

Avocats et Notaires - Intermédiaires Financiers: Une introduction

OAR FSA/FSN

Etat: août 2016

TABLE DES MATIERES

I	PREFACE	5
II	CHAMP D'APPLICATION DE LA LBA	5
1.	Champ d'application personnel	6
1.1.	L'avocat ou le notaire en tant qu'intermédiaire financier	7
1.2.	Délimitation entre l'activité spécifique à la profession / accessoire	7
1.2.1	Principe	7
1.2.2	Fondement	7
1.2.3	Activité spécifique à la profession et secret professionnel	7
1.2.3.1.	Personnes soumises au secret professionnel	7
1.2.3.2.	Objet du secret professionnel	8
1.2.3.3.	Activité accessoire	10
1.3.	Caractère professionnel	10
1.3.1	Le caractère professionnel en général	11
1.3.2	Le caractère professionnel dans le domaine des opérations de crédit	11
1.4.	Triage pour l'assujettissement	13
2.	L'activité d'intermédiaire financier dans le quotidien de l'avocat ou du notaire	13
2.1.	Procurations	14
2.2.	Activité d'organes au sein des personnes morales	15
2.2.1	Principes	15
2.2.2	Sociétés de domicile	15
2.2.3	Domiciliation	16
2.2.4	Sociétés opérationnelles	16
2.2.5	Sociétés écrans	16
2.2.6	Sociétés en liquidation	17
2.2.7	Sociétés holding et sociétés auxiliaires	17
2.2.8	Sociétés immobilières	17
2.2.9	Sociétés d'investissement	18
2.2.10	Fondations	18
2.2.11	Sociétés à but idéal	18
2.2.12	Trusts	19
2.3.	Conservation et transport de valeurs patrimoniales	19
2.4.	Recouvrement de créances	19
2.5.	Opérations de crédit	20

2.6.	L'octroi de mandats de paiement	20
2.7.	Activité comme consignataire	21
2.8.	Trafic des paiements lors de constitutions de sociétés	22
2.9.	Cession de créances	23
2.10.	Mandats officiels	23
2.11.	Activité en relation avec un achat d'immeuble	23
2.12.	Gestion immobilière	24
2.13.	Négoce immobilier	25
2.14.	Partages successoraux	25
3.	Champ d'application territorial	25
III	OBLIGATIONS LIEES A L'ASSUJETTISSEMENT A LA LBA	26
1.	Obligations permanentes	26
1.1.	Identification du cocontractant	26
1.2.	Détermination de l'ayant droit économique et du détenteur du contrôle	27
1.3.	Profil client	29
1.4.	Renouvellement de la vérification de l'identité	30
1.5.	Rupture des relations d'affaires	30
1.6.	Éclaircissement concernant la relation contractuelle et l'arrière-plan d'une transaction	30
1.7.	Obligations organisationnelles	32
1.7.1	Règles de base	32
1.7.2	Règlements internes de l'intermédiaire financier	32
1.8.	Obligation de documentation	34
1.9.	Obligation de saisie des relations d'affaires et des transactions commerciales	34
1.10.	Obligation de formation et de formation continue	35
1.11.	Clause concernant les valeurs patrimoniales de faible valeur	35
2.	Obligations en cas de soupçon de blanchiment d'argent	36
2.1.	Obligation de communiquer	36
2.2.	Complément d'information: Droit de communication	37
2.3.	Points communs du droit de communication et de l'obligation de communiquer	37

2.4.	Blocage des avoirs	37
2.5.	Obligation de secret / interdiction d'informer	38
2.6.	Exclusion de responsabilité	39
IV	COMPLEMENT D'INFORMATION: ART. 305^{BIS}/305^{TER} CP ET FINANCEMENT DU TERRORISME	39
1.	Introduction	39
2.	Art. 305^{bis} CP – Blanchiment d'argent	39
3.	Art. 305^{ter} CP – Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et de droit de communication	40
4.	Art. 260^{quinquies} CP – financement du terrorisme	41
V	OAR FSA/FSN	42
1.	Organisme d'autoréglementation au sens de la LBA	42
2.	Conditions d'admission	43
3.	Obligations en tant que membre passif	43
4.	Organisation	44
5.	Communication avec l'OAR	44
6.	Site web et modèles	44
VI	DOCUMENTS ADDITIONNELS	45
1.	Publications de la FINMA	45
2.	Autres publications	45
3.	Décisions	46

I PREFACE

- 1 Les intermédiaires financiers font partie des personnes soumises à la loi sur le blanchiment d'argent (LBA). Ce résumé explique quand les avocats et les notaires¹ sont soumis à la LBA et quelles sont les obligations qui y sont liées.
- 2 La violation des obligations en matière de LBA peut entraîner des conséquences graves. Les avocats et les notaires sont en outre tenus de connaître les dispositions pénales pertinentes concernant le blanchiment d'argent. Certaines condamnations ne sont notamment pas compatibles avec les deux professions et peuvent entraîner une interdiction d'exercice.
- 3 Dans le dernier chapitre, l'organisme d'autoréglementation de la Fédération Suisse des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires (l'OAR FSA/FSN) est présenté. L'OAR FSA/FSN est ouvert aux avocats et aux notaires soumis à la LBA.
- 4 Cette brochure ne prétend pas à l'exhaustivité ni à l'exactitude scientifique. Elle se veut être une aide et un outil de référence simple pour les questions quotidiennes liées à l'assujettissement à la LBA.
- 5 Il est signalé que chaque avocat et chaque notaire doit décider de manière autonome si son activité est soumise à la LBA ou non.
- 6 Il incombe à la FINMA et non à l'OAR de décider si une activité déterminée est qualifiée d'activité d'intermédiaire financier. Dans cette brochure, l'OAR présente uniquement son avis sur les différentes questions concernant l'assujettissement à la LBA, qui correspond dans une large mesure à celui exposé dans les circulaires pertinentes de la FINMA.

II CHAMP D'APPLICATION DE LA LBA

- 7 Conformément à l'art. 1, la LBA règle non seulement la lutte contre le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} du code pénal (CP), y compris la fraude fiscale, mais aussi la lutte contre le financement du terrorisme au sens de l'art. 260^{quinqüies}, al. 1, CP et la vigilance requise en matière d'opérations financières.

¹ Ci-après, seule la forme masculine d'avocat et de notaire est utilisée pour ne pas entraver la lisibilité.

1. Champ d'application personnel

8 Il convient tout d'abord de clarifier quelles personnes sont soumises à la LBA. Conformément à l'art. 2 al. 1 LBA, la LBA s'applique aux intermédiaires financiers et aux personnes physiques et morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des espèces en paiement (négociantes et négociants).

9 Le concept d'intermédiaire financier est défini aux alinéas 2 et 3 de l'art. 2 LBA.

10 Conformément à l'article 2, les banques, certaines directions de fonds, certaines sociétés d'investissement, certaines institutions d'assurance, certains négociants en valeurs mobilières conformément à la loi sur les bourses, les contreparties centrales et les dépositaires centraux au sens de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, les systèmes de paiement qui requièrent une autorisation de la FINMA selon la loi sur l'infrastructure des marchés financiers et les maisons de jeu au sens de la loi sur les maisons de jeu sont soumis à la LBA.

11 Conformément à l'alinéa 3, il convient d'y ajouter les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers.

12 En font entre autres partie les domaines commerciaux suivants:

- les opérations de crédit;
- les services dans le domaine du trafic des paiements, notamment les virements électroniques et l'émission de cartes de crédit;
- le commerce, pour leur propre compte ou pour celui de tiers, de billets de banque ou de monnaies, d'instruments du marché monétaire, de devises, de métaux précieux, de matières premières ou de valeurs mobilières et de leurs dérivés;
- la gestion de fortune;
- le conseil en matière de placement;
- la conservation ou la gestion des valeurs mobilières.

13 Les négociantes et négociants doivent respecter différentes obligations de diligence et de notification s'ils reçoivent plus de CHF 100'000 en espèces dans le cadre d'une transaction commerciale.

14 Les explications ci-après se concentrent sur les avocats et les notaires.

1.1. L'avocat ou le notaire en tant qu'intermédiaire financier

15 L'activité effectivement exercée est déterminante pour l'assujettissement à la LBA. L'inscription dans un registre des avocats ou à une chambre des notaires n'a pas d'influence sur l'assujettissement à la LBA. Toutefois, toutes les activités d'un avocat ou d'un notaire qui comportent l'une des caractéristiques d'assujettissement conformément à la N 11 n'entraînent pas automatiquement l'applicabilité de la LBA.

16 Il convient de distinguer entre l'activité spécifique à la profession d'avocat ou de notaire et l'activité accessoire.² L'activité spécifique à la profession n'est pas soumise à la LBA, alors que l'activité accessoire, elle, l'est. Il incombe à l'avocat ou au notaire de décider de quel domaine son activité relève. Il doit vérifier lui-même et sous sa propre responsabilité s'il est soumis à la LBA.

1.2. Délimitation entre l'activité spécifique à la profession / accessoire

1.2.1 Principe

17 Un avocat ou un notaire n'est soumis à la LBA que si son activité est une activité accessoire et n'est donc pas couverte par le secret professionnel selon l'art. 321 CP.

1.2.2 Fondement

18 Conformément à l'art. 9 al. 1 LBA, l'intermédiaire financier informe immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent s'il a connaissance d'infractions déterminées ou présume leur existence, sur la base de soupçons fondés. Conformément à 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 CP. Il en découle que l'avocat ou le notaire n'est pas soumis à la LBA dans la mesure où son activité est couverte par le secret professionnel. Le respect du secret professionnel est considéré par le législateur comme un bien juridique fondamental.

1.2.3 Activité spécifique à la profession et secret professionnel

1.2.3.1. Personnes soumises au secret professionnel

19 Le secret professionnel est fondamental pour déterminer les activités spécifiques à la profession. Conformément à l'art. 321 CP, les avocats, défenseurs en justice et notaires sont sanctionnés s'ils révèlent un secret à eux

² ATF 132 II 103.

confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci. Par conséquent, ils sont tenus au secret professionnel.³

20 Ces règles concernent en premier lieu les avocats ou les notaires qui exercent leur activité à titre indépendant ou libéral. L'activité comme avocat ou notaire au sein d'une société d'avocats autorisée par l'autorité de surveillance compétente (société anonyme ou société à responsabilité limitée d'avocats ou de notaires)⁴ ou d'une société de personnes ou société individuelle est également concernée.

21 L'inscription dans un registre des avocats cantonal, une chambre des notaires cantonale ou une chambre professionnelle étrangère équivalente n'est pas une condition requise. La protection pénale du secret professionnel peut exister indépendamment de ladite inscription, dans la mesure où un avocat ou un notaire exerce une activité spécifique à la profession d'avocat ou de notaire à titre indépendant et libéral.⁵

1.2.3.2. Objet du secret professionnel

22 Le secret professionnel de l'avocat ou du notaire au sens de l'art. 321 CP ne porte en principe (et toujours sous la prémisse de l'activité spécifique à la profession) «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'exécution de son mandat»⁶. Par contre, les informations qu'un avocat ou un notaire obtient dans un cadre privé, notamment lors d'entretiens avec des amis ou des

³ Circulaire FINMA 2011/1, activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA, ébauche de la version partiellement révisée du 11 juillet 2016 (ci-après circulaire FINMA 2011/1), N 114.

