FAQ de l'OAR FSA/FSN

État: 1er janvier 2016

Les présentes FAQ visent à traiter certains des thèmes les plus fréquents qui donnent régulièrement matière à discussion. Elles se basent sur les dispositions légales, statutaires et les dispositions contenues dans les ordonnances concernées, ainsi que sur le Règlement OAR FSA/FSN (ci-après « Règl. OAR ») y compris les modifications entrées en vigueur au 01.01.2016.

Cependant seul le texte officiel fait foi. Lorsque la forme masculine est utilisée dans le texte qui suit elle inclut bien évidemment automatiquement le féminin.

QUESTION 1

Dans mon étude d'avocats – je suis affilié individuellement à l'OAR et unique intermédiaire financier – seule une secrétaire/assistante dispose de la signature individuelle sur les comptes bancaires des cinq dossiers d'intermédiation financière. Peut-elle ou doit-elle s'affilier à l'OAR FSA/FSN en tant qu'intermédiaire financier?

Réponse

Non. L'affiliation individuelle d'une personne physique n'est ouverte qu'aux avocats et notaires (art. 4 al. 3 des Statuts de l'OAR FSA/FSN). L'assistante n'étant ni avocate ni notaire elle ne peut pas être affiliée à l'OAR FSA/FSN.

L'OAR connaît toutefois le statut de « personne annoncée » (art. 5 des Statuts de l'OAR FSA/FSN).

Une personne annoncée est une personne physique qui exerce une activité soumise à la LBA pour un membre passif. Comme la secrétaire/assistante dispose d'un pouvoir de signature (peu importe qu'il s'agisse de la signature individuelle ou d'une signature collective), l'affilié (son chef) doit l'annoncer à l'OAR FSA/FSN. L'OAR inscrit la secrétaire/assistante en tant que personne annoncée.

QUESTION 2

Quelles contributions devons-nous verser à l'OAR FSA/FSN pour notre affiliation collective ? Je gère une étude d'avocats avec deux associés. Un avocat collaborateur ainsi qu'une secrétaire/assistante travaillent également chez nous. Pour l'instant, deux des trois partenaires traitent des mandats d'intermédiation financière. Le troisième associé et le confrère au statut d'employé n'exercent aucune activité soumise à la LBA. Mon assistante de longue date dispose présentement avec moi de la signature collective à deux sur les comptes bancaires des 40 dossiers LBA, et disposera éventuellement de la signature individuelle par la suite. Les deux avocats indépendants agissant en tant qu'intermédiaires financiers sont affiliés à l'OAR dans le cadre d'une affiliation collective. L'assistante, quant à elle, est déclarée à l'OAR à titre de « personne annoncée ».

Réponse

L'article 10 des Statuts de l'OAR FSA/FSN fixe les contributions qui doivent être acquittées. Il est à ce titre distingué entre la cotisation de base (al. 2 - 4), la contribution liée aux contrôles (al. 7) et la taxe de surveillance (al. 8). L'étude d'avocats concernée se verra facturée les montants suivants:

1. Une cotisation annuelle de base d'un montant de CHF 800.– pour chacun des deux IF affiliés collectivement (dans le cas d'espèce les associés agissant en tant qu'intermédiaires financiers) ainsi qu'une cotisation de base pour la secrétaire/assistante qui dispose d'un pouvoir de signature, c'est-à-dire CHF 2'400.– par année.

2. La contribution liée aux contrôles pour le contrôle périodique ordinaire. Elle est composée du montant fixe de CHF 1'000.– et des frais pour l'activité du contrôleur sur le site, c.-à-d. dans l'étude de l'intermédiaire financier. Le temps consacré au contrôle dans l'étude de l'intermédiaire financier (frais relatifs à la durée du contrôle) est facturé CHF 300.– de l'heure.
3. La taxe de surveillance est une taxe qui est facturée annuellement à l'OAR respectif par la FINMA, puis refacturée par l'OAR FSA/FSN à l'IF qui lui est affilié. En 2016, au vu des frais plus élevés de la FINMA, cette taxe s'élève pour la première fois à CHF 220.–.

La contribution liée aux contrôles sur le site pour une durée supposée du contrôle de 3½ heures correspond au décompte présenté dans l'aperçu suivant:

Cotisation de base pour 2 IF	CHF	1'600.--
Cotisation de base pour l'assistante (personne annoncée)	CHF	800.--
Taxe de surveillance pour 2 IF	CHF	440.--
Taxe de surveillance pour l'assistante	CHF	220.--
Contrôle: montant fixe	CHF	1'000.--
Frais relatifs à la durée du contrôle (durée supposée du contrôle de 3½ heures)	CHF	1'050.--
Totale	CHF	5110.--

La cotisation de base et la contribution liée aux contrôles sont soumises à la TVA (la taxe de surveillance n'est pas soumise à la TVA).

Les frais liés aux mises en demeure des intermédiaires financiers en défaut de paiement leur seront facturés.

