

Circulaire 2010/x

« Activité d'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent »

Précisions concernant l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF)

Référence : Circ.-FINMA 10/ « Activité d'intermédiaire financier »
 Date : ...2010
 Entrée en vigueur : ...2010

Bases légales : LFINMA art. 7 al. 1 let. b
 LBA art. 2 et art. 41
 OIF art. 12

| Destinataires | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|---------------|------------------------------|-----------------------|-----------|----------------------------|-------------------------|-------------------------|----------------------------|---------------------|-------|--------------------------|-------|----------------------|----------------------|---------------|---------------------------|-----------------------|-----|------|-----------------------------|------------------|---------------------|
| LB | | | LSA | | | LBVM | LPCC | | | | LBA | | Autres | | | | | | | | |
| Banques | Groupes et congl. financiers | Autres intermédiaires | Assureurs | Groupes et congl. d'assur. | Intermédiaires d'assur. | Bourses et participants | Négociants en valeurs mob. | Directions de fonds | SICAV | Sociétés en comm. de PCC | SICAF | Banques dépositaires | Gestionnaires de PCC | Distributeurs | Représentants de PCC étr. | Autres intermédiaires | OAR | IFDS | Entités surveillées par OAR | Sociétés d'audit | Agences de notation |
| | | | | | | | | | | | | | | | | | X | X | X | | |

| | | |
|--|----|---------|
| I. Objet et bases légales | Cm | 1 |
| II. Généralités sur le champ d'application de l'art. 2 al. 3 LBA | Cm | 3 |
| A. Notion d'intermédiation financière (art. 1 al. 1 OIF) | Cm | 3 |
| B. Activités non considérées comme intermédiation financière (art. 1 al. 2 OIF) | Cm | 5 |
| a) Transport et conservation de valeurs patrimoniales (art. 1 al. 2 let. a OIF) | Cm | 6 |
| b) Recouvrement de créances (art. 1 al. 2 let. b OIF) | Cm | 7 - 9 |
| c) Transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire en tant que prestation complémentaire à une prestation contractuelle principale (art. 1 al. 2 let. c OIF) | Cm | 10 - 16 |
| d) Exploitation d'institutions de prévoyance du pilier 3a par des fondations bancaires ou des assurances (art. 1 al. 2 let. d OIF) | Cm | 17 |
| e) Activité exercée entre les sociétés d'un groupe (art. 1 al. 2 let. e OIF) | Cm | 18 - 19 |
| f) Recours à des auxiliaires (art. 1 al. 2 let. f OIF) | Cm | 20 - 22 |
| C. Champ d'application territorial (art. 2 OIF) | Cm | 23 |
| III. Opérations de crédit (art. 3 OIF) | Cm | 24 |
| A. Opérations de crédit soumises à la LBA | Cm | 24 |
| a) Crédits en espèces | Cm | 24 |
| b) Crédits à la consommation | Cm | 25 |
| c) Financements de transactions commerciales | Cm | 26 - 29 |
| B. Activités non considérées comme des opérations de crédit (art. 3 OIF) | Cm | 30 |
| a) Activité du preneur de crédit (art. 3 let. a OIF) | Cm | 30 |

| | | | |
|------------|---|----|---------|
| b) | Octroi de crédits sans rémunération en intérêts ni autres charges (art. 3 let. b OIF) | Rz | 31 |
| c) | Octroi de crédits entre société et associé (art. 3 let. c OIF) | Cm | 32 - 35 |
| d) | Octroi de crédits entre employeur et employés (art. 3 let. d OIF) | Cm | 36 |
| e) | Relations de crédit entre personnes proches (art. 3 let. e OIF) | Cm | 37 |
| f) | Octroi de crédits à titre accessoire (art. 3 let. f OIF) | Cm | 38 - 43 |
| g) | Leasing opérationnel (art. 3 let. g OIF) | Cm | 44 |
| h) | Engagements conditionnels en faveur de tiers (art. 3 let. h OIF) | Cm | 45 |
| i) | Financements de transactions commerciales, lorsque le remboursement n'est pas effectué par le cocontractant (art. 3 let. i OIF) | Cm | 46 - 48 |
| IV. | Services dans le domaine du trafic des paiements (art. 4 OIF) | Cm | 49 |
| A. | Exécution d'ordres de paiement (art. 4 al. 1 let. a OIF) | Cm | 49 - 54 |
| B. | Emission de moyens de paiement et exploitation de systèmes de paiement (art. 4 al. 1 let. b OIF) | Cm | 55 |
| a) | Généralités | Cm | 55 |
| b) | Moyens de paiement | Cm | 56 |
| c) | Systèmes de paiement | Rz | 57 |
| d) | Systèmes <i>open loop</i> et <i>closed loop</i> | Cm | 58 |
| e) | Modèles d'affaires impliquant quatre parties ou plus | Cm | 59 |
| C. | Transmission de fonds ou de valeurs (art. 4 al. 1 let. c et al. 2 OIF) | Cm | 60 |
| V. | Activité de négoce (art. 5 OIF) | Cm | 61 |

| | | | |
|------------|--|----|---------|
| A. | Généralités (art. 5 al. OIF) | Cm | 61 |
| B. | Négoce de billets de banque et de monnaies (art. 5 al. 2 let. a OIF) | Cm | 62 |
| C. | Négoce de matières premières (art. 5 al. 2 let. b OIF) | Cm | 63 - 65 |
| D. | Négoce de métaux précieux (art. 5 al. 2 let. c OIF) | Cm | 66 - 72 |
| E. | Négoce de valeurs mobilières (art. 5 al. 3 OIF) | Cm | 73 |
| F. | Change (art. 5 al. 1 et 4 OIF) | Cm | 74 - 77 |
| G. | Négoce de devises (art. 5 al. 1 OIF) | Cm | 78 |
| H. | Autres types de négoce | Cm | 79 |
| VI. | Autres activités | Cm | 80 |
| A. | Gestion de fortune (art. 6 al. 1 let. a OIF) | Cm | 80 |
| a) | Généralités | Cm | 80 - 81 |
| b) | Placements collectifs de capitaux | Cm | 82 - 83 |
| B. | Conseil en placement (art. 6 al. 1 let. b OIF) | Cm | 84 |
| C. | Tenue de dépôt (art. 6 al. 1 let. c OIF) | Cm | 85 |
| D. | Activité d'organes de sociétés de domicile (art. 6 al. 1 let. d OIF) | Cm | 86 |
| a) | Notion d'organe | Cm | 87 |
| b) | Notion de société de domicile | Cm | 88 - 94 |
| E. | Intermédiaires d'assurance | Cm | 95 - 97 |
| F. | Avocats et notaires | | 98 |

| | | | |
|--------------|--|----|-----------|
| a) | Généralités | Cm | 98 - 101 |
| b) | L'avocat en tant qu'<i>escrow agent</i> | Cm | 102 - 104 |
| c) | Activité de l'avocat en relation avec une constitution de société | Cm | 105 |
| d) | Activité du notaire en relation avec un achat d'immeuble | Cm | 106 |
| VII. | Actes étatiques | Cm | 107 - 114 |
| VIII. | Activité d'intermédiation financière exercée à titre professionnel | Cm | 115 |
| A. | Critères généraux (art. 7 OIF) | Cm | 115 - 120 |
| B. | Personnes proches (art. 7 al. 4 et 5 OIF) | Cm | 121 |
| C. | Opérations de crédit (art. 8 OIF) | Cm | 122 - 123 |
| D. | Transmission de fonds ou de valeurs (art. 9 OIF) | Cm | 124 |
| E. | Activité de négoce (art. 10 OIF) | Cm | 125 |
| F. | Passage à l'activité d'intermédiaire financier à titre professionnel (art. 11 OIF) | Cm | 126 |