⁴ Circulaire FINMA 2011/1, N 118.

⁵ WALTER FELLMANN / GAUDENZ G. ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich 2005, art. 13 N. 14; BSK StGB - NIKLAUS OBERHOLZER, Bâle 2013, art. 321 N 6; Andreas Donatsch / Wolfgang Wohlers Strafrecht IV, 4.A, Zurich 2011, p. 563 ne mentionnent pas explicitement l'inscription dans un registre. Une opinion différente concernant l'inscription au registre des avocats ou la chambre des notaires est défendue par la FINMA (circulaire FINMA 2011/1, N 118), Mario Giannini (Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Diss., Zurich 2005, p. 242, avec référence au commentaire relatif à l'assujettissement de la FINMA, Cm 312, et Andreas Rohr, Bin ich Finanzintermediär?, p. 114, qui renvoie à Huber/Polli (article dans «Schweizer Treuhänder» de l'année 2000)). Finalement, aussi bien Giannini que Rohr se fondent sur des publications de la FINMA ou de son prédécesseur, l'autorité de contrôle. Une motivation propre n'est pas donnée. Ni la FINMA ni l'autorité de contrôle ne motivent la limitation du secret professionnel aux avocats et notaires inscrits. Par conséquent, il convient de se ranger à l'avis de la doctrine et de présumer que l'inscription n'a pas d'influence sur l'applicabilité de l'art. 321 CP.

⁶ Cit. ATF 132 II 103; circulaire FINMA 2011/1, précitée.

connaissances ou par des observations faites par hasard ne sont pas soumises au secret professionnel.⁷

- 23 Le Tribunal fédéral n'a pas encore apporté de réponse finale à la question de savoir quand un mandat est spécifique à la profession. Le cas d'espèce est déterminant.
- 24 Pour les notaires, l'activité spécifique à la profession, resp. l'activité notariale, est déterminée par la législation cantonale pertinente.⁸
- 25 Les avocats exercent dans tous les cas une activité spécifique à la profession dans le domaine dans lequel ils possèdent un monopole (en font notamment partie la représentation de parties devant les tribunaux et les autorités d'enquête).
- 26 Toutefois, les activités en dehors du domaine du monopole peuvent aussi être spécifiques à la profession. Le formulaire R (qui permet notamment à un avocat ou à un notaire de déclarer lors de l'ouverture d'un compte que le compte et/ou le dépôt est soumis au secret professionnel et qu'il est utilisé exclusivement pour les activités en tant qu'avocat ou notaire) aide à la délimitation. La réponse à la question de savoir si le public moyen fait traiter une affaire par un avocat (et non par un autre spécialiste) parce qu'il sait que ce dernier est soumis au secret professionnel, peut aussi être un indice qui aide à résoudre la question de la délimitation.⁹
- 27 Si un avocat ou un notaire accepte des valeurs patrimoniales de tiers dans le cadre de son activité (principalement) spécifique à la profession, son activité n'est pas soumise à la LBA, même si les critères d'assujettissement seraient remplis. De telles transactions privilégiées sont 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

⁷ ANDREAS DONATSCH / WOLFGANG WOHLERS, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 4^e édition intégralement remaniée, Zurich 2011, p. 566.

⁸ CHRISTOPH K. GRABER, dans: CHRISTOPH K. GRABER / DOMINIK OBERHOLZER, *Das neue GwG*, 3^e édition, Zurich 2009, p. 81 ss.

⁹ CHRISTOPH K. GRABER, précité, p. 79 s; GIANNINI, *Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei*, Diss., Zurich 2005, p. 243 ss.

droit public devant les tribunaux ordinaires ou arbitraux ainsi qu'à des procédures d'exécution forcée.¹⁰

- 28 Si un avocat ou un notaire poursuit non seulement une activité spécifique à la profession, mais aussi une autre activité accessoire, il est tenu d'examiner dans le cas concret, en tenant compte des circonstances concrètes, quel est l'élément (l'élément spécifique à la profession ou l'élément accessoire) prépondérant dans son activité. Le secret professionnel est absent s'il n'est pas principalement actif de manière spécifique à la profession.¹¹

1.2.3.3. Activité accessoire

- 29 L'activité accessoire d'un avocat ou d'un notaire est le plus souvent une activité commerciale. Comptent parmi les activités commerciales, en particulier, celles qui sont effectuées normalement par des gérants de fortune, des fiduciaires ou des banques. Si cette activité dite accessoire était également couverte par le secret professionnel, un accusé pourrait empêcher les autorités de poursuite pénale d'accéder au produit d'un acte punissable en recourant à un avocat comme intermédiaire.¹² Si l'élément commercial est prépondérant, l'activité n'est plus protégée par le secret professionnel.¹³

- 30 Une série d'activités typiques est énumérée ci-après sous le N 41 ss, à chaque fois avec indication de la qualification spécifique à la profession ou accessoire.

1.3. Caractère professionnel

- 31 Conformément au libellé de l'art. 2 al. 3 LBA, les valeurs patrimoniales appartenant à des tiers doivent être gardées en dépôt ou gérées à titre professionnel, ou il doit être aidé à les placer ou transférer à *titre professionnel* pour qu'il existe une activité d'intermédiaire financier. L'art. 7 OBA concrétise le concept du caractère professionnel.

- 32 Si le critère du caractère professionnel fait défaut, un assujettissement à la LBA ne peut pas non plus être envisagé quand une activité visée par la LBA est exercée.

¹⁰ Circulaire FINMA 2011/1, N 115. Dans ce contexte, il convient de noter le formulaire R susmentionné.

¹¹ DONATSCH / WOHLERS, précité, p. 567; ATF 112 Ib 606.

¹² Circulaire FINMA 2011/1, N 117.

¹³ ATF 112 Ib 606.

1.3.1 Le caractère professionnel en général

33 L'art. 7 al. 1 OBA détermine quand une activité d'intermédiaire financier est exercée à titre professionnel pour les avocats et/ou notaires. Un intermédiaire financier exerce son activité à titre professionnel dès lors qu'il:

- en tire un produit brut de plus de CHF 50'000 durant une année civile;
- établit des relations d'affaires ne se limitant pas à une activité unique avec plus de 20 cocontractants durant une année civile ou entretient au moins 20 relations de ce type durant une année civile;
- a un pouvoir de disposition d'une durée illimitée sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dont le montant dépasse CHF 5 millions à un moment donné; ou
- effectue des transactions dont le volume total dépasse CHF 2 millions durant une année civile. Conformément à l'art. 7 al. 2 OBA, 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. Pour les contrats bilatéraux, seule la prestation fournie par le cocontractant est prise en considération.

34 Conformément à l'art. 7 al. 4 OBA, l'activité d'intermédiaire financier exercée pour des personnes proches n'est prise en considération pour l'évaluation visant à déterminer si elle est exercée à titre professionnel que si le produit brut réalisé par année civile est supérieur à CHF 50'000.

35 Cela signifie que le produit brut réalisé par l'activité d'intermédiaire financier pour des personnes proches n'est pas pris en compte s'il est inférieur à CHF 50'000. Seuls les produits bruts de toutes les autres relations d'affaires sont déterminants dans ce cas.

36 Toutefois, si le produit brut dépasse les CHF 50'000, il y a bien activité d'intermédiaire financier dans tous les cas.

1.3.2 Le caractère professionnel dans le domaine des opérations de crédit

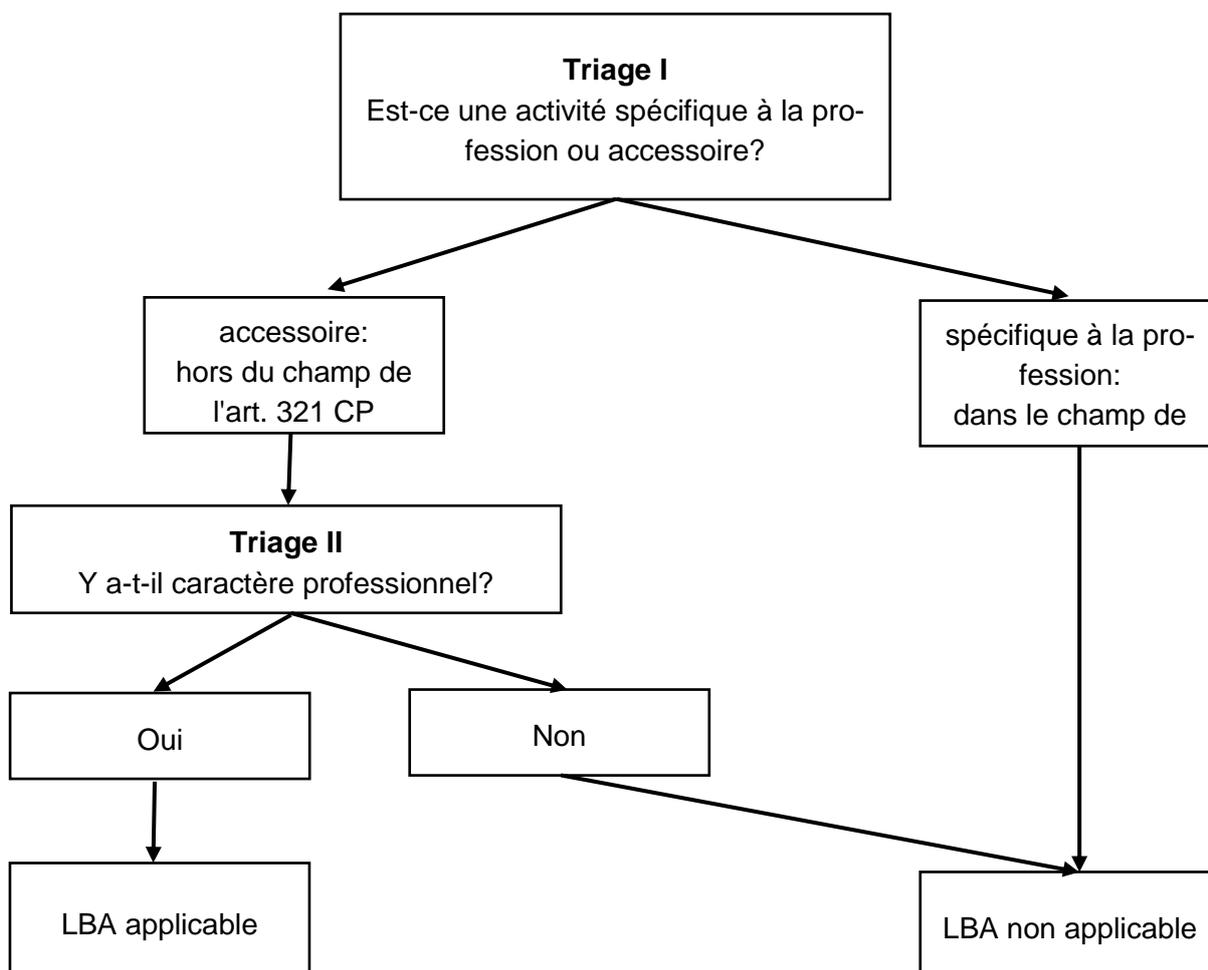
37 Conformément à l'art. 8 al. 1 OBA, les opérations de crédit sont effectuées à titre professionnel:

- si ces opérations permettent de réaliser un produit brut de plus de CHF 250'000 durant une année civile; et
- si le volume des crédits octroyés dépasse CHF 5 millions à un moment donné.