QUESTION 3

Je suis seul avocat en mon étude et je traite encore 3 mandats d'intermédiation financière pour des clients que je connais déjà depuis plusieurs décennies. Je n'accepte plus de nouveaux mandats d'intermédiation financière. Suis-je tout de même obligé d'émettre des directives internes ?

Réponse

Oui, dans tous les cas.

L'art. 54 al. 1 du Règlement OAR FSA/FSN prévoit qu'indépendamment de la taille de l'étude ou du nombre d'avocats/notaires qui exercent une activité d'intermédiation financière, les critères permettant d'identifier quand une transaction paraît présenter un risque accru et quand une relation d'affaire doit être considérée comme présentant un risque accru doivent dans tous les cas être définis concrètement par écrit.

En résumé par conséquent toutes les études sans exception sont tenues de définir des critères tant pour les relations d'affaires que pour les transactions présentant un risque accru.

Ces critères doivent être déterminés le plus concrètement possible en fonction de la structure, des domaines d'activité, de la présence géographique et des autres particularités de l'étude en question. Une simple reprise des articles de la loi ou du Règlement OAR (en particulier des articles 41 et 42) ne suffit pas.

QUESTION 4

Comment puis-je déterminer de manière générale si mon activité est celle d'un avocat/notaire non soumise à la LBA ou si elle est soumise en tant qu'activité dite accessoire ?

Réponse

L'art. 2 al. 3 LBA est déterminant, selon lequel sont réputés

« intermédiaires financiers les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers [...] ».

L'art. 9 al. 2 LBA prévoit que :

« les avocats, les notaires ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer leurs soupçons dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel en vertu de l'art. 321 du Code pénal. »

La distinction doit être effectuée de la manière suivante :

Soit un avocat/notaire traite un mandat dans et sur la base de sa fonction d'avocat/de notaire, et il n'est alors pas soumis à la LBA. Soit il est actif en dehors de sa fonction professionnelle typique et caractéristique, et son activité pourrait aussi bien être exercée par une banque, un gérant de fortune ou une fiduciaire. Dans ce genre d'activités, le know-how spécifique de l'avocat n'est souvent pas déterminant et l'avocat/le notaire est un intermédiaire financier et par conséquent soumis à la LBA. Cf. Message relatif à la LBA, FF 1996 III 1101, 1131 et ss. ainsi que la jurisprudence qui y est citée.

Il en résulte qu'un avocat/notaire actif dans un contexte relevant de l'art. 2 al. 3 LBA sans que cette activité ne soit intrinsèquement liée à un mandat relevant de son activité typique d'avocat/notaire, ne peut se prévaloir de l'art. 321 du Code pénal.

Cette distinction n'est pas toujours aisée à opérer. Pour ces raisons, les avocats/notaires souhaitant être actifs en tant qu'intermédiaires financiers ne peuvent pas se soumettre directement à la FINMA mais doivent s'affilier à un organisme d'autorégulation, plus à même qu'une entité étatique à opérer cette distinction (art.14 al. 3 LBA).

La règle existant précédemment selon laquelle l'avocat/notaire pouvait utiliser le formulaire R dans le cadre de son activité soumise au secret professionnel et le formulaire A dans le cadre de son activité d'intermédiation financière ne peut plus être appliquée sans réserve. L'accord FATCA a restreint l'application du formulaire R dans la mesure où celui-ci ne recouvre plus l'ensemble du domaine du secret professionnel.

Si le formulaire R ne peut plus être appliqué, l'avocat/notaire devrait, dans le cadre de son activité traditionnelle d'avocat, être libéré du secret professionnel par le client (cf aussi les indications sur FATCA et le formulaire R se trouvant sur la homepage de la FSA : www.sav-fsa.ch).

Comme jusqu'à présent l'avocat actif en tant qu'intermédiaire financier continue toutefois d'utiliser non pas le formulaire R mais le formulaire A (ayant droit économique), le formulaire K (détenteur du contrôle), le formulaire S (fondation) et le formulaire T (trust) pour les relations bancaires dans le cadre de ses mandats IF.

QUESTION 5

Quand un intermédiaire financier agit-il « à titre professionnel » ?

Réponse

L'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF) en vigueur précédemment est remplacée au début 2016 par l'Ordonnance sur le blanchiment d'argent¹ (OBA).

Ce texte délimite la notion d'exercice à titre professionnel et définit le moment à partir duquel une affiliation à un OAR est nécessaire.

De manière générale, un intermédiaire financier exerce son activité à titre professionnel (cf la dite « disposition bagatelle » de l'art. 7 OBA) et est soumis à un devoir d'assujettissement lorsque alternativement :

- le produit brut réalisé par le biais de l'activité d'intermédiaire financier durant une année civile est de plus de CHF 50'000.– (jusqu'au 31 décembre 2015 : CHF 20'000.–);
- l'intermédiaire financier établit des relations d'affaire 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 ;
- une personne a un pouvoir de disposition d'une durée illimitée sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dont le montant dépasse CHF 5'000'000.– à un moment donné, ou,
- une personne effectue des transactions dont le volume total dépasse CHF 2'000'000.– durant une année civile. 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 des transactions.

