶ Banque, autre entreprise ou Etat

⁸⁷ Voir ch. 3.3.3, Financement de transactions commerciales

Lorsqu'il s'agit d'obligations (y compris les formes hybrides d'émission), il peut néanmoins y avoir, dans certaines circonstances, assujettissement à la LBA en relation avec leur négoce⁸⁸ ou leur conservation⁸⁹. 149

Les placements ci-après, en particulier, ne peuvent pas non plus être qualifiés d'opérations de crédit au sens de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA. 150

- Dépôts à vue
- Dépôts à terme
- Dépôts d'épargne ou de placement
- Dépôts à terme à titre fiduciaire
- Argent au jour le jour
- Créances comptables négociables de la Confédération, des cantons, de la Banque nationale et de grandes entreprises
- Lettres de gage
- Cédules hypothécaires

Dans ces cas, ce sont, d'une part, la sécurité du placement et, d'autre part, l'acceptation de dépôts du public qui priment l'opération de crédit. L'émetteur des emprunts n'est en principe pas soumis à la LBA s'il utilise l'argent récolté pour financer sa propre activité. En revanche, s'il offre d'autres services financiers, il devient un intermédiaire financier⁹⁰. 151

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

En vertu de la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA, toute personne qui contribue, à titre professionnel, à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers est réputée intermédiaire financier. La structure de la LBA ainsi que sa genèse prévoient que la notion de valeur patrimoniale se limite aux transactions financières impliquant des liquidités ou des valeurs facilement convertibles en liquide. La LBA ne vise pas l'échange effectif de marchandises et de choses. Ne sont par contre pas exclues du champ d'application de la loi les transactions financières en rapport avec cet échange et qui visent à rembourser le prix d'achat, dans la mesure où un tiers, qui n'est ni l'acheteur ni le vendeur, joue un rôle d'intermédiaire. 152

La pure activité de conseil n'est pas considérée comme une aide au transfert au sens de la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA. Ce principe s'applique non seulement aux conseillers en placement, mais aussi aux conseillers juridiques, fiscaux et d'entreprise, ainsi qu'aux 153

⁸⁸ Voir ch. 5.6 Négocie de valeurs mobilières

⁸⁹ Voir ch. 8 Conservation de valeurs patrimoniales

⁹⁰ Voir ch. 6.5 Acceptation de fonds.

réviseurs. Pour qu'il y ait contribution effective à un transfert, l'intermédiaire doit lui-même prendre physiquement possession des valeurs patrimoniales ou les faire créditer sur son propre compte, afin soit de les transférer soit d'ordonner ou d'effectuer un transfert ou un virement au sens de l'art. 2, al. 3, LBA au nom et sur ordre du propriétaire, sur la base d'une procuration. La simple activité de mise en contact n'est par conséquent pas non plus soumise à la LBA.

Même lorsqu'une prestation dans le domaine du trafic des paiements est fournie à titre accessoire, c'est-à-dire en marge d'une prestation principale, elle est soumise à la LBA si elle réalisée à titre professionnel au sens de la loi sur les bourses⁹¹. On pourrait par exemple imaginer qu'une entreprise paie à titre accessoire, en complément à un contrat d'hébergement ou à un autre type de contrat comprenant des éléments du contrat d'hébergement (hôtel, pension, établissement de soins ou pour personnes âgées, hôpital, etc.), des biens ou des services à des tiers pour le compte de ses clients en prélevant l'argent sur un dépôt créé à cet effet⁹². Si le fournisseur des prestations d'hébergement paie les tiers à l'avance et qu'il fait figurer les prestations accessoires sur la facture finale pour les prestations d'hébergement, son activité constitue une opération de crédit⁹³ qui est également soumise à la LBA.

154

4.1 Recouvrement de créances

L'expression «recouvrement de créances» connaît plusieurs significations. Dans le présent contexte, elle désigne le recouvrement, sur mandat du créancier, de créances arrivées à échéance. Le mandataire chargé de cette opération peut soit agir en tant que représentant direct du créancier, soit se faire céder des créances par ce dernier à titre fiduciaire et se présenter en son nom propre face au débiteur.

155

Les sociétés de recouvrement de créances ne sont pas des intermédiaires financiers au sens de la LBA, même lorsqu'elles transmettent des paiements en monnaie scripturale d'un débiteur à un créancier par l'intermédiaire de leur propre compte⁹⁴.

156

Soumettre les sociétés de recouvrement de créances à la LBA n'aurait de sens que si elles étaient en mesure d'identifier les blanchisseurs potentiels d'argent parmi les débiteurs. Une identification des débiteurs est cependant exclue d'emblée en raison de la conception qui est à la base de toute la LBA. Toutes les obligations de diligence incombant aux intermédiaires financiers présupposent en effet obligatoirement une relation contractuelle. Or les clients d'une société de recouvrement de créances sont toujours des créanciers, jamais des

157

⁹¹ Voir ch. 2.2 Activité exercée à titre professionnel.

⁹² Si la prestation est fournie à plus de vingt clients, c'est-à-dire si le prestataire est prêt à gérer un dépôt pour plus de vingt clients, on pourrait considérer cette activité comme une acceptation à titre professionnel de dépôts du public, ce qui justifierait sa surveillance par la CFB, également en ce qui concerne le respect des obligations de diligence de la LBA (voir art. 1, al. 2, LB en rapport avec l'art. 3a, al. 2, de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne [RS 952.02, ci-après OB] et la circulaire du 22 août 1996 de la CFB sur l'acceptation à titre professionnel de dépôts du public par des établissements non bancaires au sens de la loi sur les banques [Circ.-CFB 96/4]).

⁹³ Voir ch. 3 Opérations de crédit.

⁹⁴ Cela est valable pour autant que le compte puisse être qualifié de compte d'exécution (voir Circ.-CFB 96/4, Cm 15 et 16, sur l'acceptation à titre professionnel de dépôts du public par des établissements non bancaires au sens de la loi sur les banques).

débiteurs⁹⁵.

Selon les normes internationales, l'activité des sociétés de recouvrement de créances ne doit pas être considérée comme une activité d'intermédiaire financier. 158

4.2 Virements électroniques

Dans le cadre du trafic des paiements sans numéraire⁹⁶, on distingue le trafic des paiements avec justificatif et le trafic électronique des paiements. Il arrive toutefois souvent que le trafic des paiements ne s'effectue pas exclusivement avec justificatif ou exclusivement par voie électronique. La transmission de moyens de paiement se subdivise en plusieurs sections distinctes d'une chaîne de transactions. En raison des ruptures de support créées par cette subdivision, la distinction entre trafic des paiements avec justificatif et trafic électronique des paiements ne représente pas un critère qui détermine la soumission de l'opération à la LBA. 159

Il convient néanmoins de se demander si toutes les personnes qui participent aux diverses étapes des opérations de virement doivent être assujetties à la LBA. Cette question appelle une réponse négative. En effet, le texte de la loi ne se réfère qu'aux personnes «effectuant» des virements. Il est donc bien clair que les services auxiliaires fournis dans le cadre de virements ne sont pas tous automatiquement soumis à la LBA. 160

4.2.1 Virements

Lorsque les virements sont effectués par le biais de comptes bancaires ou postaux, l'institut gérant le compte, qui déclenche effectivement le processus de paiement par débit du compte du titulaire, est assujetti à la loi. 161

4.2.2 Exécution d'ordres de virement

L'existence d'une relation contractuelle entre l'intermédiaire et les parties contractantes à la transaction de base peut constituer un critère permettant de déterminer si l'on se trouve dans le cas d'une intermédiation financière. Si, dans le cadre d'un mandat de recouvrement de créances, l'intermédiaire n'a de relation contractuelle qu'avec le destinataire du virement, qui est le créancier de la prestation, et s'il agit exclusivement sur mandat de celui-ci lors de l'exécution du virement, il n'y a pas d'intermédiation financière⁹⁷. Si les fonds concernés sont cependant, par ordre du créancier, transférés non pas à ce dernier mais à un tiers, cette transmission ultérieure constitue une intermédiation financière. 162

⁹⁵ A ce sujet, voir aussi ATF 2A.62/2007, en particulier E.8.

⁹⁶ Du numéraire peut être utilisé lors de l'encaissement ou du décaissement des fonds, mais le trafic des paiements lui-même intervient sans numéraire. Pour ce qui est du transport physique de valeurs patrimoniales voir ch. 2.5 Transport de valeurs.

⁹⁷ Voir ch. 4.1 Recouvrement de créances.

En règle générale, tous les virements et transferts de fonds effectués sur ordre du débiteur de la prestation sont soumis à la LBA. Lorsque l'intermédiaire entretient des relations contractuelles aussi bien avec le débiteur qu'avec le créancier, il convient de se baser sur divers indices pour déterminer qui a donné l'ordre d'effectuer le virement ou le transfert. Relevons ici que c'est en principe le donneur d'ordre qui rémunère la prestation.	163
A l'inverse, le motif à l'origine du virement n'est pas décisif pour déterminer s'il y a intermédiation financière. La loi sur le blanchiment vise en effet la prestation fournie dans le cadre d'un transfert de valeurs patrimoniales.	164
Selon ces principes fondamentaux, sont dès lors assujetties à la LBA les personnes qui acceptent des paiements en monnaie scripturale sur leur propre compte, appelé compte de passage, pour un mandant et qui transmettent ces montants à un bénéficiaire selon les instructions du mandant.	165
Les sociétés d'assainissement de dettes qui ne se contentent pas d'établir un plan de désendettement, mais se chargent aussi, sur mandat de leurs clients, de redistribuer les fonds aux créanciers sont, à la différence des sociétés de recouvrement de créances, soumises à cette réglementation et dès lors assujetties à la LBA.	166
Les personnes qui effectuent des ordres de paiement pour des tiers sur la base d'une procuration bancaire sont également assujetties à la LBA, car elles disposent elles aussi, sur mandat du débiteur, de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. C'est également le cas lorsque l'ordre de virement est donné par voie électronique, comme dans le cas des transactions bancaires électroniques (<i>e-banking</i>).	167

4.2.3 Mandats de paiement de salaires

L'exécution de paiements de salaires pour le compte de tiers constitue en principe une activité soumise à la LBA, mais il existe des exceptions à ce principe.	168
L'exécution de tels mandats n'est pas soumise à la LBA si les conditions cumulatives suivantes sont remplies:	169
<ul style="list-style-type: none"> ◦ Les paiements des salaires sont effectués sur la base de la comptabilité des salaires, laquelle est préparée par la même personne physique ou morale qui est chargée de régler, en rapport avec ce service, le trafic des paiements. 	
<ul style="list-style-type: none"> ◦ La procuration conférée pour procéder aux paiements des salaires est expressément limitée à l'exécution du trafic des paiements relatifs à la comptabilité des salaires. 	170
<ul style="list-style-type: none"> ◦ La carte de signatures relative aux comptes bancaires ou postaux destinés au paiement des salaires mentionne la limitation de la procuration. 	171
<ul style="list-style-type: none"> ◦ D'autres exceptions peuvent exister dans le cadre de la gestion de patrimoines organisés⁹⁸. 	172

⁹⁸ Voir ch. 4.2.5.3.1 Gestion immobilière ou ch. 6.1 Délimitations dans la gestion de valeurs patrimoniales.

4.2.4 Transferts de fonds et de valeurs

Par transfert de fonds et de valeurs on entend le transfert de valeurs patrimoniales, à l'exception du transport physique, qui consiste à accepter dans un lieu donné des espèces, des chèques ou des instruments de paiement, puis à payer la somme équivalente en espèces ou sous toute autre forme dans un autre lieu au moyen d'une transmission, d'une communication, d'un virement ou d'un autre système de paiement ou de compensation. Dans ce domaine, l'assujettissement à la LBA se justifie par la liquidité manifestement très élevée de ces valeurs, qui les expose à un grand risque de blanchiment.

173

4.2.5 Trafic des paiements dans des secteurs spécifiques

4.2.5.1 Escrow agent

Une convention d'entiercement (*escrow agreement*) est un contrat par lequel un *escrow agent* (dépositaire légal) s'engage à accepter et à garder des valeurs patrimoniales sur un compte à son nom, puis à les remettre à un tiers lors de la réalisation d'une condition. On recourt de plus en plus à ce type de convention, afin de couvrir des achats à distance. Un *escrow agent* intervient ainsi régulièrement dans le cadre de contrats de vente conclus par Internet et portant sur des montants élevés. Ce sont en général des avocats, des banques, des gestionnaires de fortune ou des agents fiduciaire qui proposent leurs services d'*escrow agent*.

174

L'activité de l'*escrow agent* englobe simultanément plusieurs des activités que le législateur attribue aux intermédiaires financiers dans l'art. 2, al. 3, LBA (services dans le domaine du trafic des paiements et de la gestion de fortune) et est également comprise dans la clause générale de cette disposition (accepter des valeurs patrimoniales et aider à les transférer). Il ne fait dès lors aucun doute, ni en théorie ni en pratique, qu'exercée à titre professionnel l'activité d'*escrow agent* doit être soumise à la LBA. Une réglementation spécifique s'applique cependant à la pratique de cette activité par les avocats et les notaires⁹⁹.