I. Objet et bases légales

L'art. 2 de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0) délimite le champ d'application de la LBA. Outre les établissements financiers énumérés à l'art. 2 al. 2 LBA, qui sont soumis à surveillance en vertu de lois spéciales, entrent également dans le champ d'application de la LBA des intermédiaires financiers non soumis à surveillance en vertu de lois spéciales (art. 2 al. 3 LBA). Sur la base de l'art. 41 al. 1 LBA, le Conseil fédéral a précisé le champ d'application de l'art. 2 al. 3 LBA dans son ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF ; RS 955.071) et autorisé la FINMA à arrêter des dispositions d'exécution de cette ordonnance (art. 12 OIF). 1

La présente circulaire porte sur les dispositions d'exécution de l'OIF. Elle suit la structure de l'OIF, raison pour laquelle les dispositions de cette dernière ne sont pas reproduites. 2

II. Généralités sur le champ d'application de l'art. 2 al. 3 LBA

A. Notion d'intermédiation financière (art. 1 al. 1 OIF)

La LBA qualifie d'« intermédiaires financiers » les entreprises et les personnes entrant dans son champ d'application (art. 2 al. 1 LBA). Aux termes de l'art. 2 al. 3 LBA, les intermédiaires financiers sont des personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. Ce même article cite en exemple, aux lettres a à g, quelques-unes des activités concernées, notamment les opérations de crédit, le trafic des paiements ou la gestion de fortune. Cette énumération montre que la LBA porte principalement sur des activités du secteur financier (FF 1996 III 1115). Mais ses prescriptions peuvent aussi concerner des personnes et des entreprises qui fournissent principalement leurs prestations dans d'autres secteurs. 3

Les activités visées à l'art. 2 al. 3 LBA sont présentées plus en détail aux chiffres III à VII ci-dessous. 4

B. Activités non considérées comme intermédiation financière (art. 1 al. 2 OIF)

L'art. 1 al. 2 OIF énumère expressément les activités suivantes, qui ne sont pas qualifiées d'intermédiation financière : 5

a) Transport et conservation de valeurs patrimoniales (art. 1 al. 2 let. a OIF)

Le transport purement physique de valeurs patrimoniales, c'est-à-dire leur déplacement d'un lieu à un autre, ainsi que la conservation purement physique de valeurs patrimoniales, ne constituent pas des activités d'intermédiation financière au sens de la LBA, à l'exception de la conservation de valeurs mobilières (art. 6 al. 1 let. c OIF). Mais si le transporteur exerce, en relation avec le transport, d'autres activités qualifiées d'intermédiation financière, il doit être considéré comme soumis à la LBA. Tel est par exemple le cas lorsque le transporteur fait transférer sur son propre compte des espèces qui lui ont été confiées avant de les créditer sur le compte du destinataire. Le transporteur acquiert ainsi un pouvoir de disposition sur des espèces appartenant à des tiers et fournit, outre la prestation de transport des fonds, une prestation de trafic des paiements. 6

b) Recouvrement de créances (art. 1 al. 2 let. b OIF)

Les activités de recouvrement de créances consistent pour le mandataire à encaisser, sur mandat du créancier, des créances échues. Le mandataire agit soit en qualité de représentant direct du créancier, soit en son propre nom à l'égard du débiteur après s'être fait céder les créances par le créancier à titre fiduciaire. L'activité de recouvrement de créances ne saurait être qualifiée d'intermédiation financière, dans la mesure où le débiteur n'est pas le cocontractant du mandataire et où son identification selon la conception de la LBA est exclue. 7

Si le mandataire entretient des relations contractuelles à la fois avec le créancier et avec le débiteur de la créance, on peut être en présence d'une activité de recouvrement de créances. Le critère décisif est de savoir sur mandat de qui le transfert est effectué, ce qui se détermine au regard d'indices. Typiquement, la prestation est rémunérée par le mandant. 8

On peut aussi être en présence d'une activité de recouvrement de créances lorsque le mandataire agit dans le cadre d'un cercle fermé d'acquéreurs de biens ou de services et ne peut être considéré comme une personne intermédiaire autonome. L'intervention du mandataire vise à faciliter et à simplifier le bon déroulement du paiement au fournisseur des biens ou au prestataire de services. Exemple : une coopérative agit en qualité d'intermédiaire entre ses membres et des fournisseurs et se charge du trafic des paiements afférent aux biens livrés auxdits membres (ATF 2A.62/2007). Ou encore, un franchiseur propose à ses franchisés de centraliser le trafic des paiements afférent aux biens acquis auprès du fournisseur. 9

c) Transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire en tant que prestation complémentaire à une prestation contractuelle principale (art. 1 al. 2 let. c OIF)

Un transfert de valeurs patrimoniales doit être considéré comme une prestation accessoire à une prestation principale dès lors que les conditions suivantes sont remplies : 10

- il s'agit en principe d'une prestation accessoire intégrée dans une relation contractuelle ne relevant pas du secteur financier ; 11
- le cocontractant qui fournit la prestation principale fournit aussi la prestation accessoire ; 12
- cette prestation accessoire est d'importance subalterne par rapport à la prestation principale ; tel est en principe le cas lorsqu'il n'est pas demandé de rémunération supplémentaire au titre de la prestation accessoire ; 13
- la prestation accessoire présente un lien matériel étroit avec la prestation principale ; fournir la prestation principale sans la prestation accessoire d'intermédiation financière entraînerait d'importantes difficultés pour les parties contractantes. La nature du lien matériel entre prestation principale et prestation accessoire doit être examinée au cas par cas. 14

Exemples : on est en présence d'une prestation accessoire lorsqu'un établissement médico-social, outre la prestation contractuelle principale, paie pour le compte de ses clients des biens ou des services de tiers à partir d'un dépôt ouvert préalablement à cet effet, ou lorsqu'un administrateur de biens utilise une partie des recettes perçues pour effectuer des paiements en faveur de tiers pour le compte du propriétaire. 15

Toutefois, lorsqu'une personne ou une entreprise propose des prestations de services qui ne peuvent être qualifiées de prestations accessoires mais constituent, en tant que prestations autonomes, une activité d'intermédiation financière, la LBA s'applique dès lors que cette activité est exercée à titre professionnel. 16

d) Exploitation d'institutions de prévoyance du pilier 3a par des fondations bancaires ou des assurances (art. 1 al. 2 let. d OIF) 17

e) Activité exercée entre les sociétés d'un groupe (art. 1 al. 2 let. e OIF)

Dans le champ d'application de la LBA, le groupe est considéré comme une entité économique lorsque l'une des entreprises détient de manière directe ou indirecte plus de la moitié des voix ou du capital des autres entreprises ou les domine d'une autre manière. 18

Ainsi, une société appartenant à un groupe industriel ou commercial et qui gère les liquidités ou la trésorerie de ce groupe n'est pas un intermédiaire financier au sens de la LBA. En revanche, les opérations financières effectuées par une société du groupe pour le client d'une autre société du groupe constituent des activités d'intermédiation financière. La règle de l'art. 1 al. 2 let. e OIF s'applique par analogie aux structures chapeautées non par une personne morale, mais par une personne physique. 19

f) Recours à des auxiliaires (art. 1 al. 2 let. f OIF)

L'activité des auxiliaires est aussi réputée constituer une activité d'intermédiation financière. Si toutefois les critères des art. 1 al. 2 let. f ch. 1 à 5 OIF sont remplis, les auxiliaires sont couverts par l'autorisation de l'intermédiaire financier ou par son affiliation à un OAR. L'intermédiaire financier qui recourt à des auxiliaires reste responsable au regard du droit de la surveillance du respect des obligations de diligence de la LBA. 20

Dans le domaine de la transmission de fonds ou de valeurs, les auxiliaires ne peuvent exercer leur activité que pour un seul intermédiaire financier (clause dite « d'exclusivité », art. 1 al. 2 let. f ch. 5 OIF). Peu importe à cet égard qu'ils soient eux-mêmes intermédiaires financiers, c'est-à-dire qu'ils disposent eux-mêmes d'une affiliation à un OAR ou d'une autorisation de la FINMA au sens de l'art. 14 LBA. 21