Une activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel et donc assujettie exercée pour des personnes proches n'est prise en considération que si le produit brut réalisé durant une année civile est supérieur à CHF 50'000.–.

La définition des personnes proches est contenue à l'art. 7 al. 5 OBA :

- les parents et alliés en ligne directe,
- les parents en ligne collatérale jusqu'au 3^{ème} degré,
- les personnes avec lesquelles l'intermédiaire financier a contracté un mariage ou un partenariat enregistré (même si il y a eu ultérieurement divorce ou dissolution judiciaire),
- les cohéritiers jusqu'à la clôture du partage successoral,
- les appelés ou les substituts du légataire au sens de l'art. 488 du Code civil,
- les personnes qui vivent avec un intermédiaire financier dans une communauté de vie établie sur le long terme.

Par ailleurs, le produit réalisé par le biais de l'activité d'intermédiaire financier pour une ou plusieurs personnes proches n'est pas pris en compte pour déterminer le nombre de cocontractants ou le volume total des transactions.

QUESTION 6

Quelles activités typiques d'un avocat/notaire liées à des actes de disposition sur des valeurs patrimoniales (acceptation, dépôt, placement ou transfert) ne constituent pas des activités soumises à la LBA ?

Réponse

Seules les transactions relatives à des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers qui sont en relation avec un mandat ressortant de l'activité normale de d'avocat/du notaire et par conséquent sont soumises au secret professionnel ne tombent pas sous le coup de la LBA.

¹ <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20152238/index.html>

La circulaire FINMA 2011/1² « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA » du 20 octobre 2010, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 offre un aperçu détaillé de la pratique relative à l'OIF, respectivement la nouvelle OBA. Selon la FINMA, la circulaire FINMA 2011/1 reste en vigueur jusqu'à ce qu'elle soit remplacée par une nouvelle circulaire.

Vous trouverez également d'autres circulaires concernant la pratique en matière de surveillances sur le site de la FINMA³.

En résumé, ceci signifie que la LBA est inapplicable seulement si le transfert de valeurs patrimoniales a essentiellement et effectivement lieu dans le cadre d'un mandat litigieux ou non traité par l'avocat/le notaire (procédures judiciaires, procédures arbitrales, affaires successorales, conseils en matière matrimoniale, mandant relevant du droit des sociétés etc.).

L'avocat/le notaire sera bien avisé de documenter les transactions de manière à ce qu'il puisse être démontré et documenté s'il s'agit d'activités classiques d'avocat/de notaire ou d'activités d'IF. Le lien avec une activité d'avocat/de notaire prépondérante et reconnaissable comme telle doit dans tous les cas pouvoir être retracé et doit également faire l'objet d'une note au dossier. L'article 305^{bis} du Code pénal (blanchiment d'argent), avec l'important élargissement au délit fiscal qualifié en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016, s'applique aussi dans le cadre de l'activité professionnelle spécifique de l'avocat/du notaire. Pour davantage de détails, voir la réponse à la question 9.

Exemples :

- L'exécuteur testamentaire

Lorsqu'un avocat/notaire œuvre en tant qu'exécuteur testamentaire au sens des articles 517 et ss. du Code civil, il n'agit pas en tant qu'intermédiaire financier lorsqu'il effectue dans cette fonction des transactions avec des avoirs patrimoniaux.

Il peut arriver que lorsqu'un rapport de confiance étroit naît entre l'avocat/le notaire et les héritiers, ces derniers – individuellement ou collectivement – expriment leurs vœux que l'avocat/le notaire conserve des valeurs patrimoniales dans son coffre ou gère un compte bancaire sur la base d'une procuration alors même que le partage successoral a déjà été finalisé. Dans un tel cas, l'avocat/le notaire n'est plus actif en tant qu'exécuteur testamentaire, mais en tant que personne de confiance et exerce une activité qu'une banque ou une fiduciaire pourrait également exercer, étant donné qu'un know-how spécifique d'avocat/de notaire n'est plus nécessaire et que la gestion des valeurs patrimoniales en question n'est plus en rapport avec une activité juridique y relative. Les transactions sur les valeurs patrimoniales à partir de la date de la finalisation du partage successoral doivent être considérées comme une activité d'intermédiation financière soumise à la LBA.

L'activité de l'exécuteur testamentaire doit donc être comprise telle qu'elle est définie dans le Code civil : l'exécuteur testamentaire est soumis à la surveillance de l'autorité cantonale compétente qui peut à certaines conditions le destituer (ATF 90 II 376).

- Trustee

Un avocat/notaire actif en tant que trustee est un intermédiaire financier au sens de la LBA (voir aussi la note marginale 106 de la Circulaire FINMA 2011/1).

