

Circulaire 2011/1

Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA

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

Référence : Circ.-FINMA 11/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA »
 Date : 20 octobre 2010
 Entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2011
 Dernière modification : 20 octobre 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	1–2
II. Généralités sur le champ d'application de l'art. 2 al. 3 LBA	Cm	3–28
A. Notion d'intermédiation financière (art. 1 al. 1 OIF)	Cm	3–4
B. Activités non considérées comme intermédiation financière (art. 1 al. 2 OIF)	Cm	5–27
a) Transport et conservation de valeurs patrimoniales (art. 1 al. 2 let. a OIF)	Cm	6–7
b) Recouvrement de créances (art. 1 al. 2 let. b OIF)	Cm	8–12
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	13–20
d) Exploitation d'institutions de prévoyance du pilier 3a par des fondations bancaires ou des assurances (art. 1 al. 2 let. d OIF)	Cm	21
e) Activité exercée entre les sociétés d'un groupe (art. 1 al. 2 let. e OIF)	Cm	22–24
f) Recours à des auxiliaires (art. 1 al. 2 let. f OIF)	Cm	25–27
C. Champ d'application territorial (art. 2 OIF)	Cm	28
III. Opérations de crédit (art. 3 OIF)	Cm	29–57
A. Opérations de crédit soumises à la LBA	Cm	29–34
a) Crédits en espèces	Cm	29
b) Crédits à la consommation	Cm	30
c) Financements de transactions commerciales	Cm	31–34
B. Activités non considérées comme des opérations de crédit (art. 3 OIF)	Cm	35–57
a) Activité du preneur de crédit (art. 3 let. a OIF)	Cm	35–36

b)	Octroi de crédits sans rémunération en intérêts ni autres charges (art. 3 let. b OIF)	Cm	37
c)	Octroi de crédits entre société et associé (art. 3 let. c OIF)	Cm	38–41
d)	Octroi de crédits entre employeur et employés (art. 3 let. d OIF)	Cm	42
e)	Relations de crédit entre personnes proches (art. 3 let. e OIF)	Cm	43
f)	Octroi de crédits à titre accessoire (art. 3 let. f OIF)	Cm	44–52
g)	Leasing opérationnel (art. 3 let. g OIF)	Cm	53
h)	Engagements conditionnels en faveur de tiers (art. 3 let. h OIF)	Cm	54
i)	Financements de transactions commerciales, lorsque le remboursement n'est pas effectué par le cocontractant (art. 3 let. i OIF)	Cm	55–57
IV.	Services dans le domaine du trafic des paiements (art. 4 OIF)	Cm	58–69
A.	Exécution d'ordres de paiement (art. 4 al. 1 let. a OIF)	Cm	58–62
B.	Emission de moyens de paiement et exploitation de systèmes de paiement (art. 4 al. 1 let. b OIF)	Cm	63–68
a)	Généralités	Cm	63
b)	Moyens de paiement	Cm	64
c)	Systèmes de paiement	Cm	65
d)	Systèmes open loop et closed loop	Cm	66
e)	Modèles d'affaires impliquant quatre parties ou plus	Cm	67–68
C.	Transmission de fonds ou de valeurs (art. 4 al. 1 let. c et al. 2 OIF)	Cm	69
V.	Activité de négoce (art. 5 OIF)	Cm	70–89
A.	Négoce de billets de banque et de monnaies (art. 5 al. 2 let. a OIF)	Cm	71

B.	Négoce de matières premières (art. 5 al. 2 let. b OIF)	Cm	72–74
C.	Négoce de métaux précieux (art. 5 al. 2 let. c OIF)	Cm	75–82
D.	Négoce de valeurs mobilières (art. 5 al. 3 OIF)	Cm	83
E.	Change (art. 5 al. 1 et 4 OIF)	Cm	84–87
F.	Négoce de devises (art. 5 al. 1 OIF)	Cm	88
G.	Autres types de négoce	Cm	89
VI.	Autres activités	Cm	90–132
A.	Gestion de fortune (art. 6 al. 1 let. a OIF)	Cm	90–95
a)	Généralités	Cm	90–92
b)	Placements collectifs de capitaux	Cm	93
c)	Sociétés d’investissement	Cm	94
d)	Gestionnaires de placements collectifs étrangers	Cm	95
B.	Conseil en placement (art. 6 al. 1 let. b OIF)	Cm	96
C.	Tenue de dépôt (art. 6 al. 1 let. c OIF)	Cm	97–99
D.	Activité d’organes de sociétés de domicile (art. 6 al. 1 let. d OIF)	Cm	100–109
a)	Notion d’organe	Cm	101
b)	Notion de société de domicile	Cm	102–109
E.	Intermédiaires d’assurance	Cm	110–113
F.	Avocats et notaires	Cm	114–123
a)	Généralités	Cm	114–118
b)	L’avocat en tant qu’escrow agent	Cm	119–121