En dehors des opérations de transmission de fonds ou de valeurs, les auxiliaires peuvent exercer leur activité pour plusieurs intermédiaires financiers disposant d'une autorisation ou d'une affiliation à un OAR. 22

C. Champ d'application territorial (art. 2 OIF)

Les succursales ou les filiales enregistrées à l'étranger d'une société suisse ne sont en principe pas soumises à la LBA. Toutefois, leur activité d'intermédiation financière peut être soumise à la LBA dès lors qu'elle s'exerce principalement en Suisse, y compris si certaines activités opérationnelles ou de back-office sont effectuées à l'étranger (ATF 2A.91/2005 du 9 février 2006). . 23

III. Opérations de crédit (art. 3 OIF)

A. Opérations de crédit soumises à la LBA

a) Crédits en espèces

La remise d'espèces à un emprunteur en échange de l'engagement de ce dernier de rembourser et rémunérer la somme reçue est en principe soumise à la LBA. Entrent ainsi dans le champ d'application de la LBA les crédits hypothécaires, les crédits en compte courant, les crédits d'escompte, les crédits lombards, les prêts à long terme comme le prêt partiaire et le prêt de rang subordonné, y compris lorsqu'ils sont garantis par un gage ou une autre sûreté. Les établissements de prêt sur gage, qui octroient des prêts contre un gage mobilier, sont donc soumis à la LBA. 24

b) Crédits à la consommation

Aux termes de la loi, sont également soumis à la LBA les crédits à la consommation au sens de la loi sur le crédit à la consommation (LCC ; RS 221.214.1). Sont réputés être des crédits à la consommation les crédits consentis sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire (art. 1 al. 1 LCC). Tous les crédits régis par la LCC ne sont pas pour autant soumis à la LBA (cf. Cm 38 ss). 25

c) Financements de transactions commerciales

Le préfinancement d'un cocontractant dans le cadre d'opérations commerciales pouvant être considéré comme du crédit, la LBA s'applique en principe aux financements de transactions commerciales. On entend généralement par « financements de transactions commerciales » le crédit d'escompte, le crédit sur cession et le leasing financier, mais aussi le crédit sur marchandises ou les financements à tempérament. 26

Outre le fabricant – ou le fournisseur ou le négociant – et le preneur de leasing, le leasing financier fait intervenir une société de leasing, le bailleur, en qualité de tiers contractant. Ce tiers contractant agit comme prêteur. Le bailleur remet l'objet au preneur de leasing pour une durée contractuelle non résiliable qui correspond à peu près à la durée de vie de l'objet, et contre paiement de loyers dont le total sur la durée avoisine la valeur d'acquisition de l'objet, coûts du financement inclus. En règle générale, l'ensemble des charges et risques afférents à l'objet (entretien, assurance, impôts et force majeure) sont transférés au preneur de leasing. Le leasing financier est soumis à la LBA, la partie assujettie étant le bailleur en tant que préfinanceur. 27

En revanche, ni le leasing direct, dans le cadre duquel le fabricant – ou le fournisseur ou le négociant – est aussi le bailleur, ni le leasing opérationnel ne sont soumis à la LBA (cf. Cm 43 et 44). 28

Les financements commerciaux ne sont pas soumis à la LBA dès lors qu'ils constituent un octroi de crédit accessoire au sens de l'art. 3 let. f OIF (Cm 38 ss) ou que les intérêts et les amortissements de la dette ne sont pas payés par le cocontractant (Cm 46 ss). 29

B. Activités non considérées comme des opérations de crédit (art. 3 OIF)

| | |
|---|----|
| a) Activité du preneur de crédit (art. 3 let. a OIF) | 30 |
| b) Octroi de crédits sans rémunération en intérêts ni autres charges (art. 3 let. b OIF) | 31 |
| c) Octroi de crédits entre société et associé (art. 3 let. c OIF) | |
| Les octrois de crédits entre société et associé ne sont pas soumis à la LBA dès lors que l'associé détient directement ou indirectement dans la société une participation représentant au moins 10% du capital et/ou des voix. On se base sur le capital social (capital-actions, y compris capital-participations). La condition liée à la participation doit être remplie pendant toute la durée du contrat. Dès qu'elle ne l'est plus, le prêteur devient un intermédiaire financier. Cette pratique vaut pour les contrats de crédit conclus avec toutes les personnes morales dans lesquelles on peut détenir du capital ou des voix (société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée). | 32 |
| Dans le cadre d'un contrat fiduciaire portant sur des actions, le fiduciaire reçoit les actions en propriété, mais il ne peut exercer les droits y afférents que selon des modalités particulières et conformément aux instructions de l'actionnaire. En conséquence, les contrats de crédit entre le fiduciaire et la société dont les actions sont détenues à titre fiduciaire ne sont pas exclus du champ d'application de la LBA. | 33 |
| Les octrois de crédits entre coopératives et coopérateurs, ainsi qu'entre les associations et leurs membres, ne sont pas soumis à la LBA dès lors qu'ils sont consentis dans le cadre de l'objet de la coopérative ou de l'association. | 34 |
| Les octrois de crédits entre fondations et bénéficiaires, consentis conformément à l'acte de fondation, ne sont pas soumis à la LBA. Il en va de même des crédits octroyés par des associations et des fondations d'utilité publique et exonérées d'impôts à des tiers conformément à l'objet desdites associations et fondations. | 35 |
| d) Octroi de crédits entre employeur et employés (art. 3 let. d OIF) | |
| L'obligation de verser des contributions sociales pour les employés au sens de l'art. 3 let. d OIF doit perdurer pendant toute la durée du crédit. Dès que cette condition n'est plus remplie, le prêteur devient un intermédiaire financier. Selon une pratique constante du Tribunal fédéral et des caisses de compensation, les organes exécutifs sont assimilés à des salariés, de sorte que le critère du versement de contributions sociales vaut aussi pour eux. | 36 |
| e) Relations de crédit entre personnes proches (art. 3 let. e OIF) | 37 |
| f) Octroi de crédits à titre accessoire (art. 3 let. f OIF) | |
| L'octroi de crédit à titre accessoire est exempté du champ d'application de la LBA par l'OIF. Ceci concerne les cas où l'octroi de crédit intervient en plus d'un autre acte juridique qui ne relève pas du secteur financier (par ex. un achat de marchandises). Les conditions relatives à l'octroi de crédit à titre accessoire sont les suivantes : | 38 |
| <ul style="list-style-type: none"> • L'objet de la relation contractuelle est la fourniture d'une prestation en nature ou d'une prestation de service qui ne relève pas du secteur financier (fabrication et vente de | 39 |

biens d'investissement, biens de consommation, etc.).