- 38 Conformément à l'art. 8 al. 2 OBA, le produit brut des opérations de crédit correspond à toutes les entrées de fonds liées aux opérations de crédit, après déduction des montants destinés au remboursement du crédit.
- 39 Si une personne effectue simultanément des opérations de crédit et exerce une autre activité qui la qualifie d'intermédiaire financier, 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 (art. 8 al. 3 OBA).

1.4. Triage pour l'assujettissement

40 Il faut suivre deux étapes pour clarifier si un avocat ou un notaire est soumis à la LBA:



2. L'activité d'intermédiaire financier dans le quotidien de l'avocat ou du notaire

41 La section qui suit traite de différentes activités que les avocats et les notaires en Suisse exercent habituellement ou de temps en temps. Il sera indiqué si ces activités sont soumises à la LBA. Il convient de noter que toutes les explications sont données sous la condition que le critère du caractère professionnel est rempli et que le service fourni n'est pas considéré comme une activité spécifique à la profession. La différence entre l'activité spécifique à la profession et l'activité accessoire dans des domaines concrets est expliquée de manière plus détaillée par la suite.

42 Si les seuils susmentionnés (N 31 à 36) ne sont pas dépassés, il n'y a pas d'activité d'intermédiaire financier, parce que l'activité n'est pas exercée à titre professionnel.

2.1. Procurations

43 Les procurations prévoyant la possibilité de disposer de valeurs patrimoniales de tiers font en sorte que l'activité est soumise à la LBA.

44 Le traitement de la procuration d'urgence, une procuration qui est valable uniquement dans des situations déterminées, à savoir l'incapacité d'agir du mandant à court ou long terme, fait l'objet de controverses dans la doctrine.

45 L'OAR FSA/FSN a établi la règle suivante pour les intermédiaires financiers qui lui sont soumis:

a) La procuration d'urgence doit être traitée comme un dossier IF:

Dès qu'une procuration est publique (enregistrement au registre du commerce ou un registre comparable, ou dépôt à la banque), la possibilité de disposer du patrimoine d'un tiers existe, y compris si, dans la relation interne, la procuration ne peut être utilisée qu'en cas d'urgence.

b) La procuration d'urgence donnée à un avocat ou un notaire, dont le texte est explicitement lié à des conditions (p. ex. l'incapacité d'agir du mandant) ne doit pas être gérée comme dossier IF.

Ces procurations sont liées à des conditions déterminées, qui sont reconnaissables. Elles sont soumises à une condition suspensive. Dès que la condition est remplie, un dossier IF doit être tenu. Il est toutefois recommandé de réunir au préalable tous les documents concernant l'identification de l'ayant droit économique et de les tenir à jour, étant donné qu'au moment de la réalisation de la condition, il n'est généralement plus possible de répondre à des questions ou de se procurer les documents.¹⁴

46 Il n'y a pas d'activité d'intermédiaire financier pour les procurations de membres de la famille si seuls les frais sont remboursés et des honoraires ne sont pas payés. Dans ce cas, l'activité n'est pas exercée à titre professionnel.

¹⁴ Il convient de noter ce qui suit: Par l'introduction du mandat pour cause d'incapacité, les procurations qui sont explicitement données pour le cas où le mandant devient incapable d'agir sont entachées d'une erreur de forme si elles ne sont pas constituées en la forme olographe ou authentique (voir art. 361 al. 1 et 2 CC).

2.2. Activité d'organes au sein des personnes morales

2.2.1 Principes

47 Aussi bien les organes formels (membres du conseil d'administration) que les organes matériels (directeurs, gérants, etc.) et les organes de fait sont considérés comme organes.¹⁵

48 En principe, l'activité des organes au sein des personnes morales n'est pas réputée être une activité d'intermédiaire financier, étant donné que l'organe ne dispose pas du patrimoine de tiers, mais de son propre patrimoine, à savoir celui de la société.

49 En règle générale, l'activité d'organe dans une société non opérationnelle est considérée comme activité d'intermédiaire financier.

50 Il convient toutefois d'apprécier au cas par cas s'il existe une société de domicile. 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.¹⁶

51 Quelques constellations typiques avec les indices d'assujettissement correspondants sont énumérées par la suite.

2.2.2 Sociétés de domicile

52 L'activité d'organe dans des sociétés de domicile est soumise à la LBA. Il suffit que l'avocat ou le notaire détienne la signature collective à deux au niveau de l'organe. Une autorisation de signature pour les comptes bancaires n'est pas nécessaire.

¹⁵ Circulaire FINMA 2011/1, N 100 s.; ATF 114 IV 213.

¹⁶ Circulaire FINMA 2011/1, N 103.

53 Sont considérées comme des sociétés de domicile conformément à l'art. 6 al. 2 OBA les personnes morales, les sociétés (c'est-à-dire, d'après la FINMA, également les sociétés simples et les sociétés de personnes), les établissements, les fondations, les trusts, les entreprises fiduciaires et constructions semblables, qui n'exercent pas une activité de commerce ou de fabrication, ou une autre activité exploitée sous la forme commerciale.¹⁷

54 Pour les sociétés de domicile, l'activité d'organe est présumée être effectuée sur instructions de l'ayant droit économique. Les organes gèrent le patrimoine d'un tiers, à savoir celui de l'ayant droit économique.

55 Si ce dernier est lui-même un organe, l'ayant droit économique n'est pas soumis à la LBA, puisqu'aucun patrimoine de tiers n'est géré.

2.2.3 Domiciliation

56 La simple domiciliation d'une société de domicile par l'avocat ou le notaire sans possibilité de disposer des valeurs patrimoniales n'est pas soumise à la LBA.¹⁸

2.2.4 Sociétés opérationnelles

57 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.¹⁹

58 En règle générale, une société opérationnelle n'est pas soumise à la LBA. Si son activité opérationnelle constitue une activité au sens de l'art. 2 al. 3 LBA, la société elle-même est soumise à la LBA, mais non les organes de la société.²⁰

2.2.5 Sociétés écrans

59 Les sociétés écrans sont également considérées comme des sociétés de domicile, étant donné qu'elles n'ont pas d'activité opérationnelle. Elles sont soumises à la LBA.

¹⁷ Circulaire FINMA 2011/1, précitée.

¹⁸ Circulaire FINMA 2011/1, précitée.

¹⁹ Circulaire FINMA 2011/1, N 103.

²⁰ Circulaire FINMA 2011/1, N 104.

2.2.6 Sociétés en liquidation

60 Une société opérationnelle qui est mise en liquidation est toujours considérée comme une société opérationnelle, dont l'activité opérationnelle est désormais la liquidation de la société. L'activité d'organe n'est pas soumise à la LBA.

61 Toutefois, si la radiation du registre du commerce n'intervient pas pendant plus d'un an et demi à compter de la décision de liquidation, sans motifs convaincants (p. ex. grande complexité des actes de liquidation, obligations de longue durée, complications lors de l'imposition, etc.), il faut en règle générale présumer que l'activité opérationnelle a été abandonnée et qu'il s'agit d'une société de domicile.

62 Une société de domicile reste une société de domicile pendant la phase de liquidation, l'obligation de soumission des organes à la LBA subsistant.

2.2.7 Sociétés holding et sociétés auxiliaires

63 En règle générale, les sociétés qui détiennent directement ou indirectement la majorité dans une ou plusieurs sociétés opérationnelles, sociétés sous-holding ou autres sociétés auxiliaires à l'intérieur du groupe, qui sont rassemblées sous une direction unique par une majorité de voix ou de toute autre manière et dont l'objet n'est pas principalement la détention et la gestion du patrimoine de tiers extérieurs au groupe (sociétés holding) ne sont pas considérées comme des sociétés de domicile. La société holding ou sous-holding doit toutefois exercer effectivement la direction.

64 Les sociétés qui, dans le cadre d'un groupe, exécutent des tâches internes, telles que la détention ou la gestion des participations ou des moyens financiers (cash pool), ne sont pas non plus qualifiées de sociétés de domicile.²¹

65 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.²²

2.2.8 Sociétés immobilières

66 Les sociétés immobilières ne sont pas soumises à la LBA si elles administrent elles-mêmes leurs immeubles. Elles sont donc des sociétés opérationnelles actives.

²¹ Art. 2 lit. h règlement OAR.

²² Circulaire FINMA 2011/1, N 108.

67 Il en va différemment dès que la société fait administrer l'immeuble et n'exerce pas d'autre activité. Elle devient ainsi une société de domicile.²³

2.2.9 Sociétés d'investissement

68 En tant que formes d'investissement collectives fermées, les sociétés d'investissement sont des intermédiaires financiers soumis à la LBA. La cotation en bourse et la nature des actions émises ne sont pas déterminantes. L'organe individuel n'est toutefois pas soumis à la LBA, étant donné que la société n'est pas une société de domicile, mais est considérée comme une société opérationnelle; la société a toutefois besoin d'une autorisation.

2.2.10 Fondations

69 Les mandats au sein d'un conseil de fondation ne sont pas considérés comme une activité d'intermédiaire financier aussi longtemps que les transactions se situent dans les limites de l'objet de la fondation et sont effectuées conformément aux règles contenues dans les statuts, à l'avenant aux statuts, à d'autres règlements ou à la discrétion de l'organe. Il s'agit dans ce cas de fondations opérationnelles. L'organe dispose des moyens de la fondation.

70 Si toutefois le fondateur ou les bénéficiaires influent sur les transactions en droit ou en fait, il y a activité d'intermédiaire financier. Ce dernier cas concerne souvent les fondations liechtensteinoises et offshore. Dans ce cas, il faut présumer qu'il s'agit de sociétés de domicile, ce qui soumet en principe l'activité à la LBA.

71 Dans les limites fixées par la loi et le Tribunal fédéral²⁴, l'activité d'organe dans les fondations de famille n'est pas non plus considérée comme une activité d'intermédiaire financier.²⁵

2.2.11 Sociétés à but idéal

72 Les sociétés à but idéal n'exercent pas d'activité d'intermédiaire financier et ne sont pas soumises à la LBA. Les buts idéaux sont entre autres les buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, d'utilité publique et sociaux.²⁶

²³ Circulaire FINMA 2011/1, N 128.

²⁴ ATF 108 II 393.

²⁵ Circulaire FINMA 2011/1, N 107.

²⁶ Circulaire FINMA 2011/1, N 107.

2.2.12 Trusts

73 Le trustee qui gère (économiquement) le patrimoine spécial d'un tiers est soumis à la LBA. Sur le plan territorial, il est déterminant que le trustee gère le trust en Suisse ou à partir de la Suisse. Il n'est pas pertinent où se situe le patrimoine du trust et sous l'empire de quel droit il a été constitué.

74 Par contre, le protector n'est pas soumis à la LBA tant qu'il se borne à surveiller et, le cas échéant, à changer le trustee. Dès que le protector prend des décisions dans le domaine financier (p. ex. distribution des contributions ou choix de l'ayant droit économique), il est soumis à la LBA. Tel est déjà le cas s'il prend la décision ensemble avec le trustee.²⁷

2.3. Conservation et transport de valeurs patrimoniales

75 Pour la conservation et le transport de valeurs patrimoniales (notamment valeurs mobilières), il y a activité d'intermédiaire financier s'il s'agit de titres.

76 Si, après la constitution d'une société, un avocat ou un notaire conserve les actions au porteur avec qualité de titres, il est intermédiaire financier à partir du moment où les comptes du mandat pour la constitution de la société peuvent être établis.