175

4.2.5.2 Courtiers en assurance

4.2.5.2.1 Courtiers selon le droit des obligations¹⁰⁰

Le courtier en assurance qui n'apparaît pas comme partie contractuelle, mais se contente de mettre en contact le preneur d'assurance et l'assureur, ainsi que d'assurer le suivi de leurs négociations, n'est pas un intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, LBA. Pour ce qui est de ses activités de courtage, il est soumis à la surveillance de l'OFAP¹⁰¹. N'étant pas lié à une entreprise d'assurance, il a le droit et le devoir de se faire inscrire dans le re-

176

⁹⁹ Voir ch. 10.1 L'avocat en tant qu'*escrow agent*.

¹⁰⁰ Art. 412 ss. CO.

¹⁰¹ Office fédéral des assurances privées, ci-après OFAP.

gistre des intermédiaires¹⁰².

4.2.5.2.2 Courtiers dotés de pouvoirs étendus

Certains courtiers en assurances ont des pouvoirs plus étendus que les courtiers au sens du droit des obligations. Leurs clients leur signent une procuration qui les autorise à conclure des contrats au nom et pour le compte de ces clients, ainsi que de procéder aux transactions requises à cet effet. Contrairement aux entreprises d'assurance sur la vie, ces courtiers dotés de pouvoirs étendus ne sont pas des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 2, let. c, LBA et ne sont donc pas soumis à la surveillance de l'OFAP¹⁰³. 177

Les courtiers en assurance non liés, quel que soit le type d'assurance pour laquelle ils mènent des activités, sont tenus de s'affilier à un OAR ou d'obtenir une autorisation de l'Autorité de contrôle s'ils exercent, en plus de leurs activités de courtage, des activités soumises à l'art. 2, al. 3, LBA. Tel est le cas chaque fois qu'ils acceptent ou transfèrent des fonds sur mandat d'un client¹⁰⁴, peu importe que celui-ci soit le preneur d'assurance ou l'assureur. Ils ne sont toutefois pas assujettis à cette obligation lorsqu'ils procèdent uniquement au recouvrement d'une créance sur mandat d'un client¹⁰⁵. 178

Lorsqu'un courtier en assurances est lié à un assureur par un contrat de travail ou un contrat de représentant commercial et qu'il conclut des contrats d'assurance à ce titre, il est soumis aux prescriptions internes de l'entreprise d'assurance. Lorsque celle-ci exerce une activité en matière d'assurance directe sur la vie, elle est considérée comme un intermédiaire financier et assujettie, selon l'art. 2, al. 2, let. c, LBA, à la surveillance de l'OFAP. Dans ce cas, la surveillance de cet office s'étend au-delà de l'institution d'assurance elle-même également à ses représentants, c'est-à-dire à leurs activités d'intermédiaires financiers¹⁰⁶. Cette remarque s'applique en particulier aux agences générales. 179

4.2.5.3 Gestion immobilière et négoce immobilier

4.2.5.3.1 Gestion immobilière

L'activité principale de l'administrateur d'immeubles comprend notamment l'encaissement de loyers ainsi que de prestations complémentaires, telles les charges accessoires ou des 180

¹⁰² Art. 43 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (RS 961.01, ci-après LSA).

¹⁰³ Les dispositions finales de la LSA spécifient que les courtiers en assurance sont des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 2, let. c, LBA et qu'ils sont dès lors soumis à la surveillance de l'OFAP. Selon l'interprétation de l'OFAP, cet assujettissement ou surveillance ne vaut toutefois que pour les activités régies par la loi sur la surveillance des assurances. Dans le cas des courtiers en assurances exerçant par ailleurs d'autres activités d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, LBA, cette disposition aurait en effet conduit à un double assujettissement. Cet argument a incité le Conseil fédéral à renoncer provisoirement à promulguer l'entrée en vigueur de cette disposition.

¹⁰⁴ Voir ch. 4.2.2 Exécution d'ordres de virement.

¹⁰⁵ Voir ch. 4.1 Recouvrement de créances.

¹⁰⁶ Voir ch. 2.3 Délimitation en relation avec les auxiliaires.

prestations d'assurances responsabilité civile, pour le compte et au nom du propriétaire ou en son propre nom. Lors de la conclusion d'un nouveau bail ou du renouvellement d'un bail, l'administrateur accepte et gère des sûretés ou les met en dépôt¹⁰⁷. Par ailleurs, il accepte, gère et comptabilise des prestations d'assurances liées directement à l'immeuble, ainsi que d'autres revenus provenant de la location de l'immeuble ou d'autres contrats en relation directe avec l'immeuble (en particulier la gestion d'appareils automatiques ou les prestations liées à une servitude personnelle).

L'administrateur financier 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 créances¹⁰⁸. 181

Lorsque l'administrateur d'immeubles utilise les revenus perçus pour le compte du propriétaire de l'immeuble pour effectuer des paiements en faveur de tiers, il exerce, indépendamment du motif du paiement, une activité qui pourrait, en soi, être considérée comme de l'intermédiation financière au sens de l'art. 2, al. 3., let. b, LBA, plus précisément comme une prestation de services dans le domaine du trafic des paiements. Lorsque cette activité est cependant directement liée à l'administration classique de l'immeuble, les paiements mentionnés ne s'inscrivent pas dans le champ d'application de la LBA. 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'immeuble¹⁰⁹. 182

Il s'agit en l'espèce des opérations administratives suivantes: 183

- paiement des intérêts et des amortissements relatifs aux capitaux étrangers liés à l'immeuble, en particulier ceux relatifs aux crédits garantis par hypothèque; 184
- règlement des dépenses courantes sur la base de factures pour la fourniture périodique de biens ou de services tels que l'eau, l'électricité, les programmes télévisés et les services périodiques d'élimination des déchets, des eaux usées, etc.; 185
- paiement des impôts, d'autres types de taxes et de primes d'assurances relatives à l'immeuble; 186
- paiement de l'achat de produits de chauffage et d'énergie; 187
- paiement des charges d'entretien courant de l'immeuble, à savoir services d'artisans et d'entrepreneurs, y compris la livraison de matériel pour l'entretien de l'immeuble (artisans et autres prestataires de services); 188
- paiement de modifications et de travaux touchant l'immeuble; 189
- versement des salaires nécessaires au bon fonctionnement et à l'entretien de l'immeuble (concierge, jardinier, etc.); 190

¹⁰⁷ Dépôts et cautions au sens de l'art. 257e CO.

¹⁰⁸ Voir ch. 4.1 Recouvrement de créances.

¹⁰⁹ Voir ch. 6.1 Délimitations dans la gestion de valeurs patrimoniales.

- paiement des prestations sociales aux institutions correspondantes; 191
 - restitution du solde éventuel dû au propriétaire. 192
- Si l'administrateur d'immeubles accepte toutefois, en dehors de l'activité d'administration précitée, des fonds du propriétaire de l'immeuble pour assurer leur gestion ou les placer, son activité constitue de l'intermédiation financière. Il en est de même, lorsqu'il accepte des prestations d'assurances qui ne sont pas directement liées au bien immobilier administré. 193
- Cette pratique s'applique également et selon les mêmes critères à l'administration de propriétés par étage. 194

4.2.5.3.2 Administration d'une société immobilière

Une société immobilière est soit une société qui a pour seul actif un immeuble, mais qui a confié la gestion de cet immeuble à un tiers, soit une société qui détient un immeuble et procède à sa gestion. Dans le premier cas, ladite société est incontestablement une société de domicile¹¹⁰, dans le second il s'agit d'une société opérationnelle¹¹¹. 195

L'administration d'une société immobilière au sens propre, dont la fortune est composée exclusivement ou en partie d'un immeuble, ne se distingue pas de l'administration d'une autre société de domicile. Les organes de la société immobilière chargés de la gestion d'immeubles sont dès lors soumis à la LBA¹¹². 196

Selon les cas, la société immobilière qui assure la gestion d'immeubles est elle-même soumise à la LBA¹¹³. 197

4.2.5.3.3 Négoce immobilier

Dans leur activité de courtage, qui consiste à mettre en contact les acheteurs et les vendeurs d'immeubles, à les conseiller pour le financement de l'opération, ainsi qu'à leur offrir des prestations de services en relation avec cette transaction, les agents immobiliers ne sont pas des intermédiaires financiers au sens de la LBA tant qu'ils ne possèdent aucun pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales. 198

On peut cependant se trouver dans le cas d'une intermédiation financière lorsque l'acheteur ne verse pas directement le prix d'achat au vendeur, mais le transfère sur un compte de passage d'un tiers, par exemple un agent immobilier. Si ce dernier opère sur mandat du vendeur et transfère le prix d'achat à son mandant, c'est-à-dire au vendeur, il s'agit d'un recouvrement de créance qui n'est pas soumis à la LBA¹¹⁴. Lorsque le prix d'achat est cependant transféré à une personne autre que le vendeur, il s'agit d'une intermédiation financière soumise à la LBA. Si le tiers agit au nom et sur mandat de l'acheteur, il exerce une 199

¹¹⁰ Voir ch. 2.6.2 Sociétés de domicile.

¹¹¹ Voir ch. 1.6.3 Sociétés opérationnelles.

¹¹² Voir ch. 2.6.2 Sociétés de domicile.

¹¹³ Voir ch. 4.2.5.3.1 Gestion immobilière.

¹¹⁴ Voir ch. 4.1 Recouvrement de créances.

activité d'intermédiaire financier¹¹⁵. Dans certaines conditions, on déroge à ce principe lorsque l'intermédiaire est un notaire ou un avocat¹¹⁶.

4.2.5.3.4 Entrepreneurs généraux et totaux, architectes et ingénieurs

L'entrepreneur général est chargé de réaliser un projet dans le cadre d'un contrat d'entreprise conclu avec un maître d'ouvrage. S'il n'effectue pas l'ensemble des travaux lui-même, il peut les confier à des sous-traitants avec lesquels il conclut des contrats d'entreprise en son nom et pour son propre compte. Le maître d'ouvrage verse de l'argent à l'entrepreneur général sur la base du contrat d'entreprise conclu avec lui à titre de paiement pour l'ensemble des travaux effectués. Une relation de créancier à débiteur n'existe qu'entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur général, mais pas entre le maître d'ouvrage et les sous-traitants. En transmettant à ses sous-traitants l'argent reçu du maître d'ouvrage, l'entrepreneur général dispose en effet de ses propres fonds et non de fonds appartenant à un tiers. Ce trafic de paiements ne constitue donc pas une intermédiation financière. 200

L'entrepreneur total se distingue de l'entrepreneur général uniquement par le fait que le contrat d'entreprise conclu avec le maître d'ouvrage l'engage également à prendre en charge l'étude des plans et l'étude du projet. Cela ne fait pas non plus de lui un intermédiaire financier. 201

En s'engageant contractuellement à conduire et à coordonner les travaux, et en concluant en tant que mandataires les différents contrats d'entreprise au nom et pour le compte du maître d'ouvrage, les architectes et les ingénieurs n'opèrent pas en tant qu'entrepreneurs généraux ou totaux. Les prestations en argent versées par le maître d'ouvrage aux architectes et ingénieurs qui ne sont pas destinées à payer leurs propres honoraires, mais qui leur sont confiées pour payer les factures des entrepreneurs, constituent des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers. Les versements que les architectes et les ingénieurs effectuent avec cet argent pour payer les factures des entrepreneurs constituent donc un service d'intermédiaire financier dans le domaine du trafic des paiements¹¹⁷. 202

4.2.5.3.5 Activités fiduciaires dans la construction

Lorsque le maître d'ouvrage agit en son nom et pour son propre compte auprès des ouvriers et entrepreneurs engagés pour les travaux, il est courant d'engager un agent fiduciaire pour surveiller le trafic des paiements et payer les factures de construction. Dans ce cas, soit le maître d'ouvrage verse de l'argent au fiduciaire de construction sur le compte de ce dernier (compte de passage), soit le fiduciaire reçoit une procuration sur un compte libellé au nom du maître d'ouvrage. Dans toutes ces transactions financières, le fiduciaire de construction opère au nom, sur mandat et pour le compte du débiteur. Le fiduciaire de construction est donc un intermédiaire financier au sens de la LBA¹¹⁸. 203

¹¹⁵ Voir ch. 4.2.2 Exécution d'ordres de virement.

¹¹⁶ Voir ch. 10 Assujettissement des avocats et des notaires, en particulier ch. 10.3 Transaction immobilière.

¹¹⁷ Voir ch. 4.2.2 Exécution d'ordres de virement.

¹¹⁸ Voir ch. 4.2.2 Exécution d'ordres de virement.