- Le vendeur des marchandises ou le prestataire de services (« fournisseur de la prestation principale ») octroie en plus un crédit à son cocontractant. Si toutefois le crédit est octroyé au cocontractant par une société du groupe du fournisseur de la prestation principale, le critère du caractère accessoire n'est pas rempli. Les opérations financières d'une société du groupe en faveur d'un tiers sont réputées constituer une activité d'intermédiation financière. S'agissant par exemple d'un contrat de leasing, si le fabricant et le bailleur appartiennent au même groupe, l'activité en faveur d'un preneur de leasing extérieur au groupe est soumise à la LBA. 40
- L'octroi de crédit est d'importance subalterne par rapport à la prestation principale de la relation contractuelle et présente un lien matériel avec celle-ci. La nature du lien matériel entre prestation principale et prestation accessoire doit être examinée au cas par cas. 41
- Les moyens permettant l'octroi de crédit proviennent des fonds généraux du fournisseur de la prestation principale. Si en revanche les contrats intégrant un octroi de crédit à titre accessoire sont refinancés par des contrats de crédit similaires conclus avec une société de crédit tierce, de sorte que le fournisseur de la prestation principale n'a plus qu'une fonction formelle au regard de l'octroi de crédit, le critère du caractère accessoire n'est pas rempli (par ex. leasing *back-to-back*). 42

Exemples : peuvent être considérés comme des octrois de crédit à titre accessoire le moratoire, la mise en place d'un délai de paiement ou le contrat de vente à tempérament. L'octroi de crédit dans le cadre du leasing direct, où le fabricant ou négociant est lui-même le bailleur, est également considéré comme accessoire et n'entre donc pas dans le champ d'application de la LBA. 43

g) Leasing opérationnel (art. 3 let. g OIF)

Contrairement au leasing financier, le leasing opérationnel présente une durée de mise à disposition des objets relativement brève et/ou est facilement résiliable. Les charges et risques afférents à l'objet en leasing incombent en règle générale au bailleur. Le leasing opérationnel est proche de la location, raison pour laquelle il n'est pas considéré comme un octroi de crédit. 44

h) Engagements conditionnels en faveur de tiers (art. 3 let. h OIF)

Les cautionnements ou garanties, par exemple, constituent des engagements conditionnels en faveur de tiers. Le cocontractant (caution ou garant) qui accorde l'engagement conditionnel n'est pas soumis à la LBA. 45

i) Financements de transactions commerciales, lorsque le remboursement n'est pas effectué par le cocontractant (art. 3 let. i OIF)

En matière d'opérations de crédit, le risque de blanchiment d'argent réside dans les retours de fonds (paiements d'intérêts et d'amortissements). Soumettre ces opérations à la LBA n'a donc de sens que si le retour de fonds émane du cocontractant (ATF 2A.67/2007). 46

Dans le cadre du *factoring* par exemple, le *factor* se fait céder la créance commerciale d'un 47

client. Il verse le montant correspondant au client et encaisse la créance à l'échéance auprès du débiteur. Dans cette hypothèse, le retour de fonds n'émane pas du cocontractant préfinancé (client), mais d'un tiers (débiteur).

De même dans le cadre du forfaitage, où l'on rachète des créances clairement identifiées en renonçant à tout recours contre le créancier cédant, le retour de fonds n'émane pas du cocontractant préfinancé, mais du débiteur de la créance rachetée. 48

IV. Services dans le domaine du trafic des paiements (art. 4 OIF)

A. Exécution d'ordres de paiement (art. 4 al. 1 let. a OIF)

Il y a service dans le domaine du trafic des paiements en particulier lorsque l'intermédiaire financier, sur mandat de son cocontractant, transfère des valeurs financières liquides à un tiers et prend lui-même physiquement possession de ces valeurs, les fait créditer sur son propre compte ou ordonne un virement au nom et sur ordre du cocontractant. L'intermédiaire financier acquiert alors un pouvoir de disposition sur des valeurs qui ne lui appartiennent pas. Entrent en principe dans le champ d'application de la LBA tous les transferts et transmissions opérés sur ordre du débiteur de la prestation. Les personnes qui exécutent des ordres de paiement pour des tiers sur la base d'une procuration bancaire relèvent elles aussi de la LBA, car elles disposent de valeurs patrimoniales de tiers sur ordre du débiteur. Ceci vaut aussi lorsque l'ordre de paiement est déclenché par transmission électronique, comme dans l'e-banking. Entrent également dans le champ d'application de la LBA les personnes qui, pour le compte d'un mandant et conformément aux instructions de celui-ci, transmettent des paiements en monnaie scripturale à un bénéficiaire par le biais d'un compte dit de passage. 49

Lorsque l'intermédiaire n'a de relation contractuelle qu'avec le créancier de la prestation et agit sur ordre de celui-ci, on est généralement en présence d'un mandat de recouvrement de créances qui ne constitue pas une activité d'intermédiation financière (Cm 7 ss). Si toutefois les montants ainsi encaissés sont transmis, sur instructions du créancier, non pas à celui-ci mais à un tiers, cette transmission constitue une activité d'intermédiation financière et celui qui a encaissé la créance fait alors office d'intermédiaire financier entre le créancier et le tiers. 50

L'exécution de paiements de salaires pour le compte de tiers est en principe une activité soumise à la LBA, mais il existe des exceptions. Les paiements de salaires n'entrent pas dans le champ d'application de la LBA lorsque les conditions suivantes sont cumulativement remplies : 51

- Les paiements sont déclenchés sur la base d'une comptabilité des salaires établie par la même personne physique ou morale que celle chargée du trafic des paiements y relatif. 52
- La procuration conférée aux fins d'exécuter les paiements de salaires est expressément limitée au trafic des paiements en relation avec la comptabilité des salaires. 53
- La carte de signatures correspondant au compte bancaire ou postal utilisé pour les paiements de salaires porte une mention spécifiant cette restriction. 54

B. Emission de moyens de paiement et exploitation de systèmes de paiement (art. 4 al. 1 let. b OIF)

a) Généralités

L'art. 2 al. 3 let. b LBA cite les cartes de crédit et les chèques de voyage comme exemples de moyens de paiement au sens de la LBA. Il n'existe pas de liste exhaustive des moyens de paiement en droit suisse. En principe, l'émission de moyens de paiement ainsi que l'exploitation de systèmes de paiement qui permettent à des tiers de transmettre des valeurs patrimoniales sont soumises à la LBA. 55

b) Moyens de paiement

L'émission de moyens de paiement est soumise à la LBA lorsqu'elle est effectuée par un émetteur non identique aux utilisateurs des moyens de paiement (par exemple acheteur et vendeur). Ainsi, n'est pas un intermédiaire financier l'émetteur d'un moyen de paiement qui est aussi le vendeur d'une marchandise payée à l'aide de ce moyen de paiement. La notion de « moyen de paiement » doit s'entendre comme complémentaire aux systèmes de paiement et englobe tous les moyens de paiement dont la valeur est définie au moment de l'émission. Entrent notamment dans ce cadre les supports de données *e-money* non rechargeables. 56

c) Systèmes de paiement

L'exploitation d'un système de paiement est soumise à la LBA lorsqu'elle est effectuée par une organisation non identique aux utilisateurs du système de paiement (par exemple acheteur et vendeur d'une marchandise). Entrent dans ce cadre les systèmes qui permettent de payer à l'aide d'avoirs disponibles mémorisés (supports de données *e-money* rechargeables, cartes de débit) ou d'enregistrer une dette qui sera ensuite facturée par l'exploitant du système de paiement (cartes de crédit, cartes de magasins impliquant trois cocontractants, etc.). 57

d) Systèmes *open loop* et *closed loop*

Pour déterminer si la LBA est applicable, peu importe en revanche que l'utilisation des moyens ou systèmes de paiement soit limitée à un cercle restreint de personnes (systèmes dits *closed loop*) ou pas (systèmes dits *open loop*). Dès lors qu'il exerce son activité à titre professionnel au sens de l'OIF et pour autant que le modèle d'affaires n'implique pas deux parties seulement, un émetteur de moyens de paiement ou un exploitant de systèmes de paiement au sens précisé ci-dessus est toujours un intermédiaire financier soumis à la LBA. 58

e) Modèles d'affaires impliquant quatre parties ou plus

Lorsque quatre parties ou plus sont impliquées (organisme de cartes de crédit, *acquirer*, *issuer*, société de traitement), plusieurs personnes sont en principe susceptibles d'être des intermédiaires financiers. Dans le cadre de l'utilisation de cartes de crédit, on situe le risque de blanchiment d'argent du côté du titulaire de la carte, de sorte qu'est soumise à la LBA la partie qui permet au client (acheteur d'une marchandise, initiateur du processus de paiement) d'accéder au système de paiement et qui a ainsi un contact direct avec ce client. 59

Exemple : les grands organismes de cartes de crédit octroient des licences à des *issuers* (émetteurs) et *acquirers* nationaux. L'émetteur traite l'opération avec le titulaire de la carte de crédit, cette opération comprenant notamment la conclusion du contrat et les autorisations de paiement. Quant à l'*acquirer*, il traite l'opération avec les entreprises contractantes et se charge pour elles du règlement des paiements. Lorsque des cartes de crédit sont émises par des émetteurs nationaux, ces derniers sont soumis à la LBA.