77 Si la qualité de titres fait défaut, l'activité n'est pas soumise à la LBA.²⁸ Si, après la constitution, les actions sont livrées au notaire pour qu'il les remette aux actionnaires, cela ne constitue pas encore une activité d'intermédiaire financier.

2.4. Recouvrement de créances

78 Conformément à l'art. 2 al. 2 let. a ch. 2 OBA, le recouvrement de créances n'est pas considéré comme une activité d'intermédiaire financier. Il ne s'agit toutefois que d'un principe. Un avocat ou notaire n'est de toute manière pas soumis à la LBA si le recouvrement d'une créance litigieuse lui est confié dans le cadre d'un mandat.

²⁷ Circulaire FINMA 2011/1, N 106.

²⁸ L'OAR estime cependant qu'il convient de noter que le transfert d'actions au porteur (sans qualité de titres) peut faire déplacer de grandes valeurs patrimoniales, qui se trouvent dans la société représentée par les actions. Il convient donc d'examiner ces transactions de très près, d'autant plus que les conditions de l'art. 305^{bis} CP peuvent être remplies.

79 Il peut y avoir activité d'intermédiaire financier si la somme recouvrée n'est pas transférée au créancier, mais, sur ordre de celui-ci, à un tiers qui n'avait pas été impliqué dans la procédure jusque-là.²⁹

2.5. Opérations de crédit

80 Les opérations de crédit (voir aussi ATF 2A.62/2007) sont soumises à la LBA notamment sous la forme des hypothèques, des prêts, des crédits sur compte courant et des crédits. Cela s'applique aussi aux opérations de crédit entre la société et les associés.

81 Les crédits entre la société et les associés ne sont pas des activités d'intermédiaire financier s'il existe entre le donneur de crédit et le preneur de crédit une participation directe ou indirecte d'au moins 10 % du capital ou des votes dans la société pendant toute la durée de la relation de crédit.

82 Pour les crédits sur compte courant, la provenance des fonds est sans importance. Il n'est pas non plus requis que le crédit soit refinancé par des fonds de tiers. L'activité est également soumise à la LBA si des moyens propres de l'intermédiaire financier sont utilisés exclusivement.

83 Ne sont pas considérés comme octroi d'un crédit (voir art. 3 OBA) les crédits accordés aux fournisseurs, les acomptes versés par les clients, les sûretés, les garanties, les crédits sans rémunération en intérêts ni autres charges, l'octroi de crédits accessoires, les engagements conditionnels en faveur de tiers et l'octroi de crédits entre employeur et employés en tant qu'avance sur le salaire.

2.6. L'octroi de mandats de paiement

84 L'octroi de mandats de paiement par l'avocat ou le notaire par procuration du client est soumis à la LBA, si cette activité concerne le domaine accessoire. Cela s'applique également si le paiement est effectué par le biais du compte du notaire ou de l'avocat.

85 En revanche, les paiements de prix de vente, les différends liés au régime matrimonial et les partages successoraux ne sont pas soumis à la LBA. Cette disposition s'applique dans la mesure où, dans le cadre de l'activité

²⁹ Dans l'ATF 120 Ib 112 ss, le Tribunal fédéral a décidé que l'acceptation d'un chèque pour recouvrement par un avocat est une activité pour laquelle l'élément commercial, et non l'élément de la profession d'avocat, est prépondérant et qui est régulièrement effectuée par des banques et des bureaux fiduciaires. Il n'est en aucun cas possible de déduire de cet arrêt souvent cité qu'un avocat ou un notaire qui effectue le recouvrement d'une créance à la suite d'une procédure judiciaire ou d'une transaction n'exerce pas d'activité spécifique à la profession d'avocat.

professionnelle principale, des paiements sont effectués par le biais des comptes de l'avocat ou du notaire pour garantir le traitement d'une opération en échange d'une contrepartie ou pour effectuer ou garantir divers paiements (impôt sur le gain immobilier, impôt de mutation).

2.7. Activité comme consignataire

86 Un consignataire est soumis à la LBA dès lors que l'exécution du contrat de consignation va de pair avec un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales de tiers. Pour déterminer si un avocat ou un notaire faisant office de consignataire est soumis à la LBA, il convient d'examiner si sa qualité d'avocat ou de notaire et notamment ses compétences professionnelles d'avocat ou de notaire sont nécessaires à l'exécution du contrat de consignation.³⁰

87 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 ou du notaire sont nécessaires à la bonne exécution du contrat de consignation et qu'il s'agit d'une activité spécifique à la profession.

88 Toutefois, chaque situation doit être examinée au cas par cas. Si les compétences spécifiques de l'avocat ou du notaire ne sont pas requises, par exemple lorsqu'il s'agit d'exécuter des contrats standardisés simples, les conditions d'assujettissement à la LBA peuvent être remplies.

89 Il relève de la responsabilité de l'avocat ou du notaire de décider si le mandat concerné nécessite les compétences professionnelles de l'avocat ou du notaire et est effectivement couvert ou non par le secret professionnel.³¹

90 Si l'exécution du contrat de consignation n'est pas en lien direct avec un mandat juridique précis ou si l'activité ne vise que la bonne exécution du contrat, il convient de partir du principe que les compétences professionnelles de l'avocat ou du notaire ne sont pas nécessaires à la bonne exécution du contrat de consignation et que les conditions sont remplies pour un assujettissement de l'avocat à la LBA. Cette activité pourrait également être exercée par une banque ou un agent fiduciaire. Dans cette hypothèse, les parties mandatent l'avocat ou le notaire 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

³⁰ Circulaire FINMA 2011/1, N 119.

³¹ Circulaire FINMA 2011/1, N 120.

compétences professionnelles de l'avocat ou du notaire sont manifestement nécessaires à la bonne exécution du contrat de consignation, cette activité peut aussi relever de l'activité spécifique à la profession.³²

- 91 Les compétences professionnelles de l'avocat ou du notaire peuvent être nécessaires dans le cadre d'une activité de consignataire si des connaissances juridiques approfondies sont nécessaires. Tel peut notamment être le cas pour la restitution de valeurs patrimoniales sur le fondement d'un jugement étranger, quand le consignataire doit examiner si ce jugement peut être reconnu et s'il est exécutoire. Une autre situation envisageable est notamment l'examen de conditions de restitution et de paiement complexes dans le cadre de l'exécution d'un contrat de vente (p. ex. pour savoir si une réclamation pour défauts a été soulevée dans les délais et de manière suffisamment motivée ou si les prétentions sont prescrites).³³

2.8. Trafic des paiements lors de constitutions de sociétés

- 92 La constitution par l'avocat ou le notaire n'est pas soumise à la LBA si ses services se bornent p. ex. au conseil, à l'élaboration des contrats ou à l'exécution de la constitution, sans qu'il intervienne dans le trafic des paiements nécessaire. Si toutefois, en vertu de son mandat de constitution, l'avocat ou le notaire garde des actions au porteur ou des actions nominatives endossées en blanc avec qualité de titres, ceci constitue une activité d'intermédiaire financier.³⁴
- 93 Le versement du capital initial sur le compte de consignation du capital n'est pas soumis à la LBA; le notaire peut ouvrir ce compte comme compte R. Cela ne se heurte pas au constat notarial lors de la constitution que le capital initial a été déposé auprès d'une banque.³⁵

³² Circulaire FINMA 2011/1, N 121.

³³ ROLF KUHN, Der Anwalt als Escrow Agent - Unterstellung unter das GwG?, dans: Anwaltsrevue 5/2009, p. 233 s.

³⁴ Circulaire FINMA 2011/1, N 122.

³⁵ Il convient de noter que dès que l'argent du compte de consignation du capital est transféré sur un compte courant au nom de la société, la banque doit effectuer le processus d'identification conformément à la CDB. La société ne peut pas disposer de cet argent avant la fin de cette procédure. Si le compte de consignation du capital est ouvert en tant que compte A auprès du notaire ou directement au nom de la société à constituer, les éclaircissements internes de la banque sont effectués au préalable et l'argent est effectivement à disposition après la constitution.

2.9. Cession de créances

94 Si un avocat ou un notaire intervient, en dehors de son activité habituelle, comme mandataire ou organe dans une société de domicile dans la cession d'une créance à laquelle a droit un tiers (p. ex. créance liée à un prêt), il dispose de valeurs patrimoniales de tiers et exerce donc une activité soumise à la LBA.

2.10. Mandats officiels

95 En règle générale, les mandats officiels suivants ne sont pas soumis à la LBA: les mandats de tutelle, les mandats liés au mandat pour cause d'inaptitude, l'administration de successions et la liquidation de successions d'office. En règle générale, les exécuteurs testamentaires ne sont pas non plus soumis à la LBA.

96 Toutefois, dans la mesure où l'administration de la succession non partagée est effectuée sur la base d'un accord de droit privé avec les héritiers, elle doit être considérée comme une activité d'intermédiaire financier et est donc soumise à la LBA.³⁶

2.11. Activité en relation avec un achat d'immeuble

97 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'intermédiaire financier soumise à la LBA. Cette prestation du notaire est en effet étroitement liée à son activité professionnelle spécifique.

98 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'intermédiaire financier soumise à la LBA, car cette prestation est liée à l'activité professionnelle spécifique des notaires.

99 Sont réputés spécifiques à la profession les paiements à des tiers qui sont nécessaires à la bonne exécution du transfert de propriété immobilière.³⁷

³⁶ Voir aussi N 106 s.

³⁷ Circulaire FINMA 2011/1, N 123.

2.12. Gestion immobilière

- 100 L'administration d'immeubles implique notamment l'encaissement de loyers ainsi que de prestations complémentaires, telles que les charges accessoires ou les prestations d'assurance 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, dans le cadre de la gestion immobilière habituelle, n'est pas un intermédiaire financier au sens de la LBA.
- 101 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.³⁸
- 102 Le paiement des intérêts et des amortissements relatifs aux capitaux étrangers, en particulier ceux relatifs aux crédits garantis par hypothèque, ou le 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. ne constitue pas une activité d'intermédiaire financier. Le paiement des impôts, d'autres types de taxes et de primes d'assurance relatives à l'immeuble, le paiement de l'achat de produits de chauffage et d'énergie, le paiement des charges d'entretien courantes et le paiement de modifications et de travaux touchant à l'immeuble n'entraînent pas non plus l'assujettissement à la LBA. Le versement des salaires en rémunération des prestations périodiques ou permanentes (concierge, jardinier, etc.), y compris le paiement des prestations sociales aux institutions correspondantes, la restitution des soldes éventuels au propriétaire de l'immeuble et les paiements similaires ne constituent pas non plus des activités d'intermédiaire financier.³⁹
- 103 En dehors de l'activité d'administration précitée, l'acceptation et le transfert de fonds sont soumis à la LBA. Cette pratique s'applique également et selon les mêmes critères à l'administration de propriétés par étage.⁴⁰

³⁸ Circulaire FINMA 2011/1, N 125.

³⁹ Circulaire FINMA 2011/1, N 126.

⁴⁰ Circulaire FINMA 2011/1, N 127.

2.13. Négoce immobilier

104 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 activité d'intermédiaire financier 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 est payé par celui-ci, il s'agit d'un recouvrement de créance qui n'est pas soumis à la LBA.⁴¹

2.14. Partages successoraux

105 Les partages successoraux sont considérés comme une activité spécifique à la profession, y compris quand des valeurs patrimoniales sont réalisées. Cela signifie qu'ils tombent dans le domaine de protection de l'art. 321 CP et ne sont donc pas soumis à la LBA, à la condition que la réalisation ait lieu au préalable et dans le but de procéder au partage.