- Le consignataire (escrow agent)

Pour ce qui est du consignataire, il a longtemps été débattu si ses activités étaient soumises à la LBA ou non. Les avis de la FINMA et de l'OAR FSA/FSN étaient parfois divergents à ce sujet. Comme la FINMA le confirme à présent également (cf. note marginale 119 ss. Circulaire FINMA 2011/1), il convient de procéder à une délimitation pour l'activité de consignataire selon les critères suivants : Lorsqu'un savoir-faire juridique est nécessaire pour le développement de l'Escrow Agreement et la conservation de valeurs patrimoniales pour les deux parties contractuelles, l'activité de l'avocats/notaire n'est pas soumise à la LBA.

² <https://www.finma.ch/fr/documentation/circulaires/>

³ <https://www.finma.ch/fr/documentation/circulaires/>

Ceci est par exemple le cas lorsque l'avocat se met à disposition non seulement pour l'ouverture et la gestion d'un compte séquestre, mais aussi que sur mandat des parties, il prépare par exemple également le contrat de séquestre et met ainsi à disposition son savoir professionnel d'avocat/de notaire. Inversement – s'il intervient uniquement dans le cadre d'un accord de séquestre standardisé – il agit en tant qu'intermédiaire financier et son activité est soumise à la LBA au même titre que si une banque ou une fiduciaire intervenait.

- Notaire agissant dans le cadre d'opérations au registre foncier.

La FINMA a également clarifié cette situation à la note marginale 123 de la Circulaire FINMA 2011/1 en précisant que le transfert du prix d'achat lors d'une vente immobilière par le biais du compte des avoirs de la clientèle du notaire authentifiant l'acte de vente n'est pas une activité d'intermédiation financière soumise, étant donné que cette activité est en lien étroit avec son activité professionnelle typique (authentification de l'acte de vente). D'autres activités de notaire non soumises (et soumises) sont énoncées à d'autres endroits de la Circulaire FINMA 2011/1.

QUESTION 7

Est-ce que la conservation de papiers-valeurs ou d'autres valeurs mobilières sur mandat d'un client constitue dans tous les cas une activité d'intermédiation financière au sens de la LBA ?

Réponse

Non, pas obligatoirement.

En principe, toute conservation ou gestion de valeurs mobilières est une activité d'intermédiation financière (art. 2 al. 3 lettre g LBA en liaison avec l'art. 6 al. 1 lit. a et c OBA). Pour ce qui est de la définition des valeurs mobilières, il y a lieu de se référer à la Circulaire FINMA 2011/1 (cf. N. 97). La définition selon la Loi sur les bourses est déterminante.

Par ailleurs, l'OAR FSA/FSN est d'avis que toutes les valeurs patrimoniales qui comportent un risque de blanchiment d'argent accru en raison de leur liquidité, c'est-à-dire l'argent liquide, les métaux précieux et les titres au porteur, sont également incluses dans l'art. 2 al. 3 LBA. Les titres nominatifs ou à ordre ne sont en revanche pas inclus, car ils ne sont pas aisément négociables et leur conservation ne présente pas par conséquent un risque accru de blanchiment d'argent.

L'OAR FSA/FSN est consciente du fait que cet avis diverge de la position officielle de la FINMA en ce qui concerne la conservation de titres au porteur qui ne se voient pas attribués la qualité de valeurs mobilières. Alors que dans «le commentaire sur les cas d'assujettissement» de l'année 2003 de l'ancien organe de contrôle il était exposé à la page 33 alinéa 2.10, en faisant explicitement référence au message relatif à la LBA, que la conservation de valeurs patrimoniales qui présentent un risque accru de blanchiment d'argent en raison de leur liquidité relève d'une activité d'intermédiation financière, cet avis n'a manifestement pas été repris par la FINMA (circulaire FINMA 2011/1, p. 17, N. 97⁴). Cela, bien que ni l'art. 2 al. 3 LBA, ni les autres dispositions en la matière qui ont trait à cette problématique n'aient été modifiés entretemps. Pour ces raisons l'OAR FSA/FSN est d'avis que la position officielle de la FINMA n'est pas convaincante.

Il y a dès lors lieu d'examiner dans un premier temps la question (plus simple) de savoir si les valeurs conservées sont des valeurs mobilières au sens de la Loi sur les bourses ou de l'argent liquide, des métaux précieux ou des titres au porteur. Ce n'est qu'ensuite qu'il y a lieu d'analyser si la conservation se fait dans le cadre d'une activité professionnelle typique. Sur la base de ces deux principes, il convient de déterminer cas par cas si la conservation de valeurs mobilières est une activité d'intermédiation financière de l'avocat/du notaire soumise à la LBA.

Le fait qu'un avocat/notaire conserve des actions d'une société qu'il a constituée et dont il est le conseiller juridique peut être encore considéré comme entrant dans le cadre de son activité professionnelle typique.