4.2.5.4 Commerce d'objets d'art et d'antiquités

L'achat et la vente d'objets d'art et d'antiquités, ainsi que l'activité d'intermédiaire dans ce domaine, ne sont pas soumis à la LBA. Il peut néanmoins y avoir intermédiation financière lorsqu'un commerçant, un intermédiaire, un antiquaire ou un galeriste ne vend pas ses propres objets ou ne les acquiert pas en son nom et pour son propre compte, mais reçoit le paiement du prix d'achat de la part d'un tiers ou en faveur d'un tiers, ou encore aide à transférer ledit paiement. Ici aussi, la règle veut qu'une personne soit réputée intermédiaire financier lorsqu'elle reçoit et/ou transfère des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers au nom et sur mandat de celui qui paie et que le trafic des paiements intervient par son compte de passage ou qu'elle agit sur procuration¹¹⁹.

Le commissaire-priseur qui accepte de l'acquéreur le produit de la vente aux enchères pour le compte d'un tiers et qui le transfère au vendeur, fournisseur du bien mis en vente et ayant droit économique du produit de la vente, n'est pas considéré comme un intermédiaire financier, car il agit sur la base d'un mandat de recouvrement confié par le vendeur¹²⁰. Par contre, le transfert du produit de la vente à une personne autre que le fournisseur de l'objet vendu constitue une intermédiation financière.

4.3 Emission et gestion de moyens de paiement

Bien que les diverses définitions fournies par la littérature spécialisée ne se recoupent pas entièrement, on entend habituellement par «trafic des paiements» l'ensemble des transactions servant à transférer des moyens de paiement. Selon le message¹²¹, l'art. 2, al. 3, let. b, LBA recouvre notamment le trafic des paiements de PostFinance.

Le numéraire, à savoir les monnaies courantes et les billets de banque en circulation, ainsi que la monnaie scripturale doivent incontestablement être considéré comme des moyens de paiement. La monnaie scripturale, appelée aussi monnaie de dépôt, désigne les avoirs en dépôt auprès de banques commerciales ou de PostFinance, lesquels peuvent être transformés en tout temps en numéraire. Elle constitue la base du trafic des paiements sans numéraire.

L'art. 2, al. 3, let. b, LBA considère expressément les cartes de crédit et les chèques de voyage comme des moyens de paiement et part ainsi d'une définition large des moyens de paiement. Le droit suisse ne fournit certes pas de liste exhaustive des moyens de paiement. Outre l'argent liquide et la monnaie scripturale, la doctrine mentionne néanmoins régulièrement les cartes de crédit, les cartes de débit, la monnaie électronique, les chèques de voyage, les chèques bancaires et les autres chèques parmi les moyens de paiement. Cette énumération coïncide presque parfaitement avec la définition des moyens de paiement retenue par le GAFI. On peut par conséquent s'appuyer sur elle pour interpréter l'art. 2, al. 3, let. b, LBA.

L'activité consistant à émettre et à gérer des moyens de paiement ne concerne cependant pas l'argent liquide, car l'approvisionnement en numéraire est assuré par la Banque natio-

¹¹⁹ Voir ch. 4.2.2 Exécution d'ordres de virement.

¹²⁰ Voir ch. 4.1 Recouvrement de créances.

¹²¹ FF 1996 III 1074.

nale suisse, que l'art. 2, al. 4, LBA exclut expressément du champ d'application de la loi.

4.3.1 Cartes de crédit

On peut distinguer deux types de cartes de crédit: les cartes de crédit simples et les cartes de crédit qualifiées. 210

La carte de crédit simple repose sur un rapport entre deux parties. Elle permet à son titulaire d'acquérir des biens ou des services sans argent liquide auprès de l'organisation de cartes. Il y a identité entre l'organisation émettrice de la carte et l'entreprise qui vend les biens et les services. L'émission et la gestion de cartes de crédit simples ne sont pas soumises à la LBA, car la carte représente simplement un rapport entre deux parties. Le paiement au moyen d'une carte de crédit simple ne constitue donc qu'une modalité de paiement. Il ne diffère nullement du paiement à 30 jours au moyen d'un bulletin de versement. 211

Dans le cas de la carte de crédit qualifiée, il existe toujours un rapport entre au moins trois parties, à savoir le titulaire de la carte, l'organisation émettrice de la carte et l'entreprise qui propose ses biens et les services. Le titulaire d'une telle carte peut acquérir des biens et des services sans argent liquide auprès d'entreprises qui sont liées à l'organisation de cartes par un contrat spécial. Dans ce cas, il n'y a pas identité entre l'organisation émettrice de la carte et l'entreprise qui vend les biens et les services. Les grandes organisations de cartes de crédit octroient des licences aux émetteurs nationaux et aux acquéreurs (« acquérir »). L'émetteur est chargé des transactions avec le titulaire de la carte de crédit, lesquelles portent en particulier sur la conclusion du contrat et l'autorisation de paiements. L'acquéreur s'occupe quant à lui des transactions avec les entreprises qui vendent des biens et des services et se charge des paiements en leur faveur. L'émetteur et l'acquéreur ne doivent pas nécessairement assumer toutes leurs tâches eux-mêmes. Pour obtenir des avantages au niveau des coûts, ils délèguent souvent une partie des opérations de traitement à des entreprises spécialisées dans ce secteur; ces entreprises effectuent la partie administrative, technique et effective des opérations liées aux cartes de crédit. 212

Dans ces conditions, on peut se demander quelles personnes impliquées dans ces opérations le législateur a voulu désigner par l'expression «qui émettent ou gèrent des moyens de paiement». Le risque de blanchiment d'argent lors de l'utilisation de cartes de crédit se situant plutôt au niveau du titulaire de la carte, les acquéreurs ne sont pas soumis à la LBA. Lorsque des cartes de crédit qualifiées sont émises non par l'organisation de cartes, mais par des émetteurs nationaux, il est logique de soumettre les émetteurs à la LBA et non pas l'organisation de cartes. Lorsque l'émetteur confie les opérations liées aux cartes de crédit à une entreprise spécialisée, on peut se demander si cette entreprise doit elle aussi, outre l'émetteur, posséder une autorisation. L'exigence d'une telle autorisation n'apporterait toutefois aucune contribution à la lutte contre le blanchiment. Dès lors et compte tenu de la pratique juridique appliquée à l'étranger, les entreprises de traitement ne sont pas assujetties à la LBA. 213

4.3.2 Cartes de client

Les cartes de client qui permettent au client de faire ses achats à crédit auprès de l'entreprise qui vend les biens et les services, en particulier les grandes surfaces, constituent un type particulier de cartes de crédit. Dans ce cas, les cartes simples, représentant une relation entre deux parties seulement, ne sont aussi qu'un simple moyen de paiement, de sorte 214

qu'il n'y a pas d'intermédiation financière. L'émission d'une carte qualifiée dont l'utilisation ne se limite pas au magasin émetteur et aux autres entreprises du même groupe, mais s'étend à des entreprises tierces, constitue par contre un cas d'intermédiation financière soumise à la loi.

4.3.3 Cartes de débit

A la différence des cartes de crédit, le compte du titulaire d'une carte de débit est débité immédiatement lors de l'utilisation de cette carte. Il s'agit donc d'un moyen de paiement immédiat (*pay now*). Mis à part le moment où intervient le paiement, immédiatement ou ultérieurement (*pay now / pay later*), les opérations liées aux cartes de débit diffèrent peu de celles liées aux cartes de crédit, notamment pour ce qui est des personnes impliquées. Par analogie avec les règles retenues pour les cartes de crédit, seuls les émetteurs de cartes de débit sont dès lors assujettis à la LBA. 215

4.3.4 Monnaie électronique

La monnaie électronique (*e-money*) est définie comme un montant monétaire stocké électroniquement sur un support et qui peut être utilisé communément pour effectuer des paiements en faveur d'entreprises autres que l'émetteur. Les émetteurs de monnaie électronique sont assujettis à la LBA. 216

4.4 Family Office

La notion de «family office» (organisme spécialisé dans la gestion administrative et financière des grandes fortunes familiales) est utilisée pour désigner une foule de rapports contractuels qui peuvent prendre les formes les plus variées. Il est donc impossible de dire si les prestations prévues sont toujours soumises à la LBA. Il convient au contraire de déterminer au cas par cas si les prestations définies par contrat relèvent ou non de l'intermédiation financière. Le prestataire de services peut par exemple gérer la fortune familiale¹²² ou être chargé, par procuration, d'assurer le trafic des paiements de la famille¹²³. 217

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

L'énumération figurant à l'art. 2, al. 3, let. c, LBA permet de conclure que seul le négoce d'instruments financiers est soumis à la LBA. Sont considérés comme instruments financiers classiques l'argent liquide, les billets de banque, les monnaies, les devises, les métaux précieux, les valeurs mobilières, les papiers-valeurs et les droits-valeurs, ainsi que leurs dérivés. Par «négoce» on entend aussi bien l'achat que la vente des produits mentionnés. 218

Avec le temps, il s'est avéré qu'il n'est pas judicieux de soumettre à la LBA tous les types de négoces, c'est-à-dire aussi bien ceux réalisés pour compte propre que pour le compte 219

¹²² Voir ch. 6 Gestion de fortune (art. 2, al. 3, let. e, LBA).

¹²³ Voir ch. 4.2.2 Exécution d'ordres de virement.

de tiers. Conformément à la pratique de l'Autorité de contrôle, le négoce de matières premières, de devises et de valeurs mobilières pour compte propre n'est dès lors pas soumis à la loi. Cette règle ne vaut toutefois que pour les activités de négoce menées véritablement pour compte propre, c'est-à-dire lorsqu'une personne conclut des affaires en son nom propre, exclusivement avec son propre patrimoine, dans son propre intérêt et à ses propres risques. Si le négoce est toutefois pratiqué à la commission, c'est-à-dire certes en nom propre mais pour le compte de tiers, il est soumis à la LBA. Dans le cas du négoce de métaux précieux, tant le commerce pour le compte de tiers que le véritable commerce pour compte propre sont soumis à la LBA.

5.1 Change

Le message¹²⁴ évoquait déjà l'activité de change: «de nombreux petits bureaux de change et d'agences de voyages, ainsi que les CFF et les entreprises de transport concessionnaires s'en occupent, en plus des banques». Ce faisant, le message omettait cependant les stations d'essence, les kiosques et les hôtels, qui peuvent également pratiquer ce type d'opération à titre accessoire. 220

Par opération de change, on entend l'échange direct d'un montant dans une monnaie contre un montant équivalent dans une autre monnaie. Cette activité est de toute évidence soumise à la LBA. 221

Par contre, le paiement d'un bien ou d'un service dans une monnaie avec restitution du solde dans une autre monnaie n'est en principe pas soumis à la LBA. En effet, dans la mesure où elle a principalement pour objet l'acquisition d'un bien ou d'un service, une telle transaction ne peut être qualifiée d'opération de change. Si l'intention première n'est cependant pas d'acquérir un bien ou un service, mais de procéder au change d'une monnaie, alors la transaction constitue objectivement une activité de change soumise à la LBA. Une différence disproportionnée entre la valeur réelle du bien ou du service et le montant payé pour l'obtenir constitue en particulier un indice révélant que la transaction vise à contourner la loi. 222

5.2 Négoce de billets de banque et de pièces de monnaie

La loi spécifie expressément que les personnes faisant le commerce de billets de banques ou de monnaies lui sont assujetties. Cependant, seuls les monnaies courantes et les billets de banque qui ont cours peuvent faire l'objet d'une opération financière soumise à la LBA. Les monnaies courantes sont des monnaies¹²⁵ créées pour les besoins du trafic des paiements que l'Etat émet et reprend à leur valeur nominale. Les billets de banque en circulation sont des moyens de paiement officiels que tout un chacun est tenu d'accepter. Ils sont mis en circulation par un institut d'émission désigné à cet effet par l'Etat, en général la banque centrale, et repris contre remboursement de leur valeur nominale. 223

Ne sont en revanche pas considérés comme billets de banque ou monnaies au sens de 224

¹²⁴ FF 1996 III 1074.