106 La FINMA estime que l'activité d'investissement pour une communauté d'héritiers maintenue est une activité accessoire soumise à la LBA.⁴²

107 L'OAR FSA/FSN estime que si l'activité d'investissement est effectuée dans le cadre de la procédure de partage – qui peut prendre plusieurs années –, on est en présence d'une activité couverte par le secret professionnel et, par conséquent, non soumise à la LBA.

3. Champ d'application territorial

108 Le champ d'application territorial n'est pas expressément réglé dans la LBA. L'art. 2 al. 1 OBA dispose que l'OBA s'applique aux intermédiaires financiers et aux négociants qui exercent leur activité en Suisse ou depuis la Suisse. Il n'est pas expliqué ce que cela signifie concrètement. Par conséquent, l'article est interprété par référence à la loi sur les banques (LB), la loi sur les bourses (LBVM) et la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF).

109 Cela signifie que tous les intermédiaires financiers ayant leur siège (siège commercial ou domicile) en Suisse sont concernés par la LBA, même si toutes les prestations sont fournies à l'étranger. Les intermédiaires financiers ayant leur siège à l'étranger qui emploient des collaborateurs en Suisse sont également concernés, à condition que ces derniers effectuent des opérations à titre professionnel pour les intermédiaires financiers en Suisse ou à partir de la Suisse, aient la faculté de les lier juridiquement pour de telles opéra-

⁴¹ Circulaire FINMA 2011/1, N 129.

⁴² Circulaire FINMA 2011/1, N 116; voir aussi N 96

tions ou les aident à effectuer des opérations d'intermédiaire financier (dans ce dernier cas, il doit s'agir de l'exécution d'une part importante de l'activité d'intermédiaire financier).⁴³ L'enregistrement au registre du commerce n'est pas (plus) exigé.⁴⁴

- 110 Les intermédiaires financiers ayant leur siège à l'étranger ne sont pas concernés s'ils fournissent des services transfrontaliers ou n'ont recours que temporairement à des collaborateurs basés à l'étranger pour mener des négociations ou conclure des transactions en Suisse.⁴⁵

III OBLIGATIONS LIEES A L'ASSUJETTISSEMENT A LA LBA

1. Obligations permanentes

1.1. Identification du cocontractant

- 111 Conformément à l'art. 3 al. 1 LBA, lors de l'établissement de relations d'affaires, l'intermédiaire financier doit vérifier l'identité du cocontractant sur la base d'une pièce justificative (voir N 113). Lorsque le cocontractant est une personne morale, l'intermédiaire financier doit prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant et vérifier l'identité des personnes établissant la relation d'affaires au nom de la personne morale.

- 112 Conformément à l'art. 3 al. 2 LBA, l'intermédiaire qui effectue une opération de caisse n'est tenu de vérifier l'identité du cocontractant que si une transaction ou plusieurs transactions paraissant liées entre elles atteignent une somme importante. Conformément à l'art. 22 al. 1 du règlement de l'OAR FSA/FSN (ci-après «règlement OAR»; <http://www.sro-sav-snv.ch/fr/bases-legales/reglementation-oar>), le seuil se situe à CHF 25'000. Pour le change, il se situe à CHF 5'000. Lorsqu'il existe des indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, l'identité du cocontractant doit être vérifiée même si les sommes déterminantes ne sont pas atteintes (art. 3 al. 4 LBA).

⁴³ Rapport explicatif de la FINMA sur la révision partielle de la circulaire FINMA 2011/1 du 11 juillet 2016 (ci-après rapport explicatif de la FINMA), ch. 2.4.

⁴⁴ Département fédéral des finances DFF, rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) – mise en œuvre des recommandations du GAFI, du 9 juillet 2015.

⁴⁵ Rapport explicatif de la FINMA, ch. 2.5.1.

113 Pour les personnes physiques, l'identification doit être effectuée par un document d'identité officiel, en vigueur et contenant une photographie. Pour les personnes morales, plusieurs étapes sont nécessaires. Tout d'abord, il convient de se procurer un extrait du registre du commerce d'une source fiable. Ensuite, il faut vérifier l'identité des personnes qui établissent la relation d'affaires. Finalement, il convient de prendre connaissance des règles en matière d'habilitations. Des copies des documents d'identification doivent être conservées par l'intermédiaire financier.

1.2. Détermination de l'ayant droit économique et du détenteur du contrôle

114 L'intermédiaire financier est tenu non seulement d'identifier le cocontractant, conformément à l'art. 4 al. 1 LBA, il doit également identifier l'ayant droit économique avec la diligence requise par les circonstances. Si le cocontractant est une société cotée en bourse ou une filiale détenue majoritairement par une telle société, l'intermédiaire financier peut renoncer à l'identification de l'ayant droit économique.

115 S'il n'est pas clair si le cocontractant est identique à l'ayant droit économique, l'intermédiaire financier doit entreprendre des démarches. Il en va de même si le cocontractant est une société de domicile ou une personne morale opérationnelle et si des opérations de caisse d'une valeur de CHF 25'000 ou plus ou un change à partir de CHF 5'000 sont effectués.

116 De manière générale, l'intermédiaire financier est tenu de surveiller les transactions inhabituelles.

117 Il doit alors obtenir une déclaration écrite du cocontractant identifiant l'ayant droit économique. Pour les personnes physiques, il faut indiquer le nom, le prénom, la date de naissance, l'adresse du domicile et la nationalité. Pour les personnes morales et les sociétés de personnes, il faut indiquer la raison sociale, l'adresse et le siège.

118 Conformément à l'art. 30 al. 2 du règlement OAR, il y a notamment doute sur le point de savoir si le cocontractant est lui-même l'ayant droit économique:

- lorsqu'un tiers agit par procuration et qu'il n'a pas, de manière reconnaissable, de liens suffisamment étroits avec le cocontractant;
- lorsque la situation financière du cocontractant est connue de l'intermédiaire financier et que les valeurs patrimoniales apportées sont, de façon reconnaissable, hors de proportion avec la situation financière de cette personne; ou
- lorsque, dans le cadre de ses relations d'affaires avec le cocontractant, l'intermédiaire financier est amené à faire d'autres constatations insolites.

- 119 Des règles particulières s'appliquent aux trusts, aux intermédiaires financiers en tant que cocontractants, aux formes de placement collectif et aux sociétés de participation (voir art. 33 – 35 du règlement OAR). Les formulaires préimprimés A, K, T ou S des banques doivent être utilisés dans ces cas.
- 120 Les modifications de la législation en matière de blanchiment d'argent, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2016, ont introduit le nouveau concept de «détenteur du contrôle» dans l'OBA-FINMA, à côté du concept d'ayant droit économique.
- 121 Le détenteur du contrôle doit être identifié lorsque le cocontractant de l'intermédiaire financier est une personne morale ou une société de personnes opérationnelle non cotée en bourse. Par contre, l'ayant droit économique doit être identifié lorsque le cocontractant est une société de domicile ou une personne physique. Le détenteur du contrôle ou l'ayant droit économique est toujours une ou plusieurs personnes physiques ou une société opérationnelle cotée en bourse.
- 122 La définition du détenteur du contrôle de l'art. 2 let. f OBA-FINMA (art. 2 lit. g du règlement OAR) est applicable. D'après cette disposition, les détenteurs du contrôle sont les personnes physiques qui contrôlent une personne morale exerçant une activité opérationnelle ou une société de personnes, en détenant directement ou indirectement, seules ou de concert avec des tiers, une participation d'au moins 25 % du capital ou des voix, ou d'une autre manière, et qui sont considérées comme les ayants droit économiques de ces sociétés exerçant une activité opérationnelle qu'elles contrôlent ou, à défaut, qui sont considérées comme le membre le plus haut placé de l'organe de direction.
- 123 Les informations requises sont les mêmes que pour l'ayant droit économique (voir ci-dessus N 117). Le formulaire préimprimé K des banques doit être utilisé. Par conséquent, l'intermédiaire financier doit requérir du cocontractant une déclaration écrite indiquant qui est le détenteur du contrôle (art. 36 du règlement OAR).
- 124 Si les détenteurs du contrôle sont des actionnaires nominatifs, l'intermédiaire financier peut se référer au registre des actions de la ou des sociétés et en sauvegarder une copie dans le dossier LBA, si leurs noms, domiciles, etc. y sont indiqués et donc connus.
- 125 Si des détenteurs d'actions au porteur dominant la ou les sociétés-mères, les nouveaux art. 697i à art. 697m CO et les obligations d'annoncer et les listes qui y sont mentionnées sont applicables. Depuis le 1^{er} janvier 2016, la société (ou, le cas échéant, un intermédiaire financier désigné par elle conformément aux statuts; voir art. 697k CO) est tenue en vertu de l'art. 697l CO de tenir une liste des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit écono-

miques annoncés à la société. L'intermédiaire financier peut alors joindre une copie de cette liste au dossier LBA, par analogie au registre des actions.

126 Lors d'opérations de caisse portant sur une somme supérieure à CHF 25'000 et d'opérations de change portant sur une somme supérieure à CHF 5'000, l'intermédiaire financier doit également procéder à l'identification du détenteur du contrôle. Le détenteur du contrôle doit toujours être identifié en cas de transmission de fonds et de valeurs (art. 36 al. 2 et 3 du règlement).

1.3. Profil client

127 Conformément à l'art. 52 du règlement OAR, l'intermédiaire financier doit connaître son cocontractant, l'ayant droit économique et, cas échéant, le détenteur du contrôle de manière à être en mesure de déceler si une transaction ou une relation d'affaires est inhabituelle.

128 Une telle connaissance implique notamment l'établissement au début de la relation d'affaires d'un profil pertinent du client qui doit être mis à jour régulièrement. Seul un profil à jour et complet permet à l'intermédiaire financier d'évaluer la relation d'affaires et les transactions et d'en tirer les conséquences nécessaires, notamment sur l'étendue des éclaircissements particuliers et pour savoir si une communication doit être effectuée.

129 Conformément à l'art. 52 al. 2 du règlement OAR, le profil du client contient en général les données suivantes au sujet du cocontractant et de l'ayant droit économique, le cas échéant du détenteur du contrôle:

- activité professionnelle ou commerciale;
- situation familiale, c'est-à-dire état civil, nom, date de naissance, adresse des enfants et du conjoint ou partenaire;
- circonstances dans lesquelles la relation d'affaires a été établie, de même que son type et son but;
- informations au sujet d'autres personnes physiques ou morales éventuellement impliquées;
- données au sujet des fondés de procuration et preuve de leurs pouvoirs avec le mode de signature;
- montants et devises des valeurs patrimoniales concernées;
- provenance des valeurs patrimoniales concernées;
- données relative à l'évolution prévue de ces valeurs patrimoniales;
- aperçu de la fortune et des revenus, y compris des attentes;

- origine de la fortune du cocontractant et de l'ayant droit économique et, le cas échéant, du détenteur du contrôle;
- relations bancaires dans le cadre de la relation d'affaires;
- appartenance de la relation d'affaires à une catégorie à risque (faible / élevé, sur le fondement du règlement interne) au sens des art. 41 et 42 du règlement OAR.