c)	Activité de l’avocat en relation avec une constitution de société	Cm	122
d)	Activité du notaire en relation avec un achat d’immeuble	Cm	123
G.	Intermédiation financière dans l’immobilier	Cm	124–132
a)	Gestion immobilière	Cm	124–127
b)	Sociétés immobilières	Cm	128
c)	Négoce immobilier	Cm	129
d)	Entrepreneurs généraux et totaux, architectes, ingénieurs et activités fiduciaires dans la construction	Cm	130–132
VII.	Actes étatiques	Cm	133–141
VIII.	Activité d’intermédiation financière exercée à titre professionnel	Cm	142–153
A.	Critères généraux (art. 7 OIF)	Cm	142–147
B.	Personnes proches (art. 7 al. 4 et 5 OIF)	Cm	148
C.	Opérations de crédit (art. 8 OIF)	Cm	149–150
D.	Transmission de fonds ou de valeurs (art. 9 OIF)	Cm	151
E.	Activité de négoce (art. 10 OIF)	Cm	152
F.	Passage à l’activité d’intermédiaire financier à titre professionnel (art. 11 OIF)	Cm	153
IX.	Délai transitoire	Cm	154

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 concrétiser cette ordonnance (art. 12 OIF). 1

La présente circulaire expose la pratique de la FINMA en rapport avec la loi sur le blanchiment d'argent ; elle montre de quelle manière la FINMA interprète la LBA et l'OIF et quand une activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel est donnée. *Les exemples sont spécifiés en italiques.* La circulaire 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. Cette même disposition 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, dans la mesure où elles exercent en plus des activités d'intermédiation financière. 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. 6

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. 7

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. 8

Si le mandataire entretient néanmoins 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. 9

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. 10

Une coopérative sert 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). 11

Ou encore, un franchiseur propose à ses franchisés de centraliser le trafic des paiements afférent aux biens acquis auprès du fournisseur. 12

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 points suivants sont donnés: 13

- il s'agit en principe d'une prestation accessoire intégrée dans une relation contractuelle ne relevant pas du secteur financier; 14
- le cocontractant qui fournit la prestation principale fournit aussi la prestation accessoire; 15
- 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 autre que celle destinée à couvrir les coûts; 16
- 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. 17

On est notamment 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. 18

En règle générale, l'exécution d'ordres de paiement par des comptables, en plus des prestations comptables, n'est en général pas désignée comme prestation accessoire. 19

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 exercée à titre professionnel, il y a obligation d'assujettissement à la LBA. 20

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

(Aucune observation) 21

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. 22

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. 23

La règle de l'art. 1 al. 2 let. e OIF s'applique par analogie aux structures chapeautées non pas par une personne morale, mais par une personne physique. 24

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

Si les critères de l'art. 1 al. 2 let. f ch. 1 à 6 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 tenu, au regard du droit de la surveillance, de respecter les obligations de diligence de la LBA. 25

Dans le domaine de la transmission de fonds ou de valeurs, les auxiliaires ne peuvent exercer leur activité que pour un intermédiaire financier (clause dite « d'exclusivité » ; art. 1 al. 2 let. f ch. 5 OIF). 26

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. 27

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). 28

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. 29

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). Son réservées les énonciations concernant l'octroi de crédits à titre accessoire (cf. Cm 44 ss.). 30

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 selon son libellé 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. 31

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 préfinancier. 32

En revanche, ni le leasing opérationnel (Cm 53), ni en règle générale le leasing direct ne sont soumis à la LBA (Cm 52). 33

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 44 ss) ou que les paiements d'intérêts et d'amortissements n'incombent pas au cocontractant (Cm 55 ss). 34