¹²⁵ Art. 39, al. 1, de l'ordonnance du 8 mai 1934 sur le contrôle du commerce des métaux précieux et des ouvrages en métaux précieux (RS 941.311), ci-après OCMP.

l'art. 2, al. 3, let. c, LBA:

- les billets de banque qui n'ont plus cours, car ils ne peuvent plus servir de moyen de paiement, même s'ils peuvent encore être échangés contre des billets de banque valides auprès de l'institut émetteur; 225
- les pièces de monnaie négociées avec un agio de plus de 5 % au-dessus de leur valeur nominale, en particulier les monnaies courantes présentant des propriétés numismatiques spéciales (frappe défectueuse, p. ex), les monnaies commémoratives et les monnaies de thésaurisation; 226
- les médailles¹²⁶; 227
- les petits lingots destinés à être utilisés sous forme d'ouvrages de bijouterie¹²⁷. 228

5.3 Négoce de métaux précieux

Les métaux précieux au sens de l'art. 2, al. 3, let. c, LBA sont définis par analogie à la définition des métaux précieux bancaires telle qu'elle figure dans la législation sur les métaux précieux. Cette définition s'applique aussi bien au négoce physique qu'au négoce effectué par le biais de comptes de métal précieux¹²⁸. 229

Est par conséquent soumis à la LBA le négoce de: 230

- lingots et grenailles d'or au titre minimal de 995 millièmes; 231
- lingots et grenailles d'argent au titre minimal de 999 millièmes; 232
- lingots et mousses de platine et de palladium au titre minimal de 999,5 millièmes; 233
- monnaies de thésaurisation frappées dans ces métaux et négociées avec un agio de moins de 5 % au-dessus de leur valeur nominale. 234

Ne sont donc en particulier pas soumis à la LBA le négoce de matières pour la fonte, d'ouvrages en métaux précieux, de produits semi-ouvrés, d'ouvrages plaqués et de similis, ainsi que l'acquisition directe de métaux précieux bancaires par des entreprises qui les transforment ou la vente de tels métaux à ces entreprises aux fins de la fabrication de tels ouvrages. 235

Les personnes qui font négoce de métaux précieux bancaires sont assujetties à la LBA. 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. 236

¹²⁶ Art. 39, al. 3, OCMP.

¹²⁷ Art. 39, al. 3, OCMP.

¹²⁸ Voir aussi Circ.-CFB 96/4, Cm 16^{bis} sur l'acceptation à titre professionnel de dépôts du public par des établissements non bancaires au sens de la loi sur les banques.

Même s'il entreprend lui-même de transformer les matières destinées à la fonte en métal précieux bancaire, l'établissement de traitement des métaux précieux est assujéti à la LBA lorsqu'il entreprend de vendre le métal ainsi produit pour le compte du client ou qu'il achète ce métal au client. L'établissement est également assujéti s'il ne restitue pas les métaux précieux bancaires sous forme physique, mais sous forme de monnaie scripturale ou s'il est possible de le négocier avec des tiers. 237

5.4 Négocce de matières premières

Les personnes qui effectuent des transactions sur des matières premières ne sont considérées comme des intermédiaires financiers selon l'art. 2, al. 3, let. c, LBA que si elles agissent sur mandat et pour le compte d'un tiers. Par contre, une personne qui achète des matières premières en son propre nom et à ses propres risques et qui les revend ensuite, ne mène pas des activités d'intermédiation financière. 238

La commission au sens de l'art. 425 CO est un exemple typique d'activité menée pour le compte d'un tiers, dans la mesure où le commissionnaire agit pour le compte d'un tiers même s'il se porte personnellement acquéreur ou vendeur au sens de l'art. 436 CO. 239

Les personnes qui font négocce, pour leur propre compte, de matières premières ou de leurs dérivés ne doivent pas être considérées comme des intermédiaires financiers. Celui qui fait cependant le commerce de dérivés de matières premières pour son propre compte et à titre professionnel au sens de la loi sur les bourses, c'est-à-dire celui qui réalise un chiffre d'affaires de plus de 5 milliards de CHF par année grâce à ce négocce¹²⁹, est considéré comme un négociant en valeurs mobilières et doit à ce titre obtenir une autorisation de la CFB¹³⁰. 240

Seul le négocce de matières premières et de dérivés de matières premières qui intervient en bourse est soumis à la LBA. Les matières premières physiques et leurs dérivés ne sont en effet suffisamment liquides pour faire l'objet d'une opération financière que lorsqu'ils sont négociés sur une bourse. Faute de standardisation complète, les matières premières négociées hors bourse ne peuvent se vendre sans autres. Le négocce hors bourse n'est par conséquent pas soumis à la LBA. 241

Dans les explications qui précèdent, on entend par bourse un marché organisé comprenant une publication régulière des cours et où au moins trois teneurs de marché indépendants les uns des autres offrent en règle général quotidiennement des cours¹³¹. 242

5.5 Commerce de devises

Dans le domaine du commerce de devises, la réglementation de l'art. 2, al. 3, let. c, LBA régit le commerce de devises au nom et pour le compte de tiers, ainsi que le commerce à la commission. Les intermédiaires financiers travaillant dans ce domaine peuvent être répartis dans quatre groupes: 243

¹²⁹ Circ.-CFB 98/2, Cm 23.

¹³⁰ Voir ch. 5.6 Négocce de valeurs mobilières.

¹³¹ Art. 4, let. d, OFR.

5.5.1 Négociant en devises agissant pour le compte de clients

Il s'agit du négociant en devises type. Celui-ci reçoit des fonds de la clientèle qu'il regroupe sur un compte global ouvert à son nom. Les clients lui transmettent les ordres de transaction soit directement, soit par l'intermédiaire de leur gérant de fortune. Le négociant en devises agit en qualité de contrepartie dans ces transactions, qu'il réalise ensuite par le biais des différents comptes de devises ouverts à son nom. Pour être en mesure de les effectuer rapidement et individuellement pour chaque client, un négociant en devises agissant pour le compte de clients dispose presque toujours de sa propre plateforme de négoce. S'il exerce son activité à titre professionnel¹³², le négociant en devises agissant pour le compte de clients est soumis à la CFB et doit disposer d'une autorisation d'exercer en qualité de banque. Lorsque le négociant en devises pour le compte de clients n'atteint pas le seuil de l'activité à titre professionnel au sens de la loi sur les bourses (*gewerbsmässig*), il est néanmoins assujéti à la LBA s'il exerce son activité avec une intensité d'ordre professionnel (*berufsmässig*)¹³³.

5.5.2 Gérant de fortune en devises

Cet intermédiaire financier n'exécute pas d'opérations de négoce de devises en nom propre. Ce sont les clients qui possèdent un compte libellé à leur nom, soit auprès d'une banque effectuant le négoce de devises, soit auprès d'un courtier ou encore auprès d'un négociant en devises agissant pour le compte de clients. Les fonds sont transmis directement ou via le compte d'exécution du gérant de fortune à l'établissement réalisant le négoce des devises. Le gérant de fortune assure la gestion des actifs moyennant une procuration limitée. Il agit donc comme un gérant de fortune indépendant tout à fait classique, à ceci près qu'il s'est spécialisé dans les placements axés sur le négoce de devises et qu'il est soumis à la LBA conformément à l'art. 2, al. 3, let. e¹³⁴.

5.5.3 Fonds de négoce en devises

Les intermédiaires financiers qui acceptent les fonds des investisseurs en les regroupant sur un compte global libellé à leur nom, mais ne procèdent pas à une individualisation par client, de sorte que les prétentions des investisseurs se limitent à une quote-part du capital, sont soumis à la loi sur les placements collectifs (LPCC).

5.5.4 Négociant intermédiaire

Cet intermédiaire financier reçoit également les fonds des investisseurs sur un compte global libellé à son nom. En revanche, il n'opère pas lui-même le négoce de devises, mais transfère les fonds sur le compte d'un tiers. Le compte global n'étant cependant pas un

¹³² Voir art. 3a, al. 2, OB et circulaire de la CFB sur l'acceptation à titre professionnel de dépôts du public par des établissements non bancaires au sens de la loi sur les banques du 22 août 1996 (Circ.-CFB 96/4, Cm 9 et 16^{ter}).

¹³³ Voir ch. 2.2 Activité exercée à titre professionnel.

¹³⁴ Voir ch. 6.2 Gérant de fortune.

compte d'exécution mais uniquement un compte d'intermédiation, il s'agit là d'une acceptation non autorisée de fonds du public, c'est-à-dire d'une activité soumise à autorisation.

5.6 Négoce de valeurs mobilières

L'unité de l'ordre juridique étant de mise, la LBA adopte la même définition de la notion de valeurs mobilières que la législation sur les bourses¹³⁵. Sont dès lors considérés comme 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 leurs dérivés. Des valeurs mobilières sont standardisées et susceptibles d'être diffusées en grand nombre lorsqu'elles sont structurées et fractionnées de la même façon et offertes au public ou vendues à plus de vingt clients pour autant que ces valeurs ne soient pas créées spécialement pour des contractants déterminés. 248

Le négoce de valeurs mobilières exercé à titre professionnel au sens de la loi sur les bourses¹³⁶, qu'il s'agisse de négoce pour compte de clients ou pour compte propre, est assujéti à la surveillance de la CFB, également en ce qui concerne le respect des obligations de diligence de la LBA¹³⁷. 249

Lorsque le négociant en valeurs mobilières n'atteint pas le seuil de l'activité à titre professionnel au sens de la loi sur les bourses (*gewerbsmässig*)¹³⁸, il agit néanmoins en tant qu'intermédiaire financier lorsqu'il exerce son activité pour compte de tiers avec une intensité qui atteint le seuil de l'activité à titre professionnel au sens de la LBA (*berufsmässig*)¹³⁹. 250

A l'instar du négoce de matières premières pour propre compte, le négoce de valeurs mobilières pour compte propre qui est exercé à titre professionnel au sens de la LBA¹⁴⁰ sans atteindre le seuil de l'activité à titre professionnel au sens de la loi sur les bourses n'est pas assujéti à la LBA. 251

6 Gestion de fortune (art. 2, al. 3, let. e, LBA)

A ce titre, sont soumises à la LBA aussi bien la gestion de fortune individuelle que la gestion collective. 252

¹³⁵ Art. 2, let. a, de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (RS 954.1), ci-après LBVM, et art. 4 de l'ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.11), ci-après OBVM.

¹³⁶ Art. 2, let. d LBVM et art.2 OBVM.

¹³⁷ Art. 2, al. 2, let. d, et art. 12 LBA.

¹³⁸ Circ.-CFB 98/2; lorsqu'il tient des comptes ou conserve des valeurs mobilières, directement ou indirectement, pour plus de 20 clients (Cm 49).

¹³⁹ OAP-LBA, voir ch. 2.2 Activité exercée à titre professionnel.

¹⁴⁰ Circ.-CFB 98/2; lorsque le négociant effectue des opérations en valeurs mobilières d'un montant brut (chiffre d'affaires) de plus de 5 milliards de francs suisses par an (Cm 23).

6.1 Délimitations dans la gestion de valeurs patrimoniales

- Conformément à l'art. 2, al. 3, let. e LBA, la «gestion de fortune» est soumise à la LBA. Aussi s'agit-il d'une part de définir la notion de «fortune» et, d'autre part, de déterminer quelles activités sont incluses dans la «gestion» de cette fortune. 253
- Si la notion générale de patrimoine correspond à la somme de toutes les valeurs actives et passives susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété d'une personne, il y a lieu, en matière de LBA, de limiter cette définition à la somme des valeurs incorporées dans des produits caractéristiques du secteur financier et régulièrement négociés dans ce cadre à titre de placements. De l'art. 2, al. 3, LBA, il ressort que les valeurs patrimoniales visées en priorité par la loi comprennent l'argent liquide et les instruments financiers aisément négociables. Sont considérés comme instruments financiers les monnaies suisses et étrangères, les billets de banque suisses et étrangers, les devises, les métaux précieux, les valeurs mobilières, les papiers-valeurs et les droits-valeurs, ainsi que leurs dérivés. 254
- La gestion et l'administration pour un tiers, par une personne physique ou morale opérationnelle, de valeurs patrimoniales ne relevant pas du marché financier ne sont pas soumises à la LBA. La gestion d'une collection de montres, de timbres, de tableaux ou d'antiquités, la gestion d'un parc de véhicules, de bateaux ou d'avions, ou encore la gestion d'une unité de production (une fabrique, un hôtel ou un centre de loisirs, p. ex.) ne constituent ainsi pas une activité d'intermédiaire au sens de la LBA. 255
- Dans la mesure où la gestion de valeurs patrimoniales ne relevant pas du secteur financier n'est pas soumise à la LBA, il convient de se demander si toutes les démarches accomplies dans le cadre de la gestion de telles valeurs et impliquant une administration active de celles-ci, échappent par principe également au champ d'application de la LBA. 256
- L'encaissement des fruits du bien administré doit être considéré comme un recouvrement de créances, qui ne constitue pas un service d'intermédiation financière¹⁴¹. 257
- Les prestations de nature financière fournies dans le cadre de l'administration de ces valeurs patrimoniales, et qui sont étroitement liées à celles-ci tant sur le plan juridique que pratique, ne constituent pas des services d'intermédiation financière¹⁴². Dès lors, ne relèvent par exemple pas de l'intermédiation financière les activités du gérant d'un établissement pour personnes âgées qui, dans le cadre de son mandat, utilise les fonds mis à sa disposition pour verser le salaire aux employés, acheter les marchandises nécessaires au fonctionnement de l'établissement ou encore payer les primes d'assurances. 258
- En revanche, si le gérant accepte, en dehors de l'activité d'administration et de gestion précitée, des fonds pour en faire la gestion et/ou les placer, son activité doit être qualifiée d'intermédiation financière. 259

¹⁴¹ Voir ch. 4.1 Recouvrement de créances.