C. Transmission de fonds ou de valeurs (art. 4 al. 1 let. c et al. 2 OIF) 60

V. Activité de négoce (art. 5 OIF)

A. Généralités

Seul le négoce d'instruments financiers entre dans le champ d'application de la LBA, le terme de « négoce » désignant tant l'achat que la vente. Sont typiquement des instruments financiers l'argent liquide, les billets de banque, les monnaies, les devises, les métaux précieux et les valeurs mobilières. 61

B. Négoce de billets de banque et de monnaies (art. 5 al. 2 let. a OIF)

Les personnes qui négocient des billets de banque et des monnaies pour compte propre ou pour le compte de tiers sont soumises à la LBA. Les opérations de négoce soumises à la LBA doivent toutefois porter exclusivement sur des monnaies courantes et des billets de banque qui ont cours légal. Les monnaies courantes sont des monnaies créées pour répondre aux besoins du trafic des paiements, et qui sont émises et acceptées par l'Etat à leur valeur nominale. Les billets de banque en circulation sont des moyens de paiement officiels qui doivent être acceptés par tous. Ils sont émis par un établissement autorisé à cet effet par l'Etat, généralement la banque centrale, et repris à leur valeur nominale. Ne sont pas des billets de banque ni des monnaies au sens de l'art. 2 al. 3 let. c LBA : les billets de banque qui n'ont plus cours ; les monnaies qui se négocient avec un agio de plus de 5% sur leur valeur nominale, notamment les monnaies courantes présentant des spécificités numismatiques (par ex. des frappes défectueuses), les monnaies commémoratives et les monnaies cotées en Bourse ; les médailles ; les petits lingots destinés à la bijouterie (cf. toutefois Cm 66 ss). 62

C. Négoce de matières premières (art. 5 al. 2 let. b OIF)

Le négoce hors bourse de matières premières atteignant le degré de standardisation requis aux termes de l'art. 5 al. 2 let. b OIF est soumis à la LBA. Ceci s'explique par le fait que ces matières premières sont aisément cessibles et donc adaptées pour les opérations financières. 63

On entend par « matières premières » les matières premières non transformées issues notamment du secteur minier ou agricole ou relevant du secteur énergétique, comme par exemple le pétrole brut, le gaz naturel, les métaux, les minerais et le café. 64

Les dérivés de matières premières sont en revanche des valeurs mobilières au sens de la loi sur les bourses (LBVM ; RS 954.1) et entrent donc dans le cadre de la disposition dérogatoire prévue à l'art. 5 al. 3 OIF (cf. Cm 73). 65

D. Négoce de métaux précieux (art. 5 al. 2 let. c OIF)

Les métaux précieux au sens de l'art. 2 al. 3 let. c LBA se définissent par analogie avec la notion de « métaux précieux bancaires » telle que formulée à l'art. 144a de l'ordonnance sur le contrôle des métaux précieux (OCMP ; RS 941.311). Cette définition vaut tant pour le négoce physique que pour le négoce par le biais de comptes métaux. Entre donc dans le champ d'application de la LBA le négoce :

- de lingots et grenailles d'or au titre minimal de 995 millièmes ; 67
- de lingots et grenailles d'argent au titre minimal de 999 millièmes ; 68
- de lingots et mousses de platine et de palladium au titre minimal de 999,5 millièmes. 69

Le négoce de monnaies cotées en bourse et de médailles d'or, d'argent, de platine et de palladium entre lui aussi dans le champ d'application de la LBA dès lors que ces monnaies se négocient avec un agio de moins de 5% sur leur valeur nominale. 70

Les personnes qui négocient des métaux précieux bancaires pour compte propre ou pour le compte de tiers sont soumises à la LBA. Peu importe à cet égard que le négociant achète et vende des métaux précieux bancaires, ou qu'il achète des métaux à fondre pour les faire transformer en métaux précieux bancaires et les vendre ensuite. 71

Ne sont pas soumis à la LBA, d'une part, le négoce de métaux à fondre, d'ouvrages en métaux précieux, de produits semi-ouvrés, d'ouvrages plaqués et de similis ni, d'autre part, l'achat direct de métaux précieux bancaires par des entreprises de fabrication ou la vente de métaux précieux bancaires à des entreprises de fabrication aux fins de réaliser ces ouvrages. 72

E. Négoce de valeurs mobilières (art. 5 al. 3 OIF)

Le négoce de valeurs mobilières au sens de la LBVM entre dans le champ d'application de la LBA en vertu de l'art. 2 al. 2 let. d LBA. Pour le reste, et notamment lorsqu'il ne répond pas aux critères de l'activité exercée à titre professionnel, le négoce de valeurs mobilières n'est pas concerné par l'art. 2 al. 3 let. c LBA car il représente un volume négligeable. L'activité des négociants agissant pour le compte de clients au sens de l'art. 3 al. 5 OBVM est toutefois couverte non seulement par l'art. 2 al. 3 let. c LBA, mais aussi par l'art. 2 al. 3 let. b, e et g LBA. L'art. 5 al. 3 OIF ne s'applique donc pas à l'activité des négociants agissant pour le compte de clients. 73

F. Change (art. 5 al. 1 et 4 OIF)

On entend par « change » l'échange direct d'un montant libellé dans une devise contre un montant équivalent libellé dans une autre devise. Cette activité entre dans le champ d'application de la LBA. En revanche, le paiement d'un bien ou d'un service dans une devise avec rendu de monnaie dans une autre devise n'est en général pas soumis à la LBA. Une telle opération n'est pas qualifiée d'opération de change dès lors qu'elle consiste principalement à acheter un bien ou un service. Si toutefois elle vise au premier chef non à acheter un bien ou un service, mais à convertir une somme d'argent dans une autre devise, on se trouve de fait en présence d'une activité de change soumise à la LBA. Le fait qu'il existe une disproportion manifeste entre le montant remis en paiement et le prix réel du bien ou du service constitue un indice laissant à penser que l'opération concernée vise à contourner la loi. 74

Lorsqu'une entreprise ayant une activité principale exerce une activité de change à titre accessoire, cette dernière n'est pas considérée comme une activité de négoce et n'est donc pas soumise à la LBA. L'activité de change n'est plus réputée exercée à titre accessoire lorsque :

- l'intermédiaire financier effectue ou est disposé à effectuer des opérations de change isolées, ou des opérations de change liées entre elles, dont le montant dépasse 5000 CHF, ou 76
- le bénéfice brut issu de l'activité de change représente plus de 10% du bénéfice de l'entreprise par année civile. 77

G. Négoce de devises (art. 5 al. 1 OIF)

L'achat et la vente de devises pour le compte d'un cocontractant entrent dans le champ d'application de la LBA. Les négociants en devises qui, pour le compte de leurs clients, gèrent des comptes destinés à effectuer des placements en devises, doivent avoir une autorisation bancaire pour pouvoir exercer leur activité à titre professionnel (art. 3a de l'ordonnance sur les banques [OB ; RS 952.02] et Circ.-FINMA 2008/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires »). 78

H. Autres types de négoce

Les autres types de négoce, comme par exemple le négoce immobilier ou le négoce d'objets d'art, ne sont en principe pas des activités d'intermédiation financière dès lors qu'aucun pouvoir de disposition n'est exercé à quelque moment que ce soit sur les valeurs patrimoniales de tiers. Si en revanche le négoce porte sur des valeurs patrimoniales de tiers, il peut s'agir alors d'une activité d'intermédiation financière soumise à la LBA. Si cette activité peut être qualifiée de recouvrement de créances (Cm 7 ss) ou de prestation accessoire à une prestation principale (Cm 10 ss), il n'y a pas activité soumise à la LBA. 79