130 Le profil client doit être mis à jour régulièrement. Des modèles sont disponibles sur le site web de l'OAR FSA/FSN: <http://www.sro-sav-snv.ch/fr/component/phocadownload/category/43-documentation-type>.

1.4. Renouvellement de la vérification de l'identité

131 Si, au cours de la relation d'affaires, des doutes surviennent quant à l'identité du cocontractant, quant à l'ayant droit économique ou au détenteur du contrôle, l'identification doit être répétée conformément aux articles 3 et 4 LBA (art. 5 LBA; art. 38 du règlement OAR).

1.5. Rupture des relations d'affaires

132 Conformément à l'art. 39 du règlement OAR, les membres de l'OAR FSA/FSN sont tenus de rompre la relation d'affaires dans certains cas, à savoir lorsque:

- subsistent des doutes relatifs aux indications données par le cocontractant alors même que la procédure visée à l'art. 40 du règlement OAR a été suivie;
- survient un soupçon que les indications données étaient sciemment erronées.

133 Les relations d'affaires ne peuvent pas être rompues lorsque les conditions de l'obligation de communication au sens de l'art. 9 LBA sont remplies, lorsque des mesures de sûreté d'une autorité sont imminentes ou lorsque l'intermédiaire financier a recours au droit de communiquer selon l'art. 305^{ter} al. 2 CP.

1.6. Éclaircissement concernant la relation contractuelle et l'arrière-plan d'une transaction

134 Conformément à l'art. 6 al. 1 LBA, l'intermédiaire financier est tenu d'identifier l'objet et le but de la relation d'affaires souhaitée par le cocontractant. Cette obligation est une obligation de diligence particulière de l'intermédiaire finan-

cier. L'étendue des informations à collecter, le niveau hiérarchique compétent pour décider de l'ouverture ou de la poursuite d'une relation d'affaires ainsi que la fréquence des contrôles sont fonction du risque que représente le cocontractant.

135 Conformément à l'art. 6 al. 2 LBA, l'intermédiaire financier doit clarifier l'arrière-plan et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires lorsque:

- la transaction ou la relation d'affaires paraissent inhabituelles, sauf si leur légalité est manifeste;
- des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis}, ch. 1^{bis}, CP, qu'une organisation criminelle (art. 260^{ter}, ch. 1, CP) exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs ou que celles-ci servent au financement du terrorisme (art. 260^{quinquies}, al. 1, CP);
- la transaction ou la relation d'affaires comportent un risque accru;
- les données concernant un cocontractant, un ayant droit économique, un détenteur du contrôle ou un signataire autorisé d'une relation d'affaires ou d'une transaction concordent avec celles qui ont été transmises à l'intermédiaire financier par la FINMA en vertu de l'art. 22a, al. 2 LBA, par l'OAR FSA/FSN (ou un autre organisme d'autoréglementation) en vertu de l'art. 22a, al. 2, let. c LBA, ou par la Commission fédérale des maisons de jeu en vertu de l'art. 22a, al. 3 LBA, ou présentent de grandes similitudes.

136 Conformément à l'art. 6 al. 3 LBA, les relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées à l'étranger, ainsi qu'avec les personnes qui leur sont proches au sens de l'art. 2a al. 2 LBA, sont réputées comporter dans tous les cas un risque accru. Conformément à l'art. 6 al. 4 LBA, les relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées en Suisse ou avec des personnes politiquement exposées au sein d'organisations internationales, ainsi qu'avec les personnes qui leur sont proches au sens de l'art. 2a, al. 2 LBA, sont réputées comporter un risque accru en relation avec un ou plusieurs autres critères de risque.

137 Conformément à l'art. 40 al. 1 du règlement OAR, lors de l'acceptation du mandat, l'intermédiaire financier doit classer la relation d'affaires et fixer un seuil pour les transactions – de manière individuelle et concrète pour chaque relation d'affaires. La classification doit être revue périodiquement. Ce procédé est appelé «triage des relations contractuelles».

138 Si une relation d'affaires ou une transaction paraît inhabituelle et qu'il existe des indices de blanchiment d'argent, d'implication d'une organisation criminelle ou de financement du terrorisme, les intermédiaires financiers affiliés à

l'OAR FSA/FSN sont tenus d'effectuer des éclaircissements particuliers et de prendre d'autres mesures nécessaires (art. 40 al. 1 du règlement OAR). Ils sont tenus de tirer au clair (de nouveau) l'arrière-plan économique et le but de la relation d'affaires ou de la transaction en cause. La même chose est applicable à l'intermédiaire financier qui a été informé par un autre intermédiaire financier au sens de l'art. 10a LBA qu'il a effectué une communication au sens de l'art. 9 LBA ou l'art. 305^{ter} al. 2 CP.

1.7. Obligations organisationnelles

1.7.1 Règles de base

139 Chaque intermédiaire financier est tenu d'organiser son activité de manière adaptée à l'importance et au degré de risque de son activité. Il doit notamment veiller à la formation et à la formation continue des personnes qui effectuent une activité soumise à la LBA. Il doit également veiller à l'existence d'un contrôle interne approprié et doit adopter des règles internes pour concrétiser les obligations en matière de LBA, ainsi que des règles relatives à l'organisation interne et à la répartition des tâches, et pour fixer les procédures y relatives.⁴⁶

140 Les obligations les plus importantes sont présentées ci-après:

1.7.2 Règlements internes de l'intermédiaire financier

141 Chaque intermédiaire financier est tenu d'établir un règlement interne écrit pour reconnaître les relations d'affaires présentant un risque accru et les transactions présentant un risque accru (art. 54 al. 1 et 5 du règlement OAR). De plus, il peut être exigé – notamment quand plus de 10 personnes exercent une activité soumise à la LBA – de consigner les compétences et les déroulements par écrit (art. 54 al. 2 à 5 du règlement OAR).

142 Conformément à l'art. 41 al. 1 du règlement OAR, l'intermédiaire financier est tenu d'identifier de manière appropriée les relations d'affaires présentant un risque accru. L'art. 41 al. 2 du règlement OAR définit les critères qui peuvent être utiles pour le triage des relations contractuelles. Conformément à l'art. 54 al. 1 du règlement OAR, chaque membre passif de l'OAR est tenu de définir dans un règlement quand une relation d'affaires présente un risque accru et comment les transactions présentant un risque accru sont reconnues.

143 Critères liés aux personnes: les personnes politiquement exposées sont toujours considérées comme présentant un risque accru (voir N 136). Le siège ou le domicile du cocontractant, de l'ayant droit économique ou du détenteur

⁴⁶ Art. 53 ss du règlement OAR.

du contrôle, ou la nationalité peuvent être un indice d'un risque accru. Il faut en outre tenir compte du type et du lieu de l'activité commerciale du cocontractant ou de l'ayant droit économique. L'absence de contact personnel avec le cocontractant ou l'ayant droit économique est également significative. D'autres critères sont le type des produits ou services sollicités, le montant des valeurs patrimoniales apportées ou le montant des valeurs patrimoniales qui entrent et sortent, ainsi que le pays d'origine et de destination de paiements fréquents.

144 Critères liés aux actes: des divergences considérables par rapport aux volumes et aux fréquences de transaction habituels dans des relations d'affaires comparables sont un indice d'un risque accru. Il en va de même si ces valeurs varient fortement au sein d'une même relation d'affaires. Il faut également surveiller le montant des valeurs patrimoniales qui entrent et qui sortent.

145 Sont considérées, dans tous les cas, comme des transactions présentant un risque accru au sens de l'art. 42 al. 3 du règlement OAR:

- les transactions dans le cadre desquelles des valeurs patrimoniales visées à l'art. 2 lit. a) (opérations de caisse) du règlement OAR d'une valeur supérieure à CHF 100'000 ou à l'équivalent en monnaie étrangère sont déposées ou retirées physiquement en une fois ou de manière échelonnée et
- les transactions dans le cadre desquelles une ou plusieurs transmissions de fonds et de valeurs, au sens de l'art. 2 lit. a et b du règlement, apparemment liées entre elles atteignent ou dépassent la somme de CHF 5'000 ou l'équivalent en monnaie étrangère.

146 Conformément à l'art. 43 du règlement OAR, chaque intermédiaire financier doit mettre en place une surveillance des transactions pour reconnaître les transactions qui présentent un risque accru au sens de l'art. 42 du règlement OAR.

147 En cas de relation d'affaires ou de transaction présentant un risque accru, l'intermédiaire financier tire immédiatement au clair leur arrière-plan économique et leur but (art. 44 al. 1 du règlement OAR). Conformément à l'art. 44 al. 2 du règlement OAR, il y a lieu de tirer au clair notamment:

- le type et le but de la relation d'affaires ou de la transaction,
- l'origine des valeurs patrimoniales remises,
- l'arrière-plan économique de la provenance des versements perçus,

- l'origine de la fortune du cocontractant et, le cas échéant, de celle de l'ayant droit économique ou du détenteur du contrôle, le membre le plus haut placé de l'organe de direction ne devant pas être compris ici,
- l'activité professionnelle ou commerciale du cocontractant et de l'ayant droit économique ou du détenteur du contrôle, le membre le plus haut placé de l'organe de direction ne devant pas être compris ici,
- la situation financière du cocontractant et celle de l'ayant droit économique,
- pour les personnes morales, les sociétés de personnes ou les collectivités de personnes: qui en détient le contrôle,
- pour les transferts de fonds et de valeurs: le nom, le prénom et l'adresse de la personne destinataire des fonds ou des valeurs.

1.8. Obligation de documentation

148 Conformément à l'art. 7 al. 1 LBA, l'intermédiaire financier doit établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la LBA de manière à ce que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la LBA.

149 Conformément à l'art. 7 al. 2 LBA, il conserve les documents de manière à pouvoir satisfaire, dans un délai raisonnable, aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités de poursuite pénale.

150 Conformément à l'art. 7 al. 3 LBA, il conserve les documents dix ans après la cessation de la relation d'affaires ou après la fin de la transaction.

151 La documentation minimale est fixée dans l'art. 51 du règlement OAR.

1.9. Obligation de saisie des relations d'affaires et des transactions commerciales

152 En ce qui concerne les obligations, il convient de mentionner en premier lieu l'obligation pour les intermédiaires financiers de tenir une liste des relations commerciales pertinentes en matière de LBA, qui découle de l'obligation de documentation. Les documents et les justificatifs doivent être établis et conservés en Suisse, de sorte que l'intermédiaire financier puisse satisfaire aux demandes d'information et de séquestre des autorités de poursuite pénale. En font partie les noms et prénoms du cocontractant, de l'ayant droit économique, du détenteur du contrôle et de toutes les personnes soumises à un droit de directive ou détenant des procurations. La nationalité et le pays du domicile sont également des informations utiles. Pour les relations d'affaires

terminées, la date et le motif de la fin doivent être indiqués. La liste doit indiquer combien de mandats se sont ajoutés pendant la période examinée et combien ont été supprimés.

153 L'intermédiaire financier doit présenter cette liste au chargé du contrôle lors de chaque contrôle LBA. Il convient de noter que les justificatifs bancaires doivent également être disponibles lors d'une révision.

154 Vous trouvez un modèle de table des matières pour un dossier LBA individuel sous «documentation-type» sur le site web de l'OAR.