⁴ <https://www.finma.ch/fr/documentation/circulaires/>

En revanche, de l'avis de l'OAR FSA/FSN, un avocat/notaire qui conserve des actions au porteur (mais pas des actions nominatives) qui n'ont aucun lien avec l'activité juridique déployée agit en tant qu'intermédiaire financier. Ceci est par exemple le cas lorsqu'il conserve des actions au porteur d'une société uniquement parce que le client préfère les lui confier plutôt qu'à sa banque.

L'avocat/le notaire doit ainsi prévoir selon circonstances des mesures lui donnant un contrôle sur le pouvoir de disposition relatif à ces titres. Ceci est nécessaire en raison de la qualité irréprochable de ses services juridiques et surtout afin d'éviter que des actions au porteur changent de mains sans que l'avocat/le notaire ne le sache. Il ne serait pas concevable qu'un avocat/notaire s'abstienne de prendre les mesures préventives adéquates.

Il est renvoyé ici aux nouvelles dispositions du droit des obligations⁵ (cf art. 697 k et art. 697 l al.4 CO), notamment la possibilité pour une société d'avoir recours à un intermédiaire financier pour tenir la liste des détenteurs d'actions (à la place de le faire elle-même).

QUESTION 8

Quand est ce que l'activité d'un avocat/notaire au conseil d'administration d'une société doit-elle être qualifiée d'intermédiation financière ?

Réponse

La réponse est à trouver à l'art. 6 al. 1 lit. d en comparaison avec l'art. 6 al. 2 OBA.

Lorsque la société en question dispose de ses propres bureaux et employés et est active dans le domaine industriel, commercial ou des services, les membres du conseil d'administration ne doivent pas être considérés comme des intermédiaires financiers. Une telle société est opérationnelle. Le cas échéant, la société elle-même doit être considérée comme intermédiaire financier au sens de la LBA, si elle exerce une activité couverte par la LBA.

Le fait qu'un avocat/notaire siège au conseil d'administration d'une banque reconnue par la FINMA n'entraîne pas son assujettissement à la LBA. Cependant, la banque en tant que personne morale est manifestement un intermédiaire financier soumis à la LBA.

En revanche, les membres du conseil d'administration d'une société dite de domicile sont des intermédiaires financiers au sens de la LBA (sauf si cette société est une société de domicile holding, dont les filiales ne sont pas elles-mêmes des sociétés de domicile, cf. N 108 Circulaire FINMA 2011/1). Voir également pour l'ensemble N 100 à 109 Circulaire FINMA 2011/1.

QUESTION 9

Peut-on conclure qu'un avocat/notaire n'a pas à répondre d'éventuelles sanctions en application de l'art. 305^{bis} du code pénal (blanchiment d'argent) dans le cadre d'une activité financière directement liée à un mandat juridique et ne tombant par conséquent pas sous le coup de la LBA ?

Réponse

La réponse est clairement non.

Contrairement à l'art. 305^{ter} CP (défaut de vigilance en matière d'opération financière et droit de communication), l'art. 305^{bis} (blanchiment d'argent) est applicable à un cercle plus large de personnes. Il n'est pas limité aux intermédiaires financiers au sens de l'art. 305^{ter} CP ou de la LBA.

⁵ <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html#a697k>

Comme tout autre citoyen, un avocat/ notaire – qu'il soit actif ou non en tant qu'intermédiaire financier – encourt une sanction pénale basée sur l'art. 305^{bis} CP si les éléments constitutifs du blanchiment d'argent sont remplis.

Ce qui est capital ici c'est que l'art. 305^{bis} CP a été étendu au délit fiscal qualifié.

QUESTION 10

Est-ce que le « cocontractant » au sens de la LBA est le « client » tel qu'on l'entend usuellement dans la profession d'avocat ou de notaire ?

Réponse

Non, pas obligatoirement.

Selon la doctrine dominante, ce sont les principes du droit privé qui déterminent qui doit être qualifié de cocontractant. Il s'agit dans les contrats bilatéraux de la partie qui entre dans une relation contractuelle financière avec l'intermédiaire financier (cf. également la définition selon l'art. 2 lit. e du Règlement OAR FSA/FSN). Lors d'actes juridiques unilatéraux, il y a également lieu d'identifier le tiers qui fournit une sûreté au profit du client, tel que la caution ou le garant.

Il est dès lors tout à fait possible que dans certaines constellations, l'avocat/le notaire ait deux cocontractants, comme le montre le présent exemple :

Monsieur X est un client de l'avocat/du notaire depuis de nombreuses années. Il l'a chargé de constituer une société de domicile pour son compte et de prendre en mains les affaires juridiques de cette société. Par ailleurs, il doit accomplir les formalités pour l'ouverture d'un compte bancaire pour la société et avoir le pouvoir de signature sur le compte bancaire. Le cas échéant, il devrait pouvoir siéger au conseil d'administration de la société et être disposé à recevoir la correspondance bancaire.