VI. Autres activités

A. Gestion de fortune (art. 6 al. 1 let. a OIF)

a) Généralités

L'OIF considère comme intermédiation financière la gestion de valeurs mobilières et d'instruments financiers pour un cocontractant, c'est-à-dire l'activité généralement appelée gestion de fortune. On entend par « gestion de fortune » la situation où le mandant charge une personne de gérer sa fortune. Le gérant de fortune est habilité par son client à gérer les avoirs de ce dernier en les plaçant ou en les investissant dans des instruments financiers. Il dispose d'une procuration à cet effet. En règle générale, le contrat de gestion de fortune est régi par le droit du mandat (art. 394 ss CO). 80

Sont typiquement des instruments financiers les billets de banque et monnaies nationaux et étrangers, les devises, les métaux précieux, les valeurs mobilières, les papiers-valeurs et droits-valeurs ainsi que les dérivés y relatifs. La gestion pour un tiers de valeurs patrimoniales non réputées être des instruments financiers, comme par exemple les collections de timbres, tableaux ou antiquités, n'entre pas dans le champ d'application de la LBA. 81

b) Placements collectifs de capitaux

Les formes de placement qui, aux termes de l'art. 2 al. 2 LPCC, ne sont pas soumises à la LPCC, n'entrent en principe pas dans le champ d'application de la LBA. Cela vaut pour les institutions de la prévoyance professionnelle (art. 2 al. 2 let. a LPCC et art. 2 al. 4 let. b LBA), les institutions des assurances sociales et les caisses de compensation (art. 2 al. 2 let. b LPCC) et les corporations et institutions de droit public (art. 2 al. 2 let. c LPCC). Cela vaut aussi pour les sociétés exerçant une activité commerciale ou industrielle (art. 2 al. 2 let. d LPCC) dès lors qu'il ne s'agit pas d'une activité d'intermédiation financière. Les holdings (art. 2 al. 2 let. e LPCC) ainsi que les associations et les fondations (art. 2 al. 2 let. g LPCC) ne sont pas non plus soumises à la LBA dès lors qu'elles n'exercent pas d'activité d'intermédiation financière et ne peuvent pas être qualifiées de sociétés de domicile (Cm 86 ss). Les clubs d'investissement, qui sont exclus du champ d'application de la LPCC aux termes de l'art. 2 al. 2 let. f LPCC, n'entrent pas non plus dans celui de la LBA selon la pratique de la FINMA, car il n'y a pas gestion d'avoirs de tiers. 82

Les sociétés d'investissement, qui sont exclues du champ d'application de la LPCC aux termes de l'art. 2 al. 3 LPCC, sont visées par l'art. 2 al. 3 LBA. Ceci concerne les sociétés d'investissement ayant la forme de sociétés anonymes dès lors qu'elles sont cotées à une Bourse suisse, ou dès lors que seuls des actionnaires qualifiés au sens de l'art. 10 al. 3 LPCC peuvent détenir des parts, que les actions sont nominatives et qu'une société d'audit agréée atteste chaque année auprès de la FINMA du respect de ces conditions. 83

B. Conseil en placement (art. 6 al. 1 let. b OIF)

En vertu de l'art. 2 al. 3 let. f LBA, les conseillers en placement sont soumis à la LBA dès lors qu'ils effectuent des placements. A contrario, l'activité de conseil en placement pur ne relève pas de la LBA. L'art. 6 al. 1 let. b OIF ne s'applique donc qu'aux conseillers en placement qui exécutent des mandats isolés pour le compte de tiers. Tel est le cas lorsqu'en vertu d'une procuration, ils effectuent des placements isolés et acquièrent ainsi un pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales de leurs clients. La gestion de fortune effectuée sur la base d'une procuration générale et intégrant l'activité de placement relève de l'art. 6 al. 1 let. a OIF. 84

C. Tenue de dépôt (art. 6 al. 1 let. c OIF) 85

D. Activité d'organes de sociétés de domicile (art. 6 al. 1 let. d OIF)

En principe, l'activité des organes n'est pas réputée être une activité d'intermédiation financière. Les membres des organes gèrent le patrimoine de la société et en disposent : comme ce sont eux les organes, il ne s'agit pas de patrimoine de tiers. Il n'en va pas de même des sociétés de domicile, où l'activité des organes est considérée comme une activité d'intermédiation financière dès lors qu'elle s'effectue de manière fiduciaire, c'est-à-dire sur instructions de l'ayant droit économique. Dans ce cas, les organes gèrent le patrimoine d'un tiers, à savoir celui de l'ayant droit économique. Si ce dernier est lui-même un organe, la LBA 86

ne s'applique donc pas.

a) Notion d'organe

La notion d'organe s'entend au sens large. Sont réputées être des organes toutes les personnes qui remplissent de fait des fonctions d'organes, c'est-à-dire qui prennent des décisions réservées aux organes ou assurent la direction effective de l'entreprise et orientent ainsi ses choix de manière déterminante. Sont donc concernés non seulement les organes formels (membres du conseil d'administration, de l'organe de révision, etc.) et matériels (directeurs, gérants), mais aussi les organes de fait (ATF 114 V 213). 87

b) Notion de société de domicile

Sont considérées comme des sociétés de domicile les personnes morales, sociétés, établissements, fondations, trusts, entreprises fiduciaires et constructions semblables, qui n'exercent pas une activité de commerce ou de fabrication, ou une autre activité exploitée en la forme commerciale (art. 6 al. 2 OIF). Il s'agit généralement de véhicules financiers qui servent à gérer le patrimoine de l'ayant droit économique de la société ou de l'entité patrimoniale. 88

Il convient de distinguer les sociétés de domicile des sociétés opérationnelles, qui exercent une activité de commerce, de production ou de services ou une autre activité exploitée en la forme commerciale. Cette distinction s'opère au cas par cas. Des indices permettent de déterminer si l'objet principal d'une société est de gérer le patrimoine de l'ayant droit économique et de dégager ainsi des revenus ou des gains en capital, ou s'il y a activité commerciale ou industrielle à proprement parler. Ces indices se trouvent principalement dans le bilan et le compte de résultat. Si par exemple un portefeuille de titres ou une autre valeur patrimoniale constitue le poste prédominant du bilan d'une société, et si dans le même temps le compte de résultat fait apparaître principalement les revenus ou gains en capital issus des valeurs patrimoniales inscrites au bilan, il est très probable que la société concernée soit une société de domicile. En présence d'indices laissant à penser à la fois à une société opérationnelle et à une société de domicile, il convient d'analyser dans le contexte global le ou les éléments prédominants, dans la mesure où ils déterminent l'objet principal de la société. 89

Une société opérationnelle est toutefois soumise à la LBA lorsqu'elle a une activité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA. 90

Sont en général réputées être des sociétés de domicile :

- les sociétés et entités patrimoniales organisées qui gèrent le patrimoine de leur ayant droit économique ; 91
- les trusts : est soumis à la LBA le trustee qui gère des trusts en Suisse ou à partir de la Suisse, où que se situe le patrimoine du trust et indépendamment du droit sous l'empire duquel le trust a été constitué. Le protector est ou pas considéré comme un intermédiaire financier selon les pouvoirs qui lui sont conférés. S'il peut prendre à la place du trustee, ou conjointement avec lui, des décisions qui ont un impact sur le patrimoine du trust, il est réputé être un intermédiaire financier. 92

Sont en général réputées ne pas être des sociétés de domicile :