¹⁴² Voir ch. 4.2.5.3.1 Gestion immobilière.

6.2 Gérant de fortune indépendant

La notion de gestion de fortune recouvre en principe le cas où une personne confie à un mandataire le soin de gérer sa fortune de façon indépendante. L'exemple type de l'activité soumise à la LBA est certainement celui du gérant de fortune externe aux banques, qui gère, sur mandat d'un client, la fortune que celui-ci a déposée auprès d'une banque. En règle générale, le gérant de fortune dispose à cet effet d'une procuration limitée de gestion qui lui permet de gérer les actifs, mais ne l'autorise pas à contracter des dettes ou à disposer des avoirs du client à d'autres fins que leur placement. 260

En principe, un contrat de mandat de droit privé lie le client et le gérant de fortune. Si tel n'est pas le cas et que la gestion de fortune est effectuée à un autre titre, elle n'est en règle générale pas soumise à la LBA¹⁴³. 261

Lorsque l'activité consiste à transférer les ordres du client à l'institut dépositaire ou titulaire du compte, la délimitation peut s'avérer extrêmement difficile. Lorsque l'activité s'avère purement mécanique (qu'elle consiste par exemple à recevoir un fax et à refaxer le même document), on ne peut pas conclure que l'activité se fonde sur une procuration. Elle n'est donc en principe pas soumise à la LBA. Si les ordres sont toutefois signifiés par téléphone ou par voie électronique, en particulier s'ils donnent accès aux données du compte, il convient de supposer qu'un mandat de gestion existe bel et bien et l'activité est dès lors soumise à la LBA. 262

6.3 Placements collectifs de capitaux

Lors de la révision de la législation sur les placements collectifs de capitaux, on a également modifié la législation sur la lutte contre le blanchiment d'argent et ajouté notamment une lettre b^{bis} à l'art. 2, al. 2, LBA. Cette disposition prévoit que les sociétés d'investissement à capital variable, les sociétés d'investissement à capital fixe, les sociétés en commandite de placements collectifs, les sociétés d'investissement à capital fixe et les gérants de fortune au sens de la LPCC sont soumis à la loi sur le blanchiment d'argent et à la surveillance de la CFB, pour autant qu'ils gèrent des comptes de parts ou qu'ils offrent ou distribuent eux-mêmes des parts de placements collectifs. Ces entreprises et agents de placements collectifs sont dès lors exclus du champ d'application de l'art. 2, al. 3, LBA. 263

Il incombera à la CFB de fixer des critères permettant de distinguer les sociétés d'investissement à capital fixe, en particulier le nombre d'investisseurs à partir duquel on est en présence d'un placement collectif de capitaux. Dans le cas des sociétés dont la CFB conclut qu'elles ne constituent pas, en raison du nombre des investisseurs, des sociétés d'investissement au sens de la LPCC, il conviendra de vérifier s'il s'agit de sociétés de domicile dont les organes sont des intermédiaires financiers au sens de la LBA¹⁴⁴. 264

Les formes de placements collectifs de capitaux non soumises à la LPCC appartiennent en principe au champ d'application de l'art. 2, al. 3, LBA. La majorité des formes de placement collectif de capitaux qui ne sont pas soumises à la loi sur les placements collectifs de capitaux ne sont cependant pas, conformément à la formulation de la loi sur le blanchiment 265

¹⁴³ Voir en particulier ch. 9 Activité de l'Etat.

¹⁴⁴ Voir ch. 2.6.2 Sociétés de domicile.

d'argent ou à la pratique appliquée jusqu'ici par l'Autorité de contrôle, non plus soumises à la loi sur le blanchiment d'argent. Cette remarque vaut pour les institutions de prévoyance professionnelle (art. 2, al. 2, let. a, LPCC et art. 2, al. 4, let. b, LBA), les institutions des assurances sociales et des caisses de compensation (art. 2, al. 2, let. b, LPCC)¹⁴⁵, les corporations et les institutions de droit public (art. 2, al. 2, let. c, LPCC)¹⁴⁶, les sociétés exerçant une activité commerciale ou industrielle (art. 2, al. 2, let. d, LPCC) pour autant que cette activité ne relève pas de l'intermédiation financière¹⁴⁷, les sociétés holdings (art. 2, al. 2, let. e, LPCC)¹⁴⁸, les clubs d'investissements (art. 2, al. 2, let. f, LPCC)¹⁴⁹ et les associations ainsi que les fondations (art. 2, al. 2, let. g, LPCC)¹⁵⁰.

En ce qui concerne les sociétés d'investissement au sens de l'art. 2, al. 3, LPCC qui sont cotées sur une bourse suisse ou qui possèdent exclusivement des investisseurs qualifiés et des actions nominatives, chose qui est vérifiée chaque année par un organe de révision agréé, il convient de remarquer qu'elles sont soumises à la loi sur le blanchiment d'argent aux mêmes conditions que les moyens de placement collectif qui sont soumis à la surveillance prudentielle de la CFB.

266

6.4 Clubs d'investissement

Les clubs d'investissement sont des entités au sein desquelles plusieurs personnes se regroupent aux fins d'investir et d'administrer collectivement des fonds. Ils peuvent adopter diverses formes juridiques, mais se présentent en règle générale soit comme une association selon l'art. 60 et suivants du Code civil soit comme une société simple au sens de l'art. 530 et suivants du Code des obligations. Indépendamment de leur structure juridique, les clubs d'investissements remplissent les critères d'un placement collectif de capitaux. Les clubs d'investissement sont toutefois exclus du champ d'application de la LPCC pour autant que leurs membres soient en mesure de défendre eux-mêmes les intérêts de leur patrimoine, c'est-à-dire que les clubs d'investissement ne doivent pas être administrés par des tiers. Ils doivent pour cela remplir les conditions cumulatives suivantes¹⁵¹: les droits de participation figurent dans le document constitutif applicable à la forme juridique choisie pour le club d'investissement; les membres ou une partie des membres prennent eux-mêmes les décisions de placement; les membres sont régulièrement informés de l'état des placements; le nombre de membres ne peut pas dépasser 20 personnes.

267

De la formulation de l'art. 2, al. 3, LBA, en particulier de sa partie générale, il ressort que l'activité de gestion est soumise à la LBA lorsqu'elle consiste à placer ou à gérer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. Les clubs d'investissement ne correspondent pas à cette définition. Dans leur cas, il s'agit plutôt de la mise en commun de valeurs patrimoniales, qui sont ensuite gérées et placées conjointement. Les clubs d'investissement

268

¹⁴⁵ Voir ch. 13 Institut de prévoyance.

¹⁴⁶ Voir ch. 9 Activité de l'Etat.

¹⁴⁷ Voir ch. 2.6.3 Sociétés opérationnelles et ch. 2.4 Activité dans le secteur financier.

¹⁴⁸ Voir ch. 2.6.4 Sociétés holdings.

¹⁴⁹ Voir ch. 6.4 Clubs d'investissement.

¹⁵⁰ Voir ch. 6.5.2 Associations fondations et coopératives.

¹⁵¹ Art. 1 de l'ordonnance du 22 novembre sur les placements collectifs de capitaux (OPCC, RS 951.311).

sont dès lors également exclus du champ d'application de l'art. 2, al. 3, LBA.

Doit cependant être considéré comme un intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, LBA celui qui est chargé, alors qu'il n'est pas membre du club et agit donc en tant que tiers, d'exécuter les décisions d'investissement prises conjointement par les membres d'un club d'investissement et qui jouit à cet effet du pouvoir de disposer des valeurs patrimoniales d'un club d'investissement. 269

6.5 Acceptation de fonds

Celui qui n'accepte pas de fonds à titre professionnel n'est en principe pas un intermédiaire financier, car il ne mène pas d'activité dans le secteur financier¹⁵². S'il propose cependant des services financiers en relation avec les fonds reçus en dépôt, il donne naissance à une activité soumise à la LBA. Tel est notamment le cas lorsque l'acceptation des fonds s'accompagne d'une promesse de remboursement. 270

6.5.1 Caisses d'épargne d'entreprise

Les caisses d'épargne d'entreprise reçoivent leurs fonds des employés de l'entreprise. En général, l'employeur utilise cet argent pour financer ses propres activités. Ces caisses d'épargne ne sont dès lors pas soumises à la LBA, car celui qui reçoit de l'argent dans le but de financer ses propres activités n'est en principe pas un intermédiaire financier. Cette appréciation peut changer et l'acceptation de fonds par des caisses d'épargne d'entreprise peut constituer une intermédiation financière si les fonds sont utilisés pour financer des tiers (opération de crédit¹⁵³), transférés (services de paiement¹⁵⁴) ou gérés (gestion du patrimoine¹⁵⁵). Lorsqu'elles offrent des services de cette nature, les caisses d'épargne d'entreprise sont assujetties à la LBA. 271

6.5.2 Associations, fondations et coopératives

Les associations, les fondations et les sociétés coopératives qui acceptent des fonds de leurs membres ou coopérateurs ou du public ne sont en principe pas assujetties à la LBA, pour autant qu'elles n'agissent d'aucune manière dans le domaine financier¹⁵⁶, qu'elles poursuivent un but non lucratif ou se dévouent à l'entraide mutuelle et consacrent tous les fonds reçus à cette fin¹⁵⁷. 272

¹⁵² Voir ch. 2.4 Activité dans le secteur financier.

¹⁵³ Voir ch. 3.3 Divers types de crédit.

¹⁵⁴ Voir ch. 4.2 Virements électroniques.

¹⁵⁵ Voir ch. 6 Gestion de fortune (art. 2, al. 3, let. e, LBA).

¹⁵⁶ Voir ch. 2.4 Activité dans le secteur financier.

¹⁵⁷ Voir à ce sujet l'information sur la procédure de révision de l'art. 3a, al. 4, let. d, OB, publiée à l'adresse www.ebk.admin.ch, sous Actualités 2008, en date du 21 juillet 2008.

7 Conseil en placement (art. 2, al. 3, let. f, LBA)

Un conseiller en placement se distingue d'un gérant de fortune par le fait qu'il ne donne que des conseils à ses clients, sans procéder lui-même à des opérations de gestion. Contrairement au gérant de fortune, il ne dispose d'aucun pouvoir de disposition sur les avoirs de son client. 273

Selon l'art. 2, al.3, let. f, LBA, les conseillers en placement sont assujettis à la LBA lorsqu'ils effectuent des placements. A contrario, les conseillers qui n'effectuent aucun placement et se contentent uniquement de conseiller leur clientèle, ne sont jamais assujettis à la LBA, bien qu'une interprétation purement grammaticale de la disposition générale de l'art. 2, al.3, LBA pourrait conduire à les assujettir, puisqu'ils «aident» à placer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. 274

Lorsqu'un conseiller en placement effectue de cas en cas, sur la base d'une procuration spécifique, un placement en qualité de représentant de son client, il est assujetti à la LBA. A la différence de la procuration générale du gérant de fortune, il agit alors sur la base d'une procuration spéciale, qui ne l'autorise à effectuer qu'une seule ou plusieurs opérations clairement spécifiées. 275

8 Conservation de valeurs patrimoniales

8.1 Conservation de valeurs mobilières (art. 2, al. 3, let. g, LBA)

Cette disposition de l'art. 2, al. 3, let. g, LBA soumet expressément la conservation de valeurs mobilières à la LBA. En application du principe de l'unité de l'ordre juridique, la définition des valeurs mobilières de la LBA correspond à celle contenue dans la législation sur les bourses¹⁵⁸. 276

Toute forme de conservation de valeurs mobilières est en principe soumise à la LBA, donc aussi lorsqu'une société conserve des valeurs mobilières pour ses propres actionnaires ou collaborateurs. Dans ce cas, il importe peu que cette prestation soit fournie gratuitement ou contre paiement, pour autant qu'elle soit effectuée à titre professionnel. 277

Lorsqu'un employeur distribue, dans le cadre d'un programme de participation des collaborateurs, des valeurs mobilières provenant de son propre portefeuille ou d'une émission directe à ses employés, que ces valeurs mobilières font partie intégrante du salaire et que l'employeur les conserve pour le compte de ses employés, cette prestation n'est pas soumise à l'art. 2, al. 3, let. g, LBA. Il convient en effet de considérer de telles situations comme des modes de rétribution non soumis à la LBA. 278

¹⁵⁸ Voir ch. 5.6 Négocie de valeurs mobilières.