1.10. Obligation de formation et de formation continue

155 L'intermédiaire financier doit veiller à ce que toutes les personnes qui exercent une activité soumise à la LBA effectuent une formation de base. Ensuite, une séance de formation continue doit être fréquentée tous les deux ans. Les détails figurent à l'art. 55 ss du règlement OAR. Par ailleurs, il peut être renvoyé au site web de l'OAR: <http://www.sro-sav-snv.ch/fr/formation-et-formation-continue/obligation-de-formation/67-ausbildungspflicht-merkblatt/166-obligation-de-formation-notice>

1.11. Clause concernant les valeurs patrimoniales de faible valeur

156 Conformément à l'art. 7a LBA, l'intermédiaire financier n'est pas tenu de respecter les obligations de diligence (art. 3 – 7 LBA) si la relation d'affaires porte uniquement sur des valeurs patrimoniales de faible valeur et qu'il n'y a pas d'indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme. Cette disposition d'exception est mentionnée ici au préalable.

157 Les art. 3 – 7 LBA définissent les obligations suivantes:

- l'obligation d'identification et de renouvellement de la vérification de l'identité du cocontractant et de l'ayant droit économique;
- des obligations de diligence particulières en fonction du risque que représente le cocontractant; et
- l'obligation d'établir et de conserver des documents.

158 La FINMA définit le concept de faible valeur. Elle a fixé les critères additionnels suivants, mais sans seuil clair:

- il ne doit pas y avoir de soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme; et
- il y a une relation d'affaires durable.

2. Obligations en cas de soupçon de blanchiment d'argent

2.1. Obligation de communiquer

159 Conformément à l'art. 9 al. 1 let. a LBA, l'intermédiaire financier informe immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent au sens de l'art. 23 LBA s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires:

- ont un rapport avec une des infractions mentionnées aux art. 260^{ter}, ch. 1 (organisation criminelle) ou 305^{bis} (blanchiment d'argent) CP;
- proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis}, ch. 1^{bis}, CP;
- sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle, ou
- servent au financement du terrorisme (art. 260^{quinquies}, al. 1 CP).

160 Une communication doit être faite dès qu'il est clair que l'activité de l'avocat ou du notaire n'est pas couverte par le secret professionnel et est donc soumise à la LBA.

161 Conformément à l'art. 9 al. 1 let. b LBA, cela s'applique si l'intermédiaire financier rompt des négociations visant à établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés conformément à l'art. 9 al. 1 let. a LBA.

162 Si l'intermédiaire financier ne peut pas encore évaluer si une communication est nécessaire, il doit obtenir des informations additionnelles. En effet, s'il omet de faire une communication, parce qu'il en sait encore trop peu, il risque une amende de CHF 500'000.

163 Conformément à l'art. 9 al. 1 let. c LBA, il est également tenu de faire une communication s'il sait ou présume, sur la base des clarifications effectuées en vertu de l'art. 6, al. 2, let. d LBA, que les données concernant une personne ou une organisation transmises par la FINMA, par la Commission fédérale des maisons de jeu ou par un organisme d'autorégulation concordent avec celles concernant un cocontractant, un ayant droit économique, un détenteur du contrôle ou un signataire autorisé d'une relation d'affaires ou d'une transaction.

164 Par conséquent, la communication en vertu de l'art. 9 LBA est obligatoire et doit être effectuée immédiatement. Elle ne concerne que les relations d'affaires.

2.2. Complément d'information: Droit de communication

165 Si les communications ne sont pas faites sur le fondement de l'art. 9 LBA, il est également possible de les fonder sur l'art. 305^{ter} al. 2 CP (droit de communication).

166 Conformément à l'art. 305^{ter} al. 1 CP, celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni. Conformément à l'art. 305^{ter} al. 2 CP, les personnes visées à l'al. 1 ont le droit de communiquer au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent de l'Office fédéral de la police les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis}, ch. 1^{bis} CP. Ce droit de communication est ouvert aux avocats et aux notaires uniquement en dehors du secret professionnel, c'est-à-dire dans le domaine accessoire. Ce droit de communication est facultatif, il n'est lié à aucun délai et existe aussi sans relation d'affaires.

2.3. Points communs du droit de communication et de l'obligation de communiquer

167 La communication doit être effectuée sur un formulaire du bureau de communication. Le nom de l'intermédiaire financier doit apparaître dans la communication. En revanche, le nom des employés de l'intermédiaire financier chargés du dossier peut ne pas être mentionné, pour autant que le bureau de communication et l'autorité de poursuite pénale gardent la possibilité de prendre rapidement contact avec eux (art. 9 al. 1^{ter} LBA). Après la communication, il est interdit à l'intermédiaire financier de rompre la relation avec le client.

168 Pendant l'analyse effectuée par le bureau de communication conformément à l'art. 23 al. 2 LBA, l'intermédiaire financier exécute les mandats du client qui concernent des valeurs patrimoniales communiquées conformément à l'art. 9 al. 1 let. a LBA ou l'art. 305^{ter} al. 2 CP.

2.4. Blocage des avoirs

169 Conformément à l'art. 10 al. 1 LBA, l'intermédiaire financier bloque les valeurs patrimoniales qui lui sont confiées et qui ont un lien avec les informations communiquées en vertu de l'art. 9, al. 1, let. a LBA ou de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP dès que le bureau de communication lui notifie qu'il a transmis ces informations à une autorité de poursuite pénale. Si la communication est effectuée en vertu de l'art. 9 al. 1 let. c LBA, l'intermédiaire financier bloque im-

médiatement les valeurs patrimoniales et n'attend pas de réponse du bureau de communication (art. 10 al. 1^{bis} LBA).⁴⁷

170 Conformément à l'art. 10 al. 2 LBA, le blocage des avoirs peut être maintenu au maximum pendant cinq jours. Le délai de cinq jours commence à courir à partir du moment où le bureau de communication notifie à l'intermédiaire financier la transmission dans le cas de l'art. 10 al. 1 LBA ou, dans le cas de l'art. 10 al. 1^{bis} LBA, à partir du moment où l'intermédiaire financier a informé le bureau de communication. Si l'intermédiaire financier reçoit plus tôt une décision de l'autorité de poursuite pénale dans laquelle l'autorité notifie la levée du blocage, le blocage des avoirs peut déjà être levé à ce moment.

2.5. Obligation de secret / interdiction d'informer

171 Conformément à l'art. 10a al. 1 LBA, il est interdit à l'intermédiaire financier d'informer les personnes concernées ou les tiers du fait qu'il a effectué une communication en vertu de l'art. 9 LBA ou de l'art. 305^{ter} al. 2 CP. L'OAR FSA/FSN n'est notamment pas considérée comme un tiers si l'avocat ou le notaire concerné est affilié. La même chose vaut aussi pour la FINMA, s'il lui est directement soumis. Lorsque l'intermédiaire financier n'est pas en mesure de procéder lui-même au blocage, il peut informer l'intermédiaire financier soumis à la LBA qui est en mesure de le faire (art. 10a al. 2 LBA).

172 L'intermédiaire financier peut également informer un autre intermédiaire financier soumis à la LBA du fait qu'il a effectué une communication en vertu de l'art. 9 LBA, si cela est nécessaire au respect des obligations découlant de la LBA et que les deux intermédiaires financiers remplissent l'une des conditions suivantes:

- fournir à un client des services communs en relation avec la gestion des avoirs de celui-ci sur la base d'une collaboration convenue contractuellement; ou
- faire partie du même groupe de sociétés.

173 Un intermédiaire financier qui a été informé au sens de l'art. 10a al. 2 ou 3 LBA est également soumis à l'interdiction d'informer prévue à l'al. 1. Il est également tenu d'effectuer des éclaircissements particuliers (voir N 138).

174 Conformément à l'art. 10a al. 6 LBA, l'intermédiaire financier n'est pas soumis à l'interdiction d'informer au sens des al. 1 et 5 lorsqu'il s'agit de sauve-

⁴⁷ Aucun blocage n'est effectué en cas de communication en vertu de l'art. 9 al. 1 let. b LBA; dans ce cas, l'intermédiaire financier ne peut pas (encore) disposer des valeurs patrimoniales du client.

garder ses propres intérêts dans le cadre d'une procédure civile, pénale ou administrative.

2.6. Exclusion de responsabilité

175 Conformément à l'art. 11 al. 1 LBA, quiconque, de bonne foi, communique des informations en vertu de l'art. 9 LBA ou procède à un blocage des avoirs en vertu de l'art. 10 LBA ne peut être poursuivi pour violation du secret de fonction, du secret professionnel ou du secret d'affaires, ni être rendu responsable de violation de contrat. L'art. 11 LBA n'est toutefois applicable que dans le domaine accessoire! Cela signifie a contrario que toute violation du secret professionnel en vertu de l'art. 321 CP par des avocats ou des notaires est punissable et qu'il n'existe pas d'exclusion de responsabilité. Le libellé de l'art. 11 al. 1 LBA induit en erreur à cet égard.

IV COMPLEMENT D'INFORMATION: ART. 305^{BIS}/305^{TER} CP ET FINANCEMENT DU TERRORISME

1. Introduction

176 Indépendamment de la LBA, toute personne est soumise au code pénal. Les art. 305^{bis}, 305^{ter} et 260^{quinquies} CP seront brièvement expliqués ici. Ces dispositions sont importantes, parce qu'une condamnation peut entraîner la perte de l'autorisation d'exercice de la profession.⁴⁸ De plus, un intermédiaire financier qui viole la loi risque une procédure de liquidation à son encontre par la FINMA.⁴⁹

2. Art. 305^{bis} CP – Blanchiment d'argent

177 Conformément à l'art. 305^{bis} CP, celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, sera puni.

178 L'infraction dont résulte un profit (p. ex. un vol à main armée) – c'est-à-dire l'infraction dite initiale – n'est pas punie dans le cadre du blanchiment d'argent. L'art. 305^{bis} CP punit au contraire celui qui rend plus difficile de trouver, de récupérer ou de déterminer l'origine du «butin».

⁴⁸ ZBJV 144, 2008, p. 180.

⁴⁹ ATF 129 II 438.

179 À côté des infractions généralement connues, prévues par le CP, les infractions initiales additionnelles suivantes peuvent être envisagées:

- Art. 155 ch. 2 CP: falsification de marchandises à titre de métier;
- Art. 62 al. 2 LPM: usage frauduleux d'une marque;
- Art. 67 al. 2 LDA: piraterie de produits;
- Art. 116 al. 3 LEtr: traite des êtres humains;
- Art. 14 al. 4 DPA: contrebande en bande;
- Art. 14 al. 4 DPA: fraude fiscale qualifiée;
- Art. 142 et 154 al. 1 et 2 LIMF: délit d'initié;
- Art. 143 et 155 LIMF: manipulation des marchés.

180 D'autres infractions initiales potentielles ont été rassemblées par Martin Kiliass dans un catalogue détaillé qui peut être consulté sur <http://www.polyreg.ch/d/informationen/vortaten.html#IH001>.

181 Les infractions visées par l'art. 186 LIFD et l'art. 59 al. 1, premier tiret LHID sont considérées comme délits fiscaux qualifiés quand les impôts non payés s'élèvent à plus de CHF 300'000 par période fiscale.

182 Pour les avocats et les notaires, il est important dans le quotidien professionnel qu'ils ne se rendent pas coupables de blanchiment d'argent par dol éventuel, c'est-à-dire en le tolérant. Il est fondamental de connaître les infractions initiales du blanchiment d'argent et de clarifier au cas par cas d'où proviennent les valeurs patrimoniales.