- les personnes morales et les sociétés qui ont pour objet de préserver les intérêts de leurs membres ou bénéficiaires ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, d'utilité publique, sociaux ou autres, pour autant qu'elles s'en tiennent exclusivement à leurs objets statutaires. Ceci vaut aussi pour les fondations de famille de droit suisse dans les limites fixées par la loi (art. 335 du Code civil [CC ; RS 210]) et le Tribunal fédéral (ATF 108 II 393). 93
- les sociétés, établissements, fondations, trusts et entreprises fiduciaires qui détiennent des participations majoritaires dans une ou plusieurs sociétés pour les rassembler sous une direction unique par une majorité de voix ou de toute autre manière (holdings). La holding doit toutefois exercer effectivement ses pouvoirs de direction et de contrôle. Si en revanche les filiales de la holding répondent aux critères de la société de domicile, leurs organes sont soumis à la LBA en tant qu'intermédiaires financiers. 94

E. Intermédiaires d'assurance

La notion d'intermédiaire d'assurance sert de notion générique pour diverses formes d'intermédiation dans le secteur des assurances. On distingue entre deux catégories principales : les intermédiaires d'assurance « non liés » (art. 43 al. 1 de la loi sur la surveillance des assurances [LSA ; RS 961.01] combiné à l'art. 183 al. 1 de l'ordonnance sur la surveillance [OS ; RS 961.011]) et les intermédiaires « liés » (art. 43 al. 2 LSA combiné à l'art. 183 al. 1 OS). 95

L'activité d'intermédiaire d'assurance n'est pas soumise à la LBA. Un intermédiaire d'assurance ne relève de la LBA qu'à partir du moment où, en plus de son activité d'intermédiaire, il exerce une activité visée par l'art. 2 al. 3 LBA. Tel est par exemple le cas lorsque, sur mandat d'un client et conformément à ses instructions, il accepte des fonds et les transmet. En revanche, la LBA ne s'applique pas lorsque l'activité consiste à encaisser une créance échue (cf. Cm 7 ss). 96

Lorsqu'un collaborateur externe est lié à un assureur par un contrat de travail ou un contrat de collaboration, par exemple, les prescriptions applicables à la société lui sont applicables également. Si la société est soumise à la LBA en vertu de l'art. 2 al. 2 let. c LBA (institutions d'assurance au sens de la LSA qui exercent une activité en matière d'assurance directe sur la vie ou qui proposent ou distribuent des parts de placements collectifs), la surveillance en matière de blanchiment d'argent s'étend à ses représentants et à l'activité d'intermédiation financière de ces derniers. Ceci vaut notamment pour les agences principales et générales. 97

F. Avocats et notaires

a) Généralités

En principe, les avocats sont soumis à la LBA dès lors qu'ils exercent une activité soumise à la LBA. Mais en vertu de l'art. 9 al. 2 LBA, les avocats et les notaires ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer leurs soupçons dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel en vertu de l'art. 321 du Code pénal (CP ; RS 311.0). Les activités relevant du secret professionnel, d'après la pratique, ne sont pas non plus soumises à la LBA. Il convient donc de distinguer entre activité soumise au secret professionnel (spécifique à la profession) 98

et activité non soumise au secret professionnel (non spécifique à la profession) (ATF 132 II 103).

Le secret professionnel de l'avocat au sens de l'art. 321 CP ne porte en principe « que sur des faits qui lui ont été confiés par le client pour permettre l'exécution du mandat, ou dont il a eu connaissance dans l'exercice de son mandat » (ATF 115 la 197). L'art. 5 de la Convention de 2003 relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 03) énumérait diverses activités visées par le secret professionnel au sens de l'art. 321 CP : il s'agit des opérations de dépôt et, dans la mesure appropriée, des placements à court terme qui leur sont liés en relation avec des paiements d'avances ou de frais de procédure, des sûretés, des contributions de droit public, etc., ainsi que des versements en faveur ou de la part d'une partie, de tiers ou d'une autorité relatifs à un partage successoral en cours ou à l'exécution de dispositions à cause de mort, à la liquidation en cours d'un régime matrimonial dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation, à des procédures de droit civil ou de droit public devant les tribunaux ordinaires ou arbitraux ainsi qu'à des procédures d'exécution forcée. 99

Il convient de distinguer entre cette activité spécifique à la profession et l'activité non spécifique, c'est-à-dire toute activité où l'élément commercial est prédominant par rapport à l'activité d'avocat. Comptent parmi les activités non spécifiques à la profession, en particulier, celles qui sont effectuées normalement par des gérants de fortune, des fiduciaires ou des banques, à savoir notamment la gestion de fortune ou le placement de fonds. Sinon, en recourant à un avocat comme intermédiaire, tout accusé pourrait aisément empêcher les autorités de poursuite pénale d'accéder au produit d'un acte punissable. S'agissant des activités non spécifiques à la profession, on parle aussi d'activités « accessoires » de l'avocat ou du notaire. 100

Ces règles ne s'appliquent qu'aux avocats et notaires qui exercent leur activité à titre libéral et sont inscrits au registre des avocats d'un canton ou auprès d'une chambre notariale cantonale ou d'une chambre professionnelle étrangère équivalente. Sont réputés exercer aussi leur activité à titre libéral les avocats qui exercent au sein d'une société d'avocats autorisée sous l'angle du droit de la surveillance (société anonyme ou société à responsabilité limitée). Les personnes qui ont un brevet d'avocat ou de notaire et travaillent par exemple pour des sociétés fiduciaires ne peuvent faire valoir ni les droits spécifiques liés au secret professionnel des avocats et des notaires, ni les prescriptions cantonales en vigueur ou la règle dérogatoire de l'art. 9 al. 2 LBA. 101

b) L'avocat en tant qu'*escrow agent*

Un *escrow agent* est en principe soumis à la LBA dès lors que l'exécution de l'*escrow agreement* va de pair avec un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales de tiers. Pour déterminer si un avocat faisant office d'*escrow agent* est soumis à la LBA, il convient d'examiner si ses compétences professionnelles sont nécessaires à l'exécution de l'*escrow agreement*. 102

Dès lors que la bonne exécution de l'*escrow agreement* dépend des compétences professionnelles de l'avocat, et donc qu'il y a un lien direct entre l'activité de ce dernier en tant qu'*escrow agent* et un mandat juridique précis (l'avocat, es qualités, fournit des prestations juridiques supplémentaires, de sorte que sa compétence est nécessaire), il convient de partir du principe que cette activité est une activité spécifique à la profession. Toutefois, chaque situation doit être examinée au cas par cas. Il relève de la responsabilité de l'avocat de décider si le mandat concerné est ou non couvert par le secret professionnel. 103

Si l'*escrow agreement* et l'activité en tant qu'*escrow agent* ne servent qu'à l'exécution ordinaire du contrat, et si cette activité peut tout aussi bien être effectuée par une banque, un fiduciaire, un gérant de fortune ou toute autre personne de confiance, on ne peut pas parler d'activité spécifique à la profession. Dans cette hypothèse, les parties mandatent l'avocat non pas en raison de ses compétences professionnelles spécifiques, mais parce qu'elles préfèrent faire appel aux services d'une personne neutre et digne de confiance pour l'exécution du contrat. L'élément commercial est alors prédominant par rapport à l'activité d'avocat, de sorte que l'activité en tant qu'*escrow agent* doit être qualifiée d'accessoire et soumise à la LBA, conformément à l'art. 2 al. 3 de cette loi. 104

c) **Activité de l'avocat en relation avec une constitution de société**

Dans le cadre d'une constitution de société, l'avocat n'est pas soumis à la LBA s'il se borne à conseiller, à rédiger les contrats, à recommander des personnes susceptibles d'assurer la direction et à mener à bien la constitution, sans intervenir dans le trafic des paiements y relatif. Si toutefois, en vertu de son mandat de constitution, l'avocat garde des actions au porteur ou des actions nominatives endossées en blanc, ceci constitue une activité d'intermédiation financière. Un avocat qui participe à la constitution d'une société est donc soumis à la LBA dès lors qu'il effectue lui-même la transaction financière au sens de l'art. 2 al. 3 LBA. 105

d) **Activité du notaire en relation avec un achat d'immeuble**

Si, dans le cadre d'un achat d'immeuble, le prix d'achat est transféré par le biais du compte des avoirs de la clientèle du notaire qui authentifie l'acte de vente, ceci ne constitue pas une activité d'intermédiation financière soumise à la LBA. Cette prestation du notaire est en effet étroitement liée à son activité professionnelle spécifique. Il en va de même lorsqu'un notaire rembourse des dettes hypothécaires sur le prix d'achat, ou lorsqu'il paie des impôts et taxes liés à l'opération immobilière à partir de fonds transférés par un cocontractant. De même, le versement d'une commission de courtage à un tiers ne constitue pas une activité d'intermédiation financière soumise à la LBA, car cette prestation est liée à l'activité professionnelle spécifique des notaires. Sont réputés spécifiques à la profession les paiements à des tiers qui sont nécessaires à la bonne exécution du transfert de propriété immobilière. 106