8.2 Conservation physique d'autres valeurs patrimoniales

La conservation physique d'autres valeurs patrimoniales – de valeurs mobilières telles que de l'argent liquide, des métaux précieux ou des papiers-valeurs, c'est-à-dire des documents n'ayant pas qualité de valeurs mobilières – ne constitue pas une activité d'intermédiation financière et n'est donc pas soumise à contrôle. 279

N'est pas non plus soumise à contrôle l'activité consistant à mettre à disposition des contenants individuels et verrouillables destinés à abriter des valeurs, dont seul le partenaire contractuel peut disposer et auxquelles le fournisseur de la prestation n'a en principe pas accès, car le loueur ne bénéficie dans ce cas d'aucun pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales de tiers ainsi conservées. 280

9 Activité de l'Etat

Lorsqu'une activité n'est en soi pas soumise à la LBA, peu importe qu'elle soit entreprise par une autorité publique ou par un tiers. Les explications ci-après montrent cependant que l'activité de l'Etat n'est, dans certains cas dûment fondés, pas soumise à la LBA, alors qu'une activité similaire accomplie par un autre prestataire de services tomberait dans le champ d'application de la LBA. 281

Dans l'accomplissement de leurs tâches, les autorités jouissent en règle générale d'un pouvoir souverain. Un rapport de subordination lie le citoyen à l'Etat. Le privé est subordonné à l'Etat, qui exerce sur lui une autorité puisqu'il est investi des pouvoirs de souveraineté. Lorsqu'une telle relation de subordination existe, l'Etat ne peut pas régler les rapports juridiques par un contrat, mais doit promulguer un acte de souveraineté. Or toute la terminologie utilisée dans la LBA montre que la conclusion d'un contrat représente une condition à l'assujettissement à la LBA. Celle-ci parle en particulier de manière systématique de «cocontractant» et de «relations d'affaires». 282

Mais la terminologie n'est pas seule à exiger l'existence d'un contrat. Les principales obligations prévues par la LBA n'ont en effet de sens que s'il y a conclusion d'un contrat. C'est pourquoi l'Etat ne peut être assujetti à la LBA que lorsqu'il conclut des contrats, peu importe qu'ils soient de droit privé ou de droit public, dans des domaines ne relevant pas de son action souveraine. 283

La forme d'organisation de l'organe chargé de tâches publiques ne représente pas non plus un critère déterminant pour la soumission à la LBA. Des organismes privés exerçant des tâches publiques peuvent être habilités à régler des rapports juridiques par des décisions. A l'inverse, des domaines de l'administration centrale peuvent conclure des contrats de droit privé. La manière dont l'organe a été constitué – les tâches publiques qui lui ont été attribuées l'ont-elles été sur la base d'une prescription légale, d'un acte de souveraineté ou d'un contrat de droit administratif – est par conséquent elle aussi sans pertinence. 284

L'existence d'un contrat ne permet cependant pas de conclure automatiquement que l'on est en présence d'une activité de l'Etat soumise à la LBA. Dans certains cas, l'Etat préfère en effet des solutions consensuelles, fondées sur une convention, et ne fait usage de son pouvoir de décision qu'en cas d'absolue nécessité, lorsqu'il s'avère impossible de parvenir à une décision contractuelle. Il arrive aussi qu'une solution contractuelle s'impose, car elle 285

est le mieux à même de garantir l'exécution d'une tâche légale dans l'intérêt général, comme c'est le cas lorsque plusieurs communes ou cantons agissent conjointement à l'égard d'un particulier.

Il n'est pas facile de classer ces différents cas sur la base de critères simples et il importe donc de déterminer la soumission à la LBA au cas par cas. Les repères ci-après comptent parmi ceux qui indiquent qu'une intermédiation financière assurée par l'Etat n'est pas soumise à la loi sur le blanchiment d'argent: 286

- Une base légale explicite charge une autorité de mener une activité d'intermédiation financière ou l'autorise à la mener. Dans chaque cas, il convient de vérifier si le niveau réglementaire et les exigences en matière de délégation sont respectés. 287
- L'intermédiation financière assurée par une autorité se fonde sur un accord ou un contrat, l'autorité pouvant malgré tout prendre des décisions par voie d'ordonnance en cas de manque de coopération. Malgré l'existence d'un contrat, un rapport de subordination existe ici entre l'autorité et son partenaire contractuel. 288
- L'intermédiation financière assurée par une autorité fournit à celle-ci le moyen de s'acquitter d'une tâche qui lui incombe ou est en relation directe avec une telle tâche. 289
- L'autorité ou l'organisme qui mène l'activité de l'Etat est soumis au contrôle financier d'une autorité supérieure. 290

9.1 Offices des poursuites et des faillites

Le droit régissant la poursuite pour dettes et la faillite régit le recouvrement de dettes avec le concours de l'Etat. Comme l'Etat de droit détient le monopole en matière de contrainte, quiconque désire utiliser la contrainte pour réaliser ses prétentions doit avoir recours à l'appareil contraignant de l'Etat. C'est pourquoi le droit régissant la faillite et la poursuite pour dettes doit être attribué au domaine du droit public. De plus, celui-ci se distingue par la rigueur de la réglementation qui doit être respectée en tous les cas et revêt en ce sens une force contraignante. 291

Tous les offices des poursuites et faillites sont investis du pouvoir contraignant de l'Etat. C'est pourquoi les relations juridiques entre les offices des poursuites et des faillites et les parties impliquées dans une poursuite ou une faillite, débiteur et créancier, sont régies par un acte de souveraineté et non par un contrat. En application du principe général exposé ci-devant, qui stipule que l'action souveraine de l'Etat ne peut être soumise à la LBA, l'activité des offices des poursuites et faillites n'est donc pas soumise à la LBA. 292

9.2 Administration spéciale de la faillite

L'administration de la faillite est l'organe exécutif dans la procédure de faillite¹⁵⁹. Il lui incombe d'appliquer la procédure dans les cas particuliers. Elle exerce des fonctions relevant du droit public. Peu importe que ces fonctions soient conférées à l'office des 293

¹⁵⁹ Art. 241 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1), ci-après LP.

poursuites et des faillites ou que les créanciers aient choisi à sa place une administration spéciale de la faillite, composée d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales. Les membres d'une administration spéciale de la faillite assument une fonction officielle. A l'instar de l'administration ordinaire de la faillite, l'administration spéciale agit par le biais de décisions. En conséquence, l'administrateur spécial de la faillite selon l'art. 241 LP n'est pas soumis à la LBA.

9.3 Liquidateurs au sens de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite

Dans le domaine de la poursuite pour dette et de la faillite, des liquidateurs sont engagés dans le cadre de la réalisation d'un concordat par abandon d'actifs. Les liquidateurs sont élus par l'assemblée des créanciers et doivent être désignés dans le concordat¹⁶⁰. Les liquidateurs exercent une fonction relevant du droit public et agissent par le biais de décisions. Le liquidateur au sens de la LP n'est donc pas soumis à la LBA. 294

9.4 Tuteur

Une personne chapeauté par un tuteur ou une tutrice n'est en principe pas en mesure d'exercer ses droits civils¹⁶¹. Puisqu'elle ne peut conclure aucun contrat, ses relations avec le tuteur ne sont pas régies de manière contractuelle. Le tuteur est nommé par une décision de l'autorité compétente et n'est ainsi pas soumis à la LBA. 295

9.5 Administration d'office de la succession

L'administration d'office de la succession¹⁶² intervient lorsque la participation exigée de tous les héritiers pour l'accomplissement des actes administratifs est impossible pour des raisons extérieures, en particulier lorsqu'un héritier est absent sans être représenté. Les héritiers voient leur accès à l'héritage suspendu; l'administrateur nommé par les autorités le prend sous sa garde, établit un inventaire et entreprend les actes administratifs nécessaires. Aucun lien contractuel n'est établi entre les héritiers et l'administrateur de la succession. Ce dernier n'est donc pas soumis à la LBA. 296

Lorsque l'administrateur de la succession accepte cependant des héritiers un mandat relatif au partage de la succession et à son exécution, il devient intermédiaire financier. 297

9.6 Exécuteur testamentaire

Dans ses dispositions testamentaires, le testateur peut charger une ou plusieurs personnes capables d'exercer les droits civils de l'exécution de ses dernières volontés¹⁶³. Les exécuteurs testamentaires sont chargés de faire respecter la volonté du défunt, 298

¹⁶⁰ Art. 317 et 318 LP.

¹⁶¹ Art. 17 CC.

¹⁶² Art. 554 CC.

¹⁶³ Art. 517 CC.

notamment de gérer la succession, de payer les dettes, d'acquitter les legs et de procéder au partage conformément aux ordres du disposant ou suivant la loi. Les exécuteurs testamentaires ne sont liés à la communauté des héritiers par aucune relation contractuelle de droit privé. Dans la mesure où le testateur n'en a pas ordonné autrement, ils ont les droits et les devoirs de l'administrateur officiel d'une succession¹⁶⁴. En ce qui concerne l'assujettissement à la LBA ils doivent donc être traités comme ce dernier. Les exécuteurs testamentaires désignés par le testateur ne sont par conséquent pas assujettis à la LBA.

9.7 Liquidation de la succession

La liquidation officielle d'une succession est ordonnée et exécutée par l'autorité compétente sur requête d'un héritier qui y est habilité ou d'un créancier du défunt. Il s'agit d'une procédure souveraine, que la liquidation soit réalisée par l'autorité compétente ou par un administrateur officiel qu'elle aurait mandaté. Aucun lien contractuel n'est établi entre l'administrateur officiel et les héritiers. Ces derniers ne peuvent réagir contre la désignation de l'administrateur qu'en déposant un recours auprès des autorités. Le liquidateur de la succession n'est par conséquent pas soumis à la LBA. 299

9.8 Liquidateurs au sens du Code des obligations

Contrairement à la liquidation forcée par l'office des poursuites et faillites et à la liquidation dans le cadre d'un concordat par abandon d'actifs, la liquidation au sens du Code des obligations est une procédure volontaire. La liquidation de la société peut en principe être assurée par l'organe ordinaire chargé de la direction générale. De manière à éviter des conflits d'intérêts entre les organes ordinaires chargés de la direction générale, il est d'usage de faire appel à un liquidateur. 300

Selon la doctrine et la pratique généralement admises aujourd'hui, les liquidateurs sont des organes de la société. En tant que tels, ils font partie intégrante de la personne morale. Ils engagent par conséquent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits, en particulier par les actes illicites commis en leur qualité d'organes. 301

Des observations qui précèdent, il ressort de toute évidence que les liquidateurs ne sont pas investis de droits de souveraineté et que leurs pouvoirs ne relèvent que du droit privé. Par ailleurs, leur qualité d'organes d'une personne morale ne permet pas de les qualifier d'intermédiaires financiers. Ils ne sont donc en principe pas assujettis à la LBA. 302

Il en va autrement uniquement dans le cas des liquidateurs de sociétés de domicile. En effet, les organes d'une société de domicile sont des intermédiaires financiers au sens 303

¹⁶⁴ Art. 518 CC.

de la LBA¹⁶⁵. Dès lors, le liquidateur d'une société de domicile est également un intermédiaire financier et il est par conséquent assujéti à la loi.

Si la société se trouvant en liquidation est elle-même un intermédiaire financier, elle est assujétiée en tant que telle à la LBA. Cet assujétiement se poursuit aussi longtemps que la société se trouvant en liquidation continue d'entretenir à titre professionnel des relations d'affaires assujétiées à la LBA. 304

10 Assujétiement des avocats et des notaires

On peut en principe retenir qu'un avocat ou un notaire est assujéti à la LBA lorsqu'il exerce une activité que cette loi considère comme assujétiée. Cependant, la LBA¹⁶⁶ stipule par ailleurs que les avocats et les notaires ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel en vertu de l'art. 321 CP¹⁶⁷. La pratique a déduit de cette disposition que les activités soumises au secret professionnel ne sont pas du tout assujétiées à la LBA dès lors que le respect des obligations de diligence n'a de sens que si l'obligation de communiquer doit être respectée en cas de soupçon fondé de blanchiment. 305

En ce qui concerne le droit de refuser de témoigner, le Tribunal fédéral a examiné la distinction entre l'activité professionnelle typique des avocats (activité principale) et leur activité accessoire¹⁶⁸. Il en a conclu qu'il s'avère impossible de schématiser la décision devant déterminer les faits qui sont couverts par le secret professionnel, que cette décision ne peut être prise qu'au cas par cas et qu'elle doit tenir compte de tous les éléments spécifiques à chaque cas. Il convient en tout les cas de tabler sur une activité accessoire lorsque les aspects commerciaux prédominent sur l'activité typique d'avocat. Les activités non typiques de celles d'un avocat comprennent en particulier celles qui sont normalement assurées par des gérants de fortune, des bureaux fiduciaires ou des banques. Elles englobent notamment la gestion de fortune ou le dépôts de fonds, chaque fois qu'elles sont menées sans rapport avec un mandat attribué dans le cadre des activités typiques d'un avocat. Autrement, un accusé aurait beau jeu de faire intervenir un avocat en tant qu'intermédiaire, afin de soustraire le cas échéant le produit d'un acte punissable aux autorités chargées de la poursuite pénale¹⁶⁹. 306

L'obligation d'un avocat de garder le secret ne couvre que les faits qui lui ont été confiés pas son client, afin de lui permettre d'exécuter son mandat ou que l'avocat a appris lui-même dans l'exécution de son mandat.¹⁷⁰ Lorsqu'un avocat exerce des activités aussi bien typiques de sa profession qu'accessoires pour le service d'un client, il y a lieu de rompre 307

¹⁶⁵ Voir ch. 2.6.2 Sociétés de domicile.