La constitution de la société, le conseil et l'accompagnement juridique, l'accomplissement des formalités pour l'ouverture du compte et la réception de la correspondance bancaire ne sont pas de l'intermédiation financière au sens de la LBA.

Tombent cependant sous le coup de la LBA l'acceptation du pouvoir de signature sur le compte bancaire ainsi que le pouvoir de disposition relatif aux avoirs confiés, ainsi que l'activité d'administrateur de la société de domicile.

L'avocat/le notaire doit dès lors décider en accord avec Monsieur X si ce dernier est son cocontractant sous l'angle de la LBA ou s'il s'agit de la société de domicile constituée selon ses instructions, voire les deux. Dans la doctrine, la relation entre l'administrateur et la société est considérée comme étant similaire au mandat.

Le seul fait que les honoraires et dépenses des avocats/notaires sont le cas échéant payées par la société de domicile ne signifie pas encore que celle-ci est son cocontractant. Monsieur X peut sans autre être le cocontractant de l'avocat/du notaire et faire en sorte que ses honoraires et dépenses soient payées par la société de domicile dont il est l'unique actionnaire.

- Si Monsieur X est le cocontractant, il doit être identifié selon les dispositions de la LBA et de l'OAR. La déclaration relative à l'ayant-droit économique n'a cependant à être obtenue obligatoirement que s'il y a des doutes que les avoirs déposés auprès de la banque sont bien la propriété « économique » de Monsieur X.
- Si ce n'est pas Monsieur X mais sa société qui est le cocontractant, il y a lieu non seulement de constater l'identité de la société selon les normes applicables, mais également d'obtenir de ses organes une déclaration écrite relative à l'identité de l'ayant-droit économique dont il résulte que Monsieur X est bien l'unique ayant-droit économique de la société.

Dès lors, il y a lieu dans tous les cas de respecter les normes relatives à l'identification de l'ayant-droit économique lorsque le cocontractant est une société de domicile, mais tel n'est pas le cas lorsque le cocontractant est une personne physique qui est également actionnaire et propriétaire de la société de domicile.

Les personnes affiliées à l'OAR FSA/FSN peuvent, en présence d'une société de domicile, décider librement selon les circonstances si le cocontractant doit être la personne physique ou la société de domicile. Les membres doivent cependant procéder de manière uniforme, c'est-à-dire d'identifier le cocontractant de la même manière dans des cas similaires.

Il y a dans ces cas lieu de tenir compte des différentes modalités relatives aux règles de vérification de l'identité du cocontractant et de l'identification de l'ayant-droit économique.

QUESTION 11

Quels sont les documents qui doivent être conservés (en original ou en copie) lorsque l'activité d'intermédiation financière pour un client est abandonnée et reprise par un tiers ?

Réponse

Il y a lieu de rappeler l'art. 7 LBA (obligation d'établir et de conserver des documents) qui stipule :

« 1. L'intermédiaire financier doit établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la présente loi de manière à ce que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaire ainsi que sur le respect des dispositions de la présente loi.

2. Il conserve les documents de manière à pouvoir satisfaire, dans un délai raisonnable, aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestres présentées par les autorités de poursuites pénales.

3. Ils conserve les documents dix ans après la cessation de la relation d'affaire ou après la fin de la transaction. »

Lorsque le mandat d'intermédiation financière est terminé et n'est pas repris par un tiers, tous les documents se trouvant dans le dossier en question doivent être conservés. Cependant, les originaux remis par le mandant doivent lui être restitués sur la base de l'art. 400 CO (reddition de compte) et de la législation cantonale applicable en matière de profession d'avocat. Des copies de ces documents doivent toutefois être conservées dans le dossier archivé.

La situation est différente si le mandat d'intermédiation financière est repris par un tiers. Celui-ci souhaite bien entendu prendre connaissance de l'intégralité du dossier et en prélever des copies ainsi qu'être informé du déroulement de la relation d'affaire.

La copie d'un dossier volumineux peut cependant constituer une tâche herculéenne que l'on ne saurait exiger. Par conséquent, un avocat/notaire actif en tant qu'intermédiaire financier peut, lors d'un transfert de dossier se contenter de conserver les documents suivants (cf art. 51 Règl. ; documentation minimale) :

- les documents ayant permis l'identification du cocontractant (par exemple photocopie du passeport, confirmation officielle de la fondation liechtensteinoise),
- déclaration écrite du cocontractant quant à l'identité de l'ayant-droit économique (pour autant qu'une telle déclaration existe) et cas échéant du détenteur du contrôle ;
- « profil du client » incluant la documentation relative au déroulement de la relation d'affaire;
- documentation relative au résultat d'éventuelles clarifications ;
- documentation relative aux transactions effectuées ;
- éventuelles annonces au bureau de communication (art. 9 al. 1 LBA) ;
- liste des dossiers (chaque mandat) ;
- au minimum les relevés bancaires trimestriels (lorsque des avoirs étaient déposés auprès d'une banque).