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

a) Activité du preneur de crédit (art. 3 let. a OIF)

En principe, le preneur de crédit n'est pas assujetti à la LBA. 35

Les corporations et établissements de droit public qui peuvent accepter des dépôts du public conformément à l'art. 3a al. 1 de l'ordonnance sur les banques (OB ; RS 952.02), ainsi que les caisses dont ils garantissent intégralement les engagements, ne sont pas non plus assujettis à la LBA pour cette activité. Les associations et les sociétés coopératives acceptant des dépôts selon les conditions stipulées à l'art. 3a al. 4 let. d OB n'entrent pas non plus dans le champ d'application de la LBA. Le même principe s'applique aux entreprises auprès desquelles les employés et retraités de cette dernière déposent des fonds (art. 3a al. 4 let. e OB). Cependant, dès que d'autres prestations d'intermédiation financière au sens de la LBA (par ex. gestion de fortune ou prestations pour le trafic des paiements, etc.) sont fournies en relation avec l'acceptation de dépôts, il y a obligation d'assujettissement.	36
b) Octroi de crédits sans rémunération en intérêts ni autres charges (art. 3 let. b OIF)	
(Aucune observation)	37
c) Octroi de crédits entre société et associé (art. 3 let. c OIF)	
L'octroi de crédits entre société et associé n'est 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).	38
L'octroi de crédits entre les associés d'une société en nom collectif et la société elle-même, entre les commandités et la société en commandite ne tombent pas sous le coup de la LBA.	39
L'octroi 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.	40
L'octroi de crédits entre fondations et bénéficiaires, consenti 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.	41
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.	42
e) Relations de crédit entre personnes proches (art. 3 let. e OIF)	
(Aucune observation)	43

f) Octroi de crédits à titre accessoire (art. 3 let. f OIF)

L'octroi de crédits 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 points suivants définissent cumulativement l'octroi de crédit à titre accessoire :

- 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 biens d'investissement, biens de consommation, etc.). 45
- 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. 46

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 47

- Il y a un lien matériel entre l'octroi de crédit et la prestation principale. La nature du lien matériel entre prestation principale et prestation accessoire doit être examinée au cas par cas. 48
- L'octroi de crédit est d'importance subalterne par rapport à la prestation principale de la relation contractuelle. Si le rapport entre le produit brut issu de l'activité de crédit (recettes d'intérêt) et le produit brut de l'entreprise (ou le cas échéant le produit brut du segment d'affaires) s'élève à 10 % ou moins, ceci représente un indice pour la nature d'importance subalterne. 49
- Les moyens permettant l'octroi de crédit proviennent des moyens 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*). 50

Peuvent être considérés comme des octrois de crédit à titre accessoire le sursis de paiement, la mise en place d'un délai de paiement ou le contrat de vente à tempérament. 51

L'octroi de crédit dans le cadre du leasing direct, où le fabricant ou négociant est lui-même le bailleur, est en principe également considéré comme accessoire. 52

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. 53

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. 54

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). 55

Dans le cadre du factoring par exemple, le factor se fait céder la créance commerciale d'un 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). 56

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. 57

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 tierces. Entrent en principe dans le champ d'application de la LBA tous les transferts et transmissions opérés sur ordre du débiteur de la prestation, indépendamment du fait que le débiteur rémunère le prestataire avant ou seulement après que la prestation a été créditée. 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. 58

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 8 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. 59

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:

- 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. 61
- 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. 62

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. 63

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. 64

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.). 65

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. 66

e) Modèles d'affaires impliquant quatre parties ou plus

Lorsque quatre parties ou plus sont impliquées (organisme de cartes de crédit, *acquérir, 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. 67

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'acquérir, 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. 68

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

(Aucune observation) 69

V. Activité de négoce (art. 5 OIF)

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 les billets de banque, les monnaies, les devises, les métaux précieux et les valeurs mobilières. 70

A. 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. 71

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

Le négoce de matières premières est soumis à la LBA uniquement s'il est effectué pour le compte de tiers. 72

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. 73

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 83). 74

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

L'assujettissement porte sur le négoce sur métaux précieux bancaires tant pour compte propre que pour compte de tiers. L'art. 178 de l'ordonnance sur le contrôle des métaux précieux (OCMP ; RS 941.311) définit comme suit la notion de « métaux précieux bancaires » : 75