¹⁶⁶ Art. 9, al. 2, LBA.

¹⁶⁷ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0).

¹⁶⁸ ATF 112 Ib 606 ff., 114 III 107 ss., 115 Ia 197 ss., 120 Ib 118 ss.

¹⁶⁹ ATF 112 Ib 606, p. 608/609.

¹⁷⁰ ATF 115 Ia 197, p. 199.

l'union personnelle en ce qui concerne le droit de refuser de témoigner¹⁷¹. La même règle s'applique également à l'assujettissement à la LBA.

Dans la pratique, on se réfère en général à l'utilisation du formulaire R dans les milieux bancaires¹⁷², sans préciser toutefois le sens de ce formulaire ni l'objectif de son utilisation. 308

L'art. 5 de la CDB 03 régit l'utilisation du formulaire R: «La banque peut renoncer à l'identification de l'ayant droit économique pour les comptes ou les dépôts établis au nom d'avocats ou de notaires autorisés à exercer en Suisse, pour le compte de leurs clients, dans la mesure où, selon une déclaration écrite de l'avocat ou du notaire, les comptes et les dépôts concernés ne servent qu'à l'un des buts suivants.» L'article porte le titre «Personnes tenues à un secret professionnel» et concerne d'emblée uniquement les personnes soumises à un secret professionnel au sens de l'art. 321 CP. Celui qui demande à utiliser le formulaire R doit donc commencer par se demander s'il agit en l'occurrence effectivement en tant que détenteur d'un secret professionnel. Soutenir que l'on devient porteur d'un secret professionnel parce que l'on se réfère au formulaire R revient à créer la situation où le serpent se mord la queue, une situation absurde et non souhaitée par la CDB 03. 309

La liste des activités figurant à l'art. 5 CDB et dans le formulaire R fournit quelques indications permettant de distinguer activité professionnelle typique et activité accessoire. En effet, les activités énumérées constituent en fait celles que l'intéressé exécute souvent, quoique pas nécessairement, en marge d'un mandat propre à l'activité d'un avocat ou d'un notaire. Il est ainsi possible de prendre une décision en tenant compte des critères développés par la jurisprudence et des spécificités concrètes de la situation à évaluer. Lorsqu'un avocat accepte par exemple des fonds et qu'il les transmet à un tiers, cette activité ne peut pas être considérée d'emblée comme typique de sa profession. Si les fonds proviennent d'un mandant que l'avocat représente dans un différend civil et que l'avocat les transfère au tribunal compétent à titre d'avance sur les frais de justice, force est d'admettre dans ce cas particulier, en tenant compte des spécificités concrètes de la situation, que le transfert d'argent relève d'un mandat s'inscrivant dans l'activité classique d'un avocat et qu'il doit dès 310

171 Par analogie avec ATF 115 Ia 197, p. 200.

172 Convention relative à l'obligation de diligence des banques du 2 décembre 2002 (CDB 03), art. 5 et formulaire R. Voici les buts poursuivis:

- Paiement d'avances ou de frais de procédure, de sûretés, de contributions de droit public, etc., versements en faveur ou de la part d'une partie, de tiers ou d'une autorité, ainsi que, dans la mesure appropriée, les placements à court terme qui leur sont liés (libellée p. ex. «avoirs de clients – compte/dépôt de passage»);
- Dépôt de valeurs patrimoniales ainsi que, dans la mesure appropriée, les placements qui lui sont liés, relatif à un partage successoral en cours ou à l'exécution de dispositions à cause de mort («libellé p. ex. «succession» ou «partage successoral»);
- Dépôt/placement de valeurs patrimoniales relatif à la liquidation en cours d'un régime matrimonial dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation (libellée p. ex. «liquidation de régime matrimonial/divorce»);
- Dépôt/placement à titre de sûretés de valeurs patrimoniales dans le cadre d'affaires de droit civil ou de droit public (libellé p. ex. «compte/dépôt escrow», «dépôt bloqué pour achat d'actions», «dépôt à titre de sûreté d'une caution de l'entrepreneur», «dépôt à titre de sûreté, impôt sur les bénéfices immobiliers», etc.);
- Dépôt de valeurs patrimoniales ainsi que, dans la mesure appropriée, les placements qui lui sont liées, dans le cadre de procédures de droit civil ou de droit public devant les tribunaux ordinaires ou arbitraux, ainsi que dans le cadre de procédures d'exécution forcée (libellé p.ex. «provisions», «garantie caution judiciaire», «masse en faillite», «procédure arbitrale», etc.).

lors être considéré comme typique de la profession.

D'autres éléments permettant de distinguer activité typique de la profession et activité accessoire figurent le cas échéant dans le droit cantonal. Dans sa loi sur le notariat, le canton de Berne a par exemple dressé une liste non exhaustive des éléments qui constituent l'activité principale du notaire¹⁷³. Des compléments figurent dans l'ordonnance bernoise sur les émoluments des notaires¹⁷⁴. 311

Cette règle ne s'applique évidemment qu'aux avocats et aux notaires qui exercent leur activité à titre libéral et qui sont inscrits dans un registre cantonal des avocats, auprès de la chambre cantonale des notaires ou auprès d'une chambre professionnelle équivalente à l'étranger. Les titulaires d'un brevet d'avocat ou de notaire qui travaillent par exemple pour une société fiduciaire, ne peuvent se prévaloir ni des droits inhérents au secret professionnel des avocats et des notaires, ni de la réglementation cantonale en la matière, ni de la réglementation particulière de la LBA¹⁷⁵. 312

10.1 L'avocat en tant qu'*escrow agent*

L'*escrow agent* (dépositaire légal) est en principe assujetti à la LBA¹⁷⁶. Il reste à déterminer si l'assujettissement est également valable lorsque l'*escrow agent* est un avocat ou un notaire. Il nous incombe donc de déterminer ci-après si l'activité d'*escrow agent* compte parmi les activités typiques de la profession d'avocat ou de notaire et qu'elle n'est de ce fait pas soumise à la LBA, ou s'il s'agit d'une activité accessoire que l'avocat ou le notaire exerce en tant qu'intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, LBA. 313

Le simple fait que le compte ou le dépôt *escrow* soit mentionné sur le formulaire R, ne fait pas de l'activité d'*escrow agent* une activité typique de l'avocat ou du notaire. Il convient bien plus d'analyser le contexte du cas spécifique et de décider en se fondant sur les critères définis par le Tribunal fédéral. Lorsque, dans le cas d'un contrat contesté, le prix d'achat de la chose vendue est provisoirement confié à l'avocat au titre de dépôt de garantie, avec ordre de transférer le cas échéant l'argent au vendeur, après résolution du différend civil, le lien avec le mandat typiquement confié à un avocat semble établi. Lorsque l'*escrow agreement* (contrat d'entiercement ou de dépôt) et l'activité d'*escrow agent* ne sert qu'à l'exécution ordinaire de contrats, cette activité peut tout aussi bien être menée par une banque, un fiduciaire, un gérant de fortune ou toute autre personne digne de confiance. Dans ce cas, les parties mandatent l'avocat non pas en raison de ses compétences professionnelles spécifiques, mais parce qu'elles préfèrent se reposer, pour assurer l'exécution d'un contrat d'achat à distance, sur les services d'une personne neutre et digne de confiance. Dans ce cas, l'aspect commercial prédomine par rapport à l'activité professionnelle typique et l'avocat exerce ici une activité qu'il faut qualifier d'accessoire. Si les critères de l'activité exercée à titre professionnel sont remplis, il s'agit ainsi d'une activité soumise à la LBA au sens de l'art. 2, al. 3, de la loi. 314

¹⁷³ Voir art. 50 ss. de la loi du 22 novembre 2005 sur le notariat (LN, RSB 169.11), selon lequel le notaire a droit à des émoluments et au remboursement de ses débours pour l'exercice de son activité principale. Dans l'exercice de son activité accessoire, le notaire facture cependant des honoraires.

¹⁷⁴ Voir l'ordonnance du 26 avril 2006 sur les émoluments des notaires (OEmN; RSB 169.81).

¹⁷⁵ Art. 9, al. 2, LBA.

¹⁷⁶ Voir ch. 4.2.5.1 Escrow agent.

10.2 Liquidation d'un régime matrimonial

L'avocat qui se voit confier des valeurs patrimoniales dans le cadre de la liquidation d'un régime matrimonial, suite à un divorce ou à une séparation, n'est pas un intermédiaire financier. Il le devient cependant s'il assiste son client dans la gestion de sa fortune après le partage des biens. C'est le moment de l'exécution du jugement qui prononce la dissolution du mariage qui est déterminant. Si l'avocat transfère des valeurs patrimoniales à son client afin d'exécuter le jugement, il n'est pas encore un intermédiaire financier. Mais s'il assiste son client dans la gestion de sa fortune après l'exécution complète du jugement et qu'il ne se limite en cela pas au simple conseil, il devient un intermédiaire financier. 315

10.3 Transaction immobilière

Lorsque le montant d'une transaction immobilière est transféré par l'intermédiaire du compte-clients du notaire instrumentant, il n'y a pas d'intermédiation financière, puisque ce service est effectué par le notaire en lien étroit avec son activité typique. Il en va de même si la législation notariale ou fiscale astreint le notaire à acquitter des dettes hypothécaires, des taxes officielles ou des prétentions fiscales avec le produit de la vente de l'immeuble¹⁷⁷. 316

Si, après la vente, le notaire procède par contre pour le compte du vendeur à des paiements en faveur de tiers, s'il effectue des placements pour le vendeur ou gère le solde du prix de vente, il agit en qualité d'intermédiaire financier. 317

10.4 Partage successoral

Un notaire qui reçoit des valeurs patrimoniales dans le cadre d'un partage successoral, n'est pas un intermédiaire financier si son activité se limite à leur partage. Selon le Tribunal fédéral, cette activité fait partie de l'activité typique du notaire¹⁷⁸. Ce notaire devient toutefois intermédiaire financier lorsqu'il aide un héritier à gérer sa part après le partage. 318

10.5 Administration d'une succession non partagée sur la base d'un mandat

Le notaire ou l'avocat auquel les héritiers confient, sur une base contractuelle privée, l'administration d'une succession non partagée, est un intermédiaire financier. 319

¹⁷⁷ Voir ch. 9 Activité de l'Etat.

¹⁷⁸ ATF 112 Ib 606 ss., p. 608.

10.6 Agent d'affaires

Seuls les cantons de Vaud, de Genève, de Saint-Gall et de Lucerne connaissent la profession d'agent juridique (*Rechtsagent*, SG), d'avoué (*Sachwalter*, LU) ou d'agent d'affaires (VD, GE). 320

Les agents d'affaires sont des conseillers juridiques qui assistent ou représentent leurs clients dans un nombre limité de procédures, notamment dans le domaine de la LP. Dans le cadre de leur activité typique, ils sont autorisés à recevoir des fonds de leurs clients, afin de verser des avances, de payer des frais judiciaires et de fournir des cautions. 321

Leur activité présentant des similitudes avec celle des avocats, on pourrait être tenté de les assimiler dans l'ensemble aux avocats et de les exclure du champ d'application de la LBA lorsqu'ils exercent leur activité principale. Il convient cependant d'apprécier la situation juridique de ces agents d'affaires canton par canton, en se fondant sur la législation et les usages cantonaux. 322

Compte tenu des exigences cantonales et, en l'absence de bases légales, des avis de droit des instances cantonales compétentes, on peut conclure que les agents d'affaires des cantons de Vaud et de Saint-Gall sont, dans le cadre de leur activité typique, soumis au même secret professionnel que les avocats. Dans l'exercice de cette activité, ils ne sont donc pas des intermédiaires financiers assujettis à la LBA. Dans les cantons de Genève et de Lucerne, les agents d'affaires ne peuvent toutefois pas se prévaloir du secret professionnel des avocats et sont donc, même lorsqu'ils exercent leur activité typique, des intermédiaires financiers au sens de la LBA. 323

11 Opérations financières entre des sociétés affiliées à un même groupe

Le pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers constitue l'un des éléments de la définition de l'intermédiaire financier selon l'art. 2, al. 3, LBA. Des valeurs patrimoniales appartiennent en principe à des tiers lorsqu'elles ne sont pas, au sens juridique, propriété de la personne examinée. Dans certains cas, un point de vue économique peut cependant s'imposer. En général, on considère en effet les sociétés affiliées à un groupe comme des personnes morales indépendantes. Or les instruments de la loi ne sont pas adaptés aux opérations financières conclues entre les sociétés d'un même groupe, puisque l'application des exigences en matière d'identification n'aurait aucun sens entre les sociétés du même groupe. Pour ce qui est du champ d'application personnel de la LBA dans le secteur non bancaire, il convient par conséquent de considérer le groupe comme une seule et même entité. 324

Selon la pratique de l'Autorité de contrôle, 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 en va de même pour toutes les opérations d'intermédiation financière qu'une société affiliée à un groupe réalise pour le compte d'autres sociétés du même groupe. 325

Cette pratique s'applique lorsqu'un groupe possède une société mère qui exerce une influence décisive sur une ou plusieurs filiales ou, du moins, si la possibilité d'une telle suprématie existe. Quiconque veut faire prévaloir l'existence d'une structure de groupe, doit prouver qu'une telle prédominance existe. Dans ce cas, le groupe est défini comme une 326

entité réunissant deux ou plusieurs sociétés, qui sont regroupées sous une même direction économique, dont la politique s'exerce à la majorité ou par un autre biais, un rapport de suprématie existant entre la société mère et les filiales.