Il y a lieu de préciser que l'avocat/le notaire reprenant doit procéder à nouveau personnellement à la procédure de vérification de l'identité du cocontractant et d'identification de l'ayant droit économique et cas échéant du détenteur du contrôle, ainsi qu'à l'établissement du profil client. Il ne peut pas simplement se

référer aux informations déjà recueillies et documents déjà prélevés, respectivement il ne peut déléguer ces tâches à un tiers qu'en se conformant aux art. 46 à 48 Règl. OAR. Dans ce cas, il reste personnellement responsable de l'exécution correcte des tâches déléguées (art. 48 al. 1 Règl. OAR).

QUESTION 12

Quelles sont les obligations LBA de l'avocat/notaire actif en tant qu'intermédiaire financier dans le cadre de transactions qui, dans une relation d'affaire soumise à la LBA, sont effectuées sans sa participation ?

Réponse

Il peut arriver qu'un avocat/notaire, bien qu'il soit en relation d'affaire en tant qu'intermédiaire financier avec un client, ne soit pas ou que partiellement impliqué dans une transaction. Il y a dès lors lieu de se demander si et dans quelle mesure l'avocat/le notaire est tout de même soumis aux obligations de la LBA.

Tel est souvent le cas lorsque l'avocat/le notaire est un organe de la société de domicile et/ou bénéficie d'une procuration mais ne participe cependant nullement à une transaction donnée. L'acte de disposition relatif aux valeurs patrimoniales peut être effectué directement par le client (c'est-à-dire par l'ayant-droit économique des avoirs figurant sur le compte de la société de domicile) ayant le pouvoir de signature sur le compte bancaire. Ou alors, l'acte de disposition relatif aux valeurs patrimoniales peut être effectué par un tiers.

Dans un tel cas, l'avocat/le notaire n'a pas un devoir systématique de surveillance et de documentation en tant qu'intermédiaire financier. Il n'en a pas les moyens étant donné que la transaction a été effectuée sans sa participation. Il doit cependant avoir suffisamment d'informations sur la relation d'affaire dans son dossier (profil client) afin de pouvoir constater à posteriori, sur la base des relevés bancaires mensuels (ou le cas échéant trimestriel) qu'il doit recueillir de la banque et conserver, si le type, le montant, la fréquence et les récipiendaires/bénéficiaires de telles transactions sont conformes aux informations résultant des documents précités. Si l'avocat/le notaire constate des incohérences, il a l'obligation de procéder à des clarifications au sens de l'art. 6 LBA et des art. 40 à 45 Règl. OAR et de recueillir des informations.

L'art. 7 LBA et l'art. 52 al. 1 et 3 Règl. OAR prescrivent par ailleurs que le profil du client doit être mis à jour régulièrement et adapté aux modifications des circonstances. Sans une telle mise à jour régulière, l'intermédiaire financier (le cas échéant en cas d'empêchement son substitut) ne peut pas constater si une relation d'affaire comporte à partir d'un certain moment un risque accru de blanchiment d'argent au sens de l'art. 41 Règl. OAR. Un intermédiaire financier qui prend connaissance sur la base de relevés bancaires de transactions manifestement inhabituelles auxquelles il n'a pas pris part, mais qui ne s'en préoccupe guère et n'effectue par les clarifications obligatoires viole gravement la LBA et les autres dispositions légales applicables.

QUESTION 13

J'ai reçu d'une cliente, que je conseille de longue date dans le domaine du droit patrimonial, un mandat pour cause d'inaptitude au sens de l'art. 360 et ss. du Code civil suisse. Dans la mesure où toutes les conditions de l'art. 363 al. 2 sont remplies lors de la survenance du cas d'inaptitude, la question se pose pour moi de savoir si j'agirai ou non alors en tant qu'intermédiaire financier lors de l'exécution du mandat?

Réponse

Conformément à la «Circulaire 2011/1 - Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA», pages 133 et suivantes, l'action de l'Etat n'est pas, par principe, assujettie à la LBA lorsqu'elle a lieu dans son domaine de souveraineté. Ce n'est pas non plus le cas lorsque l'activité en tant que telle devrait être qualifiée d'intermédiation financière. Par ailleurs, la forme organisationnelle précise de l'organe responsable de mandats publics n'entre pas en considération en matière d'assujettissement à la LBA. Des organisations privées peuvent être, elles aussi, habilitées en vertu de la loi à accomplir des mandats publics dans le

cadre d'un acte de souveraineté ou d'un contrat de droit administratif. Pour cela, il est nécessaire que l'intermédiation financière soit confiée à l'autorité ou autorisée pour celle-ci par une base légale, qu'il existe un rapport de subordination entre l'autorité et le partenaire contractuel et que l'intermédiation financière de l'autorité soit un moyen permettant d'accomplir une mission qui relève de son domaine de compétences. Par ailleurs, il est expressément mentionné dans la circulaire, N. 141, qu'entre autres les organes de l'autorité tutélaire ne sont en principe pas assujettis à la LBA.