- Lingots et grenailles d'or au titre minimal de 995 millièmes; 76
- Lingots et grenailles d'argent au titre minimal de 999 millièmes; 77
- Lingots et mousses de platine et de palladium au titre minimal de 999,5 millièmes; 78

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. 79

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. 80

On se référera à la circulaire FINMA « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires » Cm 16^{bis} pour ce qui concerne le négoce effectué par le biais de comptes de métal précieux. 81

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. 82

D. 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. Les négociants agissant pour le compte de clients au sens de l'art. 3 al. 5 OBVM et qui pratiquent en sus de leur activité de négociant d'autres activités comme par exemple la gestion de fortune ou fournissent des prestations de trafic des paiements sont cependant assujettis à la LBA en fonction des dispositions respectives (art. 4 et 6 OIF). 83

E. 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 84

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.

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 86
- le bénéfice brut issu de l'activité de change représente plus de 10% du bénéfice de l'entreprise par année civile. 87

F. 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 tiennent pour leurs clients des comptes servant à effectuer des investissements dans différentes 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 », Cm 16^{ter}). 88

G. 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 8 ss) ou de prestation accessoire à une prestation principale (Cm 13 ss), il n'y a pas activité soumise à la LBA. 89

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. Le gérant de fortune est habilité par son client par procuration à gérer les avoirs de ce dernier en les plaçant ou en les investissant dans des instruments financiers. 90

La simple transmission d'ordres d'achat passés par le client – par exemple la transmission sous pli fermé d'un fax ou d'un courriel (comportant l'ordre du client en document pdf en pièce jointe) n'est pas considérée comme de la gestion de fortune. On ne peut pas conclure à l'existence d'une procuration dans de tels cas. 91

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 leurs dérivés. 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. 92

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 102 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. 93

c) Sociétés d'investissement

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. 94

d) Gestionnaires de placements collectifs étrangers

Les gestionnaires de placements collectifs étrangers tombent sous le coup de l'art. 2 al. 3 LBA, si le placement qu'ils gèrent n'est pas soumis à une surveillance équivalente au sens de la LPCC (art. 2 al. 4 let. d LBA). 95

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, par exemple en plaçant des ordres adressés au gestionnaire de fortune ou à la banque dépositaire du client. 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. 96

C. Conservation de valeurs mobilières (art. 6 al. 1 let. c OIF)

On reprend ici la notion de valeur mobilière telle qu'elle est exprimée dans la législation sur les bourses. Selon l'art. 2 let. a de la LBVM, on entend par 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 les dérivés. On entend par valeurs mobilières standardisées et susceptibles d'être diffusées en grand nombre les papiers-valeurs, les droits-valeurs et les dérivés structurés et fractionnés de la même façon et offerts au public ou vendus auprès de plus de 20 clients pour autant que ces valeurs ne soient pas créées spécialement pour certains contractants (art. 4 Ordonnance sur les bourses [OBVM ; RS 954.11]).

La conservation de valeurs mobilières par un employeur pour le compte de ses employés dans le cadre d'un programme de participation des collaborateurs n'est pas soumise à la LBA, si ces valeurs mobilières proviennent de son propre portefeuille ou d'une émission directe à ses employés et si elles font partie intégrante du salaire.

La simple tenue d'un registre des actions sans conservation des titres ne fonde pas une obligation d'assujettissement selon la LBA.

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 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).

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.

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 titre 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.

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. 104

Sont en général réputées être des sociétés de domicile:

- les sociétés et entités patrimoniales organisées qui détiennent le patrimoine de leur ayant droit économique. 105
- 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 considéré comme un intermédiaire financier ou non selon les pouvoirs qui lui sont conférés. Il ne suffit pas que le *protector* puisse changer de *trustee* ou exercer un droit de veto par rapport à des décisions d'investissement ou de distribution. 106

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). 107
- 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 (sociétés holding). La société 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. 108
- Entreprises actives mais se trouvant en voie de liquidation. 109

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 de l'ordonnance sur la surveillance [OS; RS 961.011]) et les intermédiaires « liés » (art. 43 al. 2 LSA). 110