3. Art. 305^{ter} CP – Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et de droit de communication

183 Conformément à l'art. 305^{ter} CP, celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni.

184 La prescription de ce délit ne commence à courir que quand l'identification est effectuée ou quand la relation d'affaires est rompue pour absence d'identification.⁵⁰

185 Si une personne est lésée, parce qu'un tiers (c'est-à-dire notamment l'avocat ou le notaire) a violé l'art. 305^{ter} CP intentionnellement ou par dol éventuel, cette violation constitue un acte illicite qui engage la responsabilité du tiers conformément à l'art. 41 CO.⁵¹ En revanche, la violation de la LBA n'est pas un fondement de responsabilité pour l'art. 41 CO.⁵²

186 Sur le droit de communication voir N 165 ss.

4. Art. 260^{quinquies} CP – financement du terrorisme

187 Conformément à l'art. 260^{quinquies} al 1. CP, celui qui, dans le dessein de financer un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, réunit ou met à disposition des fonds, sera puni. Conformément à l'art. 260^{quinquies} al. 2 CP, l'intention éventuelle n'est pas suffisante pour être punissable. Il ressort déjà de l'al. 1 que le dessein et donc l'intention directe est nécessaire.

188 L'acte n'est pas considéré comme financement du terrorisme lorsqu'il vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un Etat de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci (al. 3). Il est difficile pour les personnes impliquées d'apprécier si une telle exception est donnée dans le cas d'espèce. L'al. 4 complique l'article davantage. D'après cet alinéa, l'art. 260^{quinquies} al. 1 CP ne s'applique pas si le financement est destiné à soutenir des actes qui ne sont pas en contradiction avec les règles du droit international applicable en cas de conflit armé.

189 La difficulté dans le quotidien réside dans la reconnaissance du financement du terrorisme. La prévoyance et, dans ce cadre, le réseautage et les ressources temps sont des conditions préalables qui doivent être réunies. Cela pourrait entraîner à l'avenir un déplacement vers de plus petits intermédiaires financiers, moins bien organisés. Il peut aussi s'agir des avocats et des notaires.

⁵⁰ ATF 134 IV 307.

⁵¹ ATF 133 III 323 = Pra 2008, n° 7, p. 50.

⁵² ATF 4A.21/2008 du 13.6.2008.

190 Plusieurs ordonnances suisses concernent le financement du terrorisme, notamment en relation avec les Talibans, Al-Qaïda et l'Irak. Elles règlent généralement le blocage de fonds et les interdictions de transferts d'argent à des organisations déterminées. L'ONU publie également des listes de noms. Les États membres sont tenus d'imposer des sanctions à ces personnes et ces groupements.

191 Il est recommandé à l'avocat ou au notaire actif en tant qu'intermédiaire financier d'utiliser l'offre d'abonnement gratuit de la FINMA pour être informé régulièrement des listes des sanctions actuelles (<https://www.finma.ch/fr/myfinma/>).

V OAR FSA/FSN

1. Organisme d'autorégulation au sens de la LBA

192 Les avocats et les notaires agissant en qualité d'intermédiaires financiers doivent s'affilier à un organisme d'autorégulation (art. 14 al. 3 LBA). Ils ne peuvent donc pas se soumettre directement à la FINMA. Une personne admise comme membre de l'organisme d'autorégulation est autorisée par la loi à travailler comme intermédiaire financier et ne requiert pas d'autorisations additionnelles, sauf l'admission par l'OAR.

193 Toute personne qui travaille intentionnellement comme intermédiaire financier sans autorisation par l'OAR peut être punie d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à 3 ans ou d'une amende, conformément à l'art. 44 al. 1 LFINMA. Celui qui agit par négligence est puni d'une amende pouvant aller jusqu'à CHF 250'000.

194 L'OAR FSA/FSN est reconnue par la FINMA. Conformément à l'art. 18 al. 3 LBA, les organismes d'autorégulation doivent faire effectuer les contrôles auprès des avocats et des notaires membres par des avocats et des notaires afin de respecter le secret professionnel.

195 L'OAR FSA/FSN est une association ayant son siège à Berne, qui est soumise aux dispositions de la LBA et à l'art. 60 ss CC. L'objet de l'association est de former un organisme d'autorégulation fédéral ouvert aux avocats et aux notaires au sens de la LBA.

196 L'OAR FSA/FSN assume vis-à-vis des intermédiaires financiers qui lui sont affiliés les obligations légales dans le domaine du blanchiment d'argent. Dans l'intérêt des intermédiaires financiers affiliés, elle peut former des recours contre des décisions les concernant.

2. Conditions d'admission

- 197 L'OAR fait une distinction entre les membres actifs et les membres passifs.
- 198 Conformément à l'art. 3 al. 1 des statuts, la Fédération suisse des avocats et la Fédération suisse des notaires sont les membres actifs de l'OAR FSA/FSN (voir: <http://www.sro-sav-snv.ch/fr/bases-legales/reglementation-oar>).
- 199 Les membres passifs sont les intermédiaires financiers affiliés à l'OAR FSA/FSN.
- 200 L'affiliation est effectuée comme suit: Conformément à l'art. 4 al. 1 des statuts, les personnes physiques et les personnes morales de même que les sociétés de personnes peuvent être membres passifs. Elles doivent offrir la garantie d'une gestion irréprochable et exercer leur activité principalement en Suisse. Les membres passifs doivent être eux-mêmes avocats ou notaires ou associés d'une société de personnes ou d'une société qui fournit des services d'avocat ou de notaire. L'OAR FSA/FSN vise explicitement les avocats et les notaires et non d'autres professions. Il n'est toutefois pas nécessaire que le membre passif soit inscrit au registre des avocats ou au registre des notaires.
- 201 Les formulaires d'affiliation sont disponibles sur le site web www.sro-sav-snv.ch. Les documents additionnels mentionnés sur le site web doivent être transmis avec le formulaire d'affiliation. L'activité en tant qu'intermédiaire financier ne peut être entamée qu'après que l'intermédiaire financier a reçu une confirmation écrite de l'affiliation de la part de l'OAR FSA/FSN.

3. Obligations en tant que membre passif

- 202 En plus des obligations de la LBA, les membres sont soumis aux statuts, au règlement, à l'ordonnance de procédure et au règlement du tribunal arbitral de l'OAR FSA/FSN (voir: <http://www.sro-sav-snv.ch/fr/bases-legales/reglementation-oar>). La réglementation de l'OAR FSA/FSN précise et concrétise les règles de la LBA.
- 203 En plus des obligations susmentionnées des intermédiaires financiers, les membres de l'OAR FSA/FSN sont notamment soumis aux obligations additionnelles suivantes:
- Conformément à l'art. 42 al. 2 des statuts, chaque intermédiaire financier doit suivre un cours de formation de base d'un jour puis des cours périodiques de formation continue.

- L'art. 15 du règlement OAR oblige les intermédiaires financiers à rédiger un rapport annuel sur l'année civile écoulée et à l'adresser à l'OAR au plus tard le 15 février de chaque année.
- Conformément aux art. 17 et 18 du règlement OAR, l'intermédiaire financier est tenu de se soumettre au contrôle LBA de l'OAR FSA/FSN, qui est effectué selon un rythme de 1, 2 ou 3 ans.

204 Les personnes annoncées sont les personnes physiques qui exercent une activité soumise à la LBA pour un membre passif (voir art. 5 des statuts).

4. Organisation

205 À côté de l'assemblée générale, du conseil et des réviseurs, l'OAR FSA/FSN dispose de deux organes additionnels, à savoir d'une part les contrôleurs et d'autre part la commission permanente de discipline.

206 En cas de violation des statuts et du règlement par les membres passifs, le règlement de procédure prévoit des procédures disciplinaires au sein de l'OAR FSA/FSN. Dans le cadre de ces procédures, les contrôleurs et chargés d'enquête peuvent intervenir et des décisions sont prises par la commission permanente de discipline.

207 En outre, après la clôture de la procédure interne, il existe la possibilité d'entamer une procédure devant un tribunal arbitral. Le règlement du tribunal arbitral est déterminant pour cette procédure (voir: <http://www.sro-sav-snv.ch/fr/bases-legales/reglementation-oar>).

5. Communication avec l'OAR

208 L'OAR FSA/FSN est joignable par téléphone pendant les heures de bureau.

209 Le secrétariat général répond aux questions des membres liées à l'activité d'intermédiaire financier. La correspondance écrite peut être menée par courrier ou e-mail. Veuillez noter que pour ce dernier, la confidentialité n'est pas garantie. En outre, pour toute la correspondance menée hors d'une procédure conformément au règlement de procédure ou au règlement du tribunal arbitral, le membre doit respecter l'anonymat de la relation d'affaires soumise à la LBA.

6. Site web et modèles

210 L'adresse du site web de l'OAR FSA/FSN est www.sro-sav-snv.ch. Le site web contient de nombreuses informations utiles, notamment sur l'affiliation à l'OAR FSA/FSN, sur les tâches d'un intermédiaire financier, ainsi que sur la

formation et la formation continue et les contrôles. Le site web contient également une ample documentation-type, notamment une table des matières du dossier de l'IF, des profils clients, des instructions concernant la tenue du dossier, des documents concernant l'identification du cocontractant, de l'ayant droit économique ou du détenteur du contrôle, un journal des transactions et un modèle pour les directives internes LBA.

211 Finalement, le site web contient aussi diverses bases légales, telles que les lois fédérales et les ordonnances pertinentes, les statuts ou le règlement de l'OAR FSA/FSN ou la jurisprudence de l'OAR FSA/FSN.

VI DOCUMENTS ADDITIONNELS

1. Publications de la FINMA

212 Les publications suivantes de la FINMA sont pertinentes:

- Bulletin spécial FINMA 1/2011, bulletin spécial sur la loi sur le blanchiment d'argent (LBA), qui contient partiellement la circulaire FINMA 2011/1, activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA.
- Circulaire FINMA 2011/1, activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA, ébauche de la version partiellement révisée du 11 juillet 2016.
- Rapport explicatif de la FINMA sur la révision partielle de la circulaire FINMA 2011/1, activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA, du 11 juillet 2016.

2. Autres publications

213 Les publications suivantes, qui contiennent de nombreuses références (voir aussi les notes de bas de page dans le texte) permettent d'approfondir le sujet:

- Département fédéral des finances DFF, Pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent relative à l'art. 2, al. 3, LBA, Champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent dans le secteur non bancaire, du 29 octobre 2008.
- Département fédéral des finances DFF, rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) – mise en œuvre des recommandations du GAFI, du 9 juillet 2015.

- MARIO GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Zur Anwendbarkeit des Geldwäschereitätbestandes (Art. 305^{bis} StGB) und des Geldwäschereigesetzes (GwG) auf Rechtsanwälte, dissertation, Zurich 2005.
- CHRISTOPH K. GRABER / DOMINIK OBERHOLZER, Das neue GwG, 3^e édition, Zurich, 2009.

3. Décisions

214 Une série de décisions sont pertinentes, notamment celles qui suivent:

- ATF 134 IV 307
- ATF 4A.21/2008 du 13.6.2008.
- ATF 133 III 323
- ATF 132 II 103
- ATF 129 II 438
- ATF 114 IV 213
- ATF 112 Ib 606
- ATF 108 II 393