VII. **Activité de l'Etat**

Les actes étatiques ne sont en principe pas soumis à la LBA dès lors qu'ils relèvent de la souveraineté de l'Etat, même si l'activité concernée constitue en soi une intermédiation financière. En revanche, si l'Etat intervient comme intermédiaire financier en dehors de son domaine de souveraineté, la LBA s'applique. 107

Les principales obligations imposées par la LBA n'ont de sens que si un contrat est conclu. L'Etat ne peut donc être soumis à la LBA que s'il conclut des contrats dans le cadre de l'activité exercée en dehors de son domaine de souveraineté. Peu importe à cet égard qu'il s'agisse de contrats de droit privé ou de droit administratif. 108

La forme organisationnelle précise de l'entité chargée de tâches publiques est sans incidence sur l'applicabilité de la LBA. Des structures privées peuvent se voir confier de telles tâches par la loi, par un acte de puissance publique ou sur la base d'un contrat de droit administratif. 109

| | |
|--|-----|
| Il convient donc d'examiner au cas par cas si l'activité relève de la souveraineté de l'Etat ou pas. Les indices suivants signalent une activité de puissance publique non soumise à la LBA : | 110 |
| <ul style="list-style-type: none"> • Une autorité ou une organisation s'est vu confier ou autoriser l'activité d'intermédiation financière sur la base d'un texte légal explicite, d'un acte de puissance publique ou d'un contrat de droit administratif. Il convient alors de vérifier au cas par cas si le niveau réglementaire et les conditions de délégation ont été respectés. | 111 |
| <ul style="list-style-type: none"> • En cas de manque de coopération, l'autorité ou l'organisation autorisée à exercer l'activité d'intermédiation financière pourrait prendre par décision les mesures qui s'imposent. En dépit du contrat, il y a donc une relation de subordination entre l'autorité ou l'organisation et son cocontractant. | 112 |
| <ul style="list-style-type: none"> • L'activité d'intermédiation financière menée par une autorité ou une organisation permet d'accomplir une mission relevant de sa compétence ou est étroitement liée à une telle tâche. | 113 |
| <ul style="list-style-type: none"> • L'autorité ou l'organisation qui mène l'activité étatique est subordonnée à une autre autorité pour ce qui concerne la vérification des comptes. | 114 |

VIII. Activité d'intermédiation financière exercée à titre professionnel

A. Critères généraux (art. 7 OIF)

| | |
|--|-----|
| Sous réserve des art. 8 ss OIF, un intermédiaire financier exerce son activité à titre professionnel dès lors qu'un des critères suivants est rempli : | 115 |
| <ul style="list-style-type: none"> • Produit brut par année civile supérieur à 20 000 CHF (art. 7 al. 1 let. a OIF). Le produit brut se compose de toutes les recettes générées par des activités soumises à la LBA. On se base sur le produit brut sans réductions sur les recettes. Pour les entreprises commerciales qui établissent leur compte d'exploitation selon la méthode brute, c'est le bénéfice brut qui est déterminant. Si un intermédiaire financier fournit à la fois des prestations soumises et des prestations non soumises à la LBA, les recettes provenant de l'activité soumise à la LBA doivent être ajoutées au produit brut. Comptablement, ceci suppose de distinguer clairement entre produits d'activités soumises à la LBA et produits d'activités non soumises à la LBA. | 116 |
| <ul style="list-style-type: none"> • Relations d'affaires avec plus de 20 cocontractants (art. 7 al. 1 let. b OIF). | 117 |
| <ul style="list-style-type: none"> • Pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dont le montant dépasse 5 millions de francs à un moment donné (art. 7 al. 1 let. c OIF). | 118 |
| <ul style="list-style-type: none"> • Exécution de transactions dont le volume total dépasse 2 millions de CHF durant une année civile. On entend par « transaction », en général, toute forme de transformation et toute transmission de valeurs patrimoniales. L'exécution d'une transaction unique, même si elle dépasse 2 millions de CHF, ne constitue pas une activité exercée à titre | 119 |

professionnel. Mais à partir de la deuxième transaction, l'activité est considérée comme exercée à titre professionnel dès lors que le volume total des deux transactions représente plus de 2 millions de CHF. L'entrée de valeurs patrimoniales et les réinvestissements à l'intérieur du même dépôt ne sont pas pris en considération dans le calcul du volume de transactions visé à l'art. 7 al. 1 let. d OIF. Pour les contrats bilatéraux, seule la contre-prestation fournie par le cocontractant est prise en considération.

L'activité d'intermédiation financière exercée pour les institutions ou les personnes visées à l'art. 2 al. 4 LBA n'est pas prise en considération dans l'évaluation visant à déterminer si l'activité est exercée à titre professionnel ou non. 120

B. Personnes proches (art. 7 al. 4 et 5 OIF) 121

C. Opérations de crédit (art. 8 OIF)

S'agissant d'un contrat de leasing, doit être pris en compte le volume total des redevances prévues par le contrat, à l'exclusion de la part consacrée à l'amortissement de l'objet. Une activité de leasing est donc exercée à titre professionnel lorsque la valeur totale de tous les contrats de leasing dépasse le seuil de 5 millions de francs, chaque contrat étant pris en compte à hauteur du volume total des redevances convenues et à condition que le produit provenant de la partie des redevances de leasing consacrée au paiement des intérêts dépasse 250 000 CHF. 122

Si une personne exerce simultanément des opérations de crédit et une autre activité d'intermédiation financière, les deux domaines d'activité doivent être examinés indépendamment l'un de l'autre pour déterminer s'ils sont exercés à titre professionnel. Si les critères sont remplis dans un domaine d'activité, l'activité est considérée comme étant exercée à titre professionnel dans les deux domaines et les deux domaines sont soumis à la LBA. 123

D. Transmission de fonds ou de valeurs (art. 9 OIF)

La transmission de fonds ou de valeurs au sens de l'art. 4 al. 2 OIF est en principe toujours considérée comme étant exercée à titre professionnel, quels que soient les volumes concernés. L'absence de seuil entend tenir compte du fait qu'il s'agit là d'une activité très propice au blanchiment d'argent. La seule exception est l'activité d'intermédiation financière exercée pour des personnes proches : en vertu de l'art. 7 al. 4 OIF, le produit brut réalisé durant une année civile doit être supérieur à 20 000 CHF pour que cette activité soit considérée comme étant exercée à titre professionnel. 124

E. Activité de négoce (art. 10 OIF)

Pour l'activité de négoce au sens de l'art. 5 OIF, le critère déterminant est le bénéfice brut au lieu du produit brut mentionné à l'art. 7 al. 1 let. a OIF. Ceci s'explique par le fait que le produit brut issu de l'activité de négoce intègre la valeur des marchandises négociées ; or pour évaluer si l'activité de négoce est exercée à titre professionnel, il convient de se baser sur le spread (écart entre le prix d'achat et le prix de vente), lequel se reflète dans le bénéfice brut. 125

- F. Passage à l'activité d'intermédiaire financier à titre professionnel 126
(art. 11 OIF)