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. 111

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 8 ss). 112

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. 113

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. 114

Il convient donc de distinguer entre activité soumise au secret professionnel (spécifique à la profession) 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). 115

Il s'agit par exemple 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. 116

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. 117

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 par l'autorité de surveillance compétente (société anonyme ou société à responsabilité limitée). Les personnes qui ont un brevet d'avocat ou de notaire et travaillent par exemple pour des 118

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.

b) L'avocat en tant que consignataire

Un consignataire (*escrow agent*) est soumis à la LBA dès lors que l'exécution du contrat de consignation (*escrow agreement*) va de pair avec un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales de tiers. Pour déterminer si un avocat faisant office de consignataire est soumis à la LBA, il convient d'examiner si ses compétences professionnelles sont nécessaires à l'exécution du contrat de consignation. 119

Dès lors que l'activité de consignataire est en lien direct avec un mandat juridique précis, il convient de partir du principe que les compétences professionnelles de l'avocat sont nécessaires à la bonne exécution du contrat de consignation et qu'il s'agit d'une activité spécifique à la profession. Toutefois, chaque situation doit être examinée au cas par cas. Si les compétences spécifiques de l'avocat ne sont pas requises, par exemple lorsqu'il s'agit d'exécuter des contrats standardisés simples, les conditions d'assujettissement peuvent être remplies. Il relève de la responsabilité de l'avocat de décider si le mandat concerné nécessite les compétences professionnelles de l'avocat et est effectivement couvert ou non par le secret professionnel. 120

Si l'exécution du contrat de consignation n'est pas en lien direct avec un mandat juridique précis, il convient de partir du principe que les compétences professionnelles de l'avocat ne sont pas nécessaires et que les conditions sont remplies pour un assujettissement de l'avocat à la LBA. 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. Ici aussi, chaque situation doit être examinée au cas par cas. Si les compétences professionnelles de l'avocat sont manifestement nécessaires à la bonne exécution du contrat de consignation, cette dernière peut aussi relever de l'activité spécifique à la profession. 121

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 de mener à bien la constitution, sans intervenir dans le trafic des paiements. 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. 122

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. 123

G. Intermédiation financière dans l'immobilier

a) Gestion immobilière

L'administration d'immeubles implique notamment l'encaissement de loyers ainsi que de prestations complémentaires, telles les charges accessoires ou les prestations d'assurances responsabilité civile issues du contrat de bail, l'acceptation de sûretés ou de prestations d'assurance. L'administrateur d'immeubles 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 créances. 124

Lorsque l'administrateur d'immeubles utilise les revenus perçus pour le compte du propriétaire de l'immeuble afin d'effectuer des paiements en faveur de tiers, ceux-ci ne s'inscrivent pas dans le champ d'application de la LBA, dans la mesure où ils sont directement liés à l'administration classique de l'immeuble. 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'immeuble. 125

Paiement des intérêts et des amortissements relatifs aux capitaux étrangers, en particulier ceux relatifs aux crédits garantis par hypothèque ; règlement des dépenses courantes sur la base de factures pour la fourniture périodique de biens ou de services tels que l'eau, l'électricité, etc. ; paiement des impôts, d'autres types de taxes et de primes d'assurance relatives à l'immeuble ; paiement de l'achat de produits de chauffage et d'énergie ; paiement des charges d'entretien courantes ; paiement de modifications et de travaux touchant l'immeuble ; versement des salaires en rémunération des prestations périodiques ou permanentes nécessaires au bon fonctionnement et à l'entretien de l'immeuble (concierge, jardinier, etc.), y compris le paiement des prestations sociales aux institutions correspondantes ; restitution des soldes éventuelles. 126