La suprématie constitue dès lors le critère déterminant dans la définition d'un groupe de sociétés. Ce n'est que lorsqu'un rapport de suprématie ou la possibilité d'un tel rapport est donné que l'on peut parler d'une entité économique. 327

Si l'entité en présence est tenue de procéder à une consolidation intégrale de ses comptes, on est toujours en présence d'un rapport de suprématie et donc d'un groupe. Lorsqu'il existe des comptes entièrement consolidés, on peut donc admettre sans risque de se tromper que l'on est en présence d'un groupe. 328

Bien qu'elles ne présentent pas des comptes entièrement consolidés, certaines structures marquées par un rapport de prédominance doivent être considérées comme des groupes et dès lors être exclues du champ d'application de la LBA. C'est notamment le cas de structures au sens de l'art. 663e, al. 2, CO, où la société est libérée de l'obligation de dresser des comptes consolidés même si un rapport de prédominance existe. 329

Cette réglementation s'applique par analogie aux structures dont la tête n'est pas occupée par une personne morale, mais par une personne physique. Dans ce cas aussi, on table sur l'existence, ou la possible existence, d'un rapport de suprématie entre la direction et les filiales. La preuve d'un tel rapport devra être apportée par la partie qui entend se prévaloir de l'application, par analogie, de la pratique réservée aux groupes de sociétés. 330

12 Fourniture de services à des intermédiaires financiers assujettis à une surveillance en vertu d'une loi spéciale

L'art. 2, al. 4, LBA contient certaines exceptions à l'assujettissement. Dans le cadre de la présente circulaire, nous nous penchons en particulier sur l'exception prévue à l'art. 2, al. 4, let. d, LBA. Elle concerne les intermédiaires visés à l'art. 2, al. 3, LBA qui fournissent des services exclusivement aux intermédiaires financiers énumérés à l'art. 2, al. 2, LBA. Le message justifie cette exception en ces termes: «Il serait déraisonnable – et fort coûteux – de contrôler à leur tour ces services sous l'angle du blanchiment d'argent.¹⁷⁹» 331

Si l'intermédiaire financier remplit les conditions de l'art. 2, al. 4, let. d, LBA de sorte que ses clients sont exclusivement des intermédiaires financiers soumis à une surveillance prudentielle au sens de l'art. 2, al. 2, LBA, il n'est pas soumis à la LBA. Mais si un intermédiaire financier qui offre des services aux intermédiaires financiers selon l'art. 2, al. 2, LBA offre également des prestations de même type à d'autres partenaires contractuels, il est soumis à la LBA pour l'ensemble de son activité. 332

Les intermédiaires financiers qui fournissent leurs services exclusivement à des intermédiaires financiers étrangers peuvent également se prévaloir de l'exception de l'art. 2, al. 4, let. d, LBA, à condition toutefois que ces intermédiaires financiers étrangers soient soumis à une surveillance équivalente que celle prévue à l'art. 2, al. 2, LBA. 333

¹⁷⁹ FF 1996 III 1077.

Une surveillance étrangère est équivalente à une surveillance selon l'art. 2, al. 4, let. d, LBA lorsqu'elle est comparable à la surveillance instituée par les lois spéciales pertinentes en matière de surveillance et qu'elle comprend une surveillance du respect des obligations de diligence instituées par la législation nationale en matière de lutte contre le blanchiment. 334

L'équivalence ne peut pas être établie abstraitement. Elle peut diverger dans chaque pays en fonction de la branche concernée. L'Autorité de contrôle ne tient pas de liste des surveillances reconnues comme équivalentes. Elle laisse à chaque intermédiaire financier le soin d'examiner si son partenaire contractuel est soumis à une surveillance équivalente ou non. En cas de doute, l'équivalence doit être rejetée. 335

13 Institutions de prévoyance

Selon l'art. 2, al. 4, let. b, LBA, les institutions de prévoyance professionnelle exemptées d'impôts sont exclues du champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent. Ces institutions englobent toutes les institutions exemptées d'impôts du 2^e pilier, qu'elles fournissent des prestations de prévoyance obligatoires ou surobligatoires. 336

L'art. 2, al. 4, let. b, LBA exclut également les institutions de la prévoyance liée, c'est-à-dire du pilier 3a, proposées par des fondations bancaires¹⁸⁰ du champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent. Voici les conditions qui doivent cependant être remplies: 337

- l'institution de prévoyance revêt la forme d'une fondation; 338
- l'institution est une forme de prévoyance reconnue et exemptée d'impôts selon l'art. 82 LPP, en relation avec l'art. 1 OPP 3; 339
- les conditions contractuelles correspondent à celles du 2^e pilier, c'est-à-dire que seules des personnes physiques peuvent en faire partie, qu'elles ne peuvent faire valoir leurs prétentions qu'à certaines conditions et uniquement à un moment ultérieur, et que le montant des prestations d'assurance dépend des cotisations du prétendant. 340

Le pilier 3b, la prévoyance libre, qui ne constitue pas une forme de prévoyance reconnue selon l'art. 82 LPP en relation avec l'art. 1 OPP 3, ne doit pas être inclus dans les institutions visées à l'art. 2, al. 4, let. b, LBA. En effet, contrairement au pilier 3a, le pilier 3b ne remplit pas les exigences selon lesquelles les ayants droit ne peuvent faire valoir leurs prétentions qu'à certaines conditions et la prestation est différée. Il serait dès lors injustifié d'appliquer l'exception à la loi sur le blanchiment d'argent à cette forme de prévoyance. 341

Des sociétés d'assurances offrent également des modèles de prévoyance au sens de l'art. 82 LPP en relation avec l'art. 1, al. 1, let. a, OPP 3 et sont dès lors soumises à la compétence et à la surveillance de l'OFAP. Selon la pratique de l'OFAP, les sociétés d'assurance proposant des produits de la prévoyance liée du pilier 3a sont traitées de la même manière que celles proposant des produits de la prévoyance libre. Elles sont dès lors 342

¹⁸⁰ Art. 1, al. 1, let. b, de l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3, RS 831.461.3).

considérées comme des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 2, let. c, LBA¹⁸¹.

Le Fonds de compensation de l'AVS selon l'art. 107 LAVS¹⁸² est également une institution de la prévoyance professionnelle exemptée d'impôts au sens de l'art. 2, al. 4, let. b, LBA. 343

Selon l'art. 2, al. 4, let. c, LBA, les personnes qui fournissent des services exclusivement aux institutions de la prévoyance professionnelle exemptées d'impôts sont exclues du champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent. Dans ce cas aussi, l'exception ne peut s'appliquer que si les services sont fournis exclusivement à des institutions de la prévoyance professionnelle exemptées d'impôts¹⁸³. Lorsqu'un intermédiaire financier qui offre des services à des institutions de prévoyance selon l'art. 2, al. 4, let. b, LBA offre également des prestations à d'autres partenaires contractuels, il est soumis à la LBA pour l'ensemble de son activité. 344

14 Champ d'application territorial

La LBA ne contient aucune disposition explicite ou implicite concernant son champ d'application territorial dans le secteur non bancaire. La LBA présente ainsi ce qu'il est convenu d'appeler une lacune «proprement dite». En droit administratif, de telles lacunes doivent être comblées conformément à la règle générale de l'art. 1, al. 2, CC, l'autorité administrative chargée d'appliquer la loi devant alors s'appuyer autant que possible sur le droit objectif existant. En droit public, lorsque l'on constate l'existence d'une lacune au niveau d'une loi, il convient de la combler avant tout en appliquant d'autres normes de droit public par analogie. 345

Il paraît logique de débiter la recherche d'une réglementation pouvant être transposée dans la LBA parmi les normes légales régissant d'autres domaines de la surveillance des marchés financiers. La comparaison amène pourtant à la réflexion suivante: alors que la loi sur les banques, la loi sur les fonds de placement, la loi sur les bourses et la loi sur la surveillance des assurances servent principalement à protéger la clientèle et par conséquent à préserver des intérêts individuels, la LBA vise quant à elle à assurer des intérêts impersonnels, soit à maintenir la réputation et le renom de la place financière suisse, ainsi que le bon fonctionnement de la justice. Cette différence de finalités exclut d'emblée l'application par analogie des dispositions de la loi sur les fonds de placement et de la loi sur la surveillance des assurances pour combler une lacune de la LBA. Un rattachement au domicile ou au siège social des acheteurs ou des consommateurs de produits financiers ne peut se justifier que dans la mesure où la loi régissant la surveillance du marché financier en question doit, dans l'idée du législateur, avoir pour vocation de protéger les clients des intermédiaires financiers soumis à surveillance, que ce soit contre la perte de capital, les pratiques commerciales déloyales ou d'autres préjudices de ce genre. 346

¹⁸¹ Voir aussi art. 4, al. 1, let. a, de l'ordonnance de l'OFAP du 24 octobre 2006 sur la lutte contre le blanchiment d'argent (OBA OFAB, RS 955.032).

¹⁸² Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10).

¹⁸³ Voir ch. 12 Fourniture de services à des intermédiaires financiers assujettis à une surveillance en vertu d'une loi spéciale.

Les dispositions de la loi sur les banques et de la loi sur les bourses concernant le champ d'application territorial ne se basent par contre pas sur le domicile ou le siège social de l'acquéreur de prestations. Elles se prêtent donc beaucoup mieux à une application par analogie dans le cadre de la LBA. S'inspirer des dispositions de ces lois afin de combler une lacune de la LBA s'impose en outre en raison de la similitude des activités régies par leurs dispositions. Par ailleurs, vu sa nature administrative, on peut supposer que la LBA est en principe soumise au principe de territorialité¹⁸⁴. Les normes relatives au champ d'application territorial telles qu'elles figurent dans les lois sur les banques et les bourses ne sauraient toutefois s'appliquer directement aux intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 3, LBA. Des adaptations sont indispensables. Elles concernent en particulier le rattachement des intermédiaires financiers établis à l'étranger qui se contentent d'une représentation en Suisse. Ainsi, la CFB a relevé en l'an 2000 déjà que les représentations de banques étrangères en Suisse ne sont pas assujetties à la LBA lorsqu'elles se limitent à une pure activité de représentation, à savoir à la représentation à des fins publicitaires ou comparables et à la retransmission d'ordres de clients. Il en va de même pour les représentations d'autres intermédiaires financiers incorporés à l'étranger.

347

Voici donc les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 3, LBA qui tombent dans le champ d'application territorial de la LBA:

348

- Les intermédiaires financiers qui ont leur siège en Suisse, même s'ils fournissent leurs prestations financières uniquement à l'étranger. 349
- Les succursales, de droit 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 sur le plan juridique. Si l'activité de la succursale de l'intermédiaire financier étranger se limite à des opérations non soumises à la LBA, c'est-à-dire des opérations administratives ou d'exécution, elle n'est pas soumise à la LBA. 350

Sont par contre exclus du champ d'application territorial de la LBA les intermédiaires financiers suivants:

351

- Les intermédiaires financiers qui ont leur siège à l'étranger et occupent des personnes en Suisse sans pour autant que celles-ci concluent des affaires pour eux ou ne les engagent juridiquement (représentation, p. ex.). 352
- Les intermédiaires financiers qui ont leur siège à l'étranger, fournissent des prestations de service transfrontières et n'engagent en Suisse du personnel basé à l'étranger que de manière temporaire pour des négociations ou certaines décisions d'affaires. 353

Au sens des considérations ci-dessus, une société a son siège dans l'Etat qui prescrit son organisation¹⁸⁵.

354

¹⁸⁴ Voir aussi à ce sujet l'ATF 2A.91/2005, publié par la CFB: www.ebk.admin.ch, sous Actualités 2006, en date du 19 juin 2006.

¹⁸⁵ Art. 154, al. 1 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP, RS 291).