La personne mandatée selon les articles 363 et ss. (nouvelle version) assume une mission étatique en vertu de la même base légale dans le cadre de son mandat pour cause d'inaptitude en représentation de l'autorité. Dans ce contexte, l'autorité conserve le droit de donner des instructions à la personne mandatée et peut, si nécessaire, lui retirer partiellement ou intégralement ses pouvoirs. Par conséquent, celui ou celle qui, dans le cas d'une incapacité de discernement de la personne concernée, s'occupe de la gestion et de l'administration du patrimoine de cette personne dans le cadre d'un mandat pour cause d'inaptitude au sens susmentionné, n'est pas assujettie à la LBA et de ce fait n'agit pas en tant qu'intermédiaire financier.

QUESTION 14

Existe-t-il des plafonds à partir desquels des transactions et leurs éléments contextuels nécessitent une étude plus approfondie? Que faire lorsque ces plafonds sont dépassés? Qu'en est-il, par principe, du devoir de procéder à des clarifications particulières?

Réponse

1. Limites réglementaires

Conformément à l'art. 42 al. 3 Règl. OAR, ont dans tous les cas qualité de transactions présentant un risque accru

- l'apport ou le retrait physique (en une seule fois ou échelonné) de valeurs patrimoniales (en tant qu'opérations de caisse) de plus de CHF 100 000.- (ou la contrevaletur en monnaie étrangère) ainsi que
- le transfert de fonds ou de valeurs de minimum CHF 5000.- (ou la contrevaletur en monnaie étrangère). L'art. 2 lit. b Règl. OAR définit ce que l'on entend par transfert de fonds ou de valeurs.

2. Limites/critères à définir par l'intermédiaire financier quant à la détermination d'une transaction comme présentant un risque accru

L'intermédiaire financier doit définir entre autres pour chaque dossier un plafond à partir duquel une transaction est considérée comme inhabituelle (art. 42 al. 2 lit. a) Règl. OAR). Selon l'activité professionnelle de l'intermédiaire financier, d'autres critères sont également déterminants en matière de risque accru éventuel (art. 42 al. 2 lit. b) et c) ainsi que al. 3 Règl. OAR).

Ces critères doivent être dans tous les cas consignés sous forme écrite dans un règlement interne (art. 54 al. 3 et al. 4 lit. j) Règl. OAR). Le fait qu'un avocat/notaire s'occupe seul de mandats d'intermédiation financière ou avec 15 autres confrères en tant qu'intermédiaire financier ne joue donc aucun rôle. De même, le fait que l'intermédiaire financier entretienne une ou plusieurs douzaines de relations d'affaires et gère de ce fait des dossiers d'intermédiation financière n'a aucune incidence.

3. Critères à définir par l'intermédiaire financier quant à la détermination d'une relation d'affaires comme présentant un risque accru

Tout intermédiaire financier est tenu du fait de la structure de sa clientèle de définir les critères en présence desquels une relation d'affaires présente un risque accru (art. 41 Règl. OAR).

Ces critères doivent également être consignés sous forme écrite dans un règlement interne (art. 54 Règl. OAR).

Le fait qu'un avocat/notaire soit le seul au sein de l'étude à prendre en charge des mandats IF, ou qu'il soit actif en tant qu'intermédiaire financier avec 15 autres collègues ne joue aucun rôle. Le fait que

l'intermédiaire financier entretienne une seule ou plusieurs douzaines de relations d'affaires et gère ainsi des dossiers IF ne joue également aucun rôle.

Toutefois, indépendamment des circonstances mentionnées ci-dessus, une relation d'affaires et/ou transaction peut paraître inhabituelle et présenter de ce fait un risque accru (art. 40 Règl. OAR). C'est par exemple le cas lorsque la légalité d'une transaction n'est pas évidente. Vous trouvez d'autres indices qui permettent de déduire qu'il y a risque accru de blanchiment d'argent dans l'annexe à l'OBA-FINMA, RS 955.033.0⁶.

Dans tous ces cas, l'intermédiaire financier doit procéder à des éclaircissements particuliers conformément à l'art. 44 Règl. OAR et les documenter, de même que leurs résultats, dans le dossier (art. 45 al. 2 Règl. OAR). Par ailleurs, il doit procéder à une étude de plausibilité et évaluer les résultats de la mise au clair, ainsi que consigner sous forme écrite les déductions et mesures qui en résultent.

Les obligations de diligence selon l'art. 22 (vérification de l'identité du cocontractant) et l'art. 32 (identification de l'ayant droit économique) Règl.OAR doivent être en outre respectés lors d'opérations de caisse selon l'art. 2 lit. a) Règl. OAR.

⁶ <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20143112/index.html>