En dehors de l'activité d'administration précitée, l'acceptation des fonds du propriétaire de l'immeuble pour assurer leur gestion ou les placer, est considérée d'intermédiation financière. Cette pratique s'applique également et selon les mêmes critères à l'administration de propriétés par étage. 127

b) Sociétés immobilières

Une société immobilière est considérée comme société de domicile lorsque ses seules valeurs patrimoniales ou ses valeurs patrimoniales dominantes sont constituées d'un ou plusieurs immeubles qu'elle n'administre pas elle-même, et qu'elle n'exerce donc pas d'activité opérationnelle. En revanche, selon les cas, la société immobilière qui assure la gestion d'immeubles est elle-même soumise à la LBA (cf. Cm 124 ss). 128

c) Négoce immobilier

La seule activité de courtage ne s'inscrit pas dans le champ d'application de la LBA. On peut cependant se trouver dans le cas d'une intermédiation financière si l'agent immobilier transfère ou verse sur mandat de l'acheteur le montant du prix de vente au vendeur. Lorsque l'agent immobilier opère sur mandat du vendeur et transfère le montant du prix de vente à son mandant, il s'agit d'un recouvrement de créance qui n'est pas soumis à la LBA. 129

d) Entrepreneurs généraux et totaux, architectes, ingénieurs et activités fiduciaires dans la construction

Les entrepreneurs généraux et totaux qui reçoivent des paiements du maître d'ouvrage pour l'ensemble des travaux effectués et transmettent l'argent reçu à leurs sous-traitants disposent de leurs propres fonds et non de fonds appartenant à un tiers. Ce trafic des paiements ne constitue donc pas une intermédiation financière. 130

Les instructions de paiement et le règlement des factures des entrepreneurs et fournisseurs par les architectes ou les ingénieurs qui sont chargés de la direction des travaux peuvent être qualifiés de prestations accessoires. 131

Lorsque le maître d'ouvrage engage un agent fiduciaire pour effectuer le trafic des paiements et payer les factures de construction, ce dernier sera considéré comme un intermédiaire financier au sens de la LBA, car il opère au nom, sur mandat et pour le compte du débiteur. 132

VII. Actes étatiques

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. 133

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. 134

La forme organisationnelle précise de l'entité chargée de missions de service public est sans incidence sur l'applicabilité de la LBA. Des structures privées peuvent se voir confier de telles missions par la loi, par un acte de puissance publique ou sur la base d'un contrat de droit administratif. 135

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: 136

- 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 les échelons réglementaires et les conditions de délégation ont été respectés. 137
- 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. 138
- 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 mission. 139
- L'autorité ou l'organisation qui effectue l'acte étatique est subordonnée à une autre autorité pour ce qui concerne la vérification des comptes. 140

Les offices de poursuite et de faillite, l'administration spéciale de la faillite (art. 241 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP ; RS 281.1]), ainsi que les liquidateurs au sens de la LP (art. 317 ss) ne sont pas soumis à la LBA. C'est aussi le cas en règle générale pour des organes chargés de la liquidation de la succession (art. 516 CC) ou les organes de la tutelle (art. 360 CC). Les administrateurs d'office de la succession (art. 554 CC) et les exécuteurs testamentaires (art. 517 s. CC) ne sont pas non plus soumis à la LBA, à moins qu'ils ne fournissent des prestations d'intermédiaire financier extérieures à leur mandat, par exemple en participant à un partage successoral.

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: 142

- 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 hors diminutions de produits. Pour les entreprises commerciales qui établissent leur compte de résultat selon la méthode des chiffres bruts, 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. 143
- Relations d'affaires avec plus de 20 cocontractants (art. 7 al. 1 let. b OIF). 144
- 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). 145
- 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 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'afflux de valeurs patrimoniales et les réinvestissements à l'intérieur du même dépôt ne sont pas pris en considération dans le calcul du volume de transactions visé à l'art. 7 al. 1 let. d OIF. Pour les contrats bilatéraux, seule la contre-prestation fournie par le cocontractant est prise en considération. 146

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. 147

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

(Aucune observation) 148

C. Opérations de crédit (art. 8 OIF)

S'agissant d'un contrat de leasing, il faut prendre en compte le volume total des paiements périodiques liés au contrat. 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 entrées de fonds et à condition que le produit des intérêts dépasse 250 000 CHF. 149

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. 150

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. 151

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 résulte du bénéfice brut. 152

F. Passage à l'activité d'intermédiaire financier à titre professionnel (art. 11 OIF) 153

(Aucune observation)

IX. Délai transitoire

Les sociétés d'investissement au sens du Cm 94 bénéficient d'un délai transitoire de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente circulaire pour s'affilier à un organisme d'auto-régulation au sens de l'art. 24 LBA ou demander une autorisation à la FINMA au sens de l'art. 14 LBA. 154