



Applicabilité de la LBA aux avocats et aux notaires

Formation de base OAR FSA/FSN

Genève, 14 septembre 2023

Me Olivier Nicod

Membre du Conseil de l'OAR FSA/FSN

tél. 031 533 70 00
info@oar-fsa-fsn.com

Secrétariat général, Spitalgasse 40, 3011 Berne

Aperçu

1. Champ d'application personnel
 - Principes
 - Prestations de services financiers
 - Secret professionnel
 - Activité professionnelle typique et accessoire
 - Exercice à titre professionnel
 - CP/ terrorisme / mesures contre différents pays
 - Activités particulières
2. Champ d'application territorial
3. Champ d'application temporel
4. Décisions

1. Champ d'application personnel

Principes

- activité dans le secteur financier (cf art. 1 LBA)
- rattachement à des prestations déterminées (cf art. 2 et 3 LBA)
- l'activité effectivement exercée est relevante
- l'intitulé de l'activité, la description du but figurant au registre du commerce, l'appartenance à une branche d'activité ne sont pas relevants

1. Champ d'application personnel

Prestations de services financiers

Il s'agit principalement des activités généralement menées par les banques ou les assurances. („... les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers...” [art. 2 al. 3 LBA])

1. Champ d'application personnel

Prestations de services financiers (LBA) (1/3)

Notions:

- exercice à titre professionnel → «disposition bagatelle» (art. 7 OBA)
- valeurs patrimoniales de tiers → point de vue économique = valeurs patrimoniales qui n'appartiennent pas à l'intermédiaire financier
- acceptation / garde en dépôt → conservation des titres au sens de la Loi sur l'infrastructure des marchés financiers
- transfert → démarches visant à modifier la propriété sur le bien transféré
- placement → placements de valeurs patrimoniales de tiers

1. Champ d'application personnel

Prestations de services financiers

(2a/3)

Notions:

- gestionnaire de fortune (art. 2 al. 1 let. a LEFin)

«*gestionnaire de fortune* :

quiconque peut, sur la base d'un mandat, disposer à titre professionnel, au nom et pour le compte de clients de leurs valeurs patrimoniales, au sens de l'art. 3, let.c, ch. 1 à 4 LSFin» (art. 17 al. 1 LEFin).

1. Champ d'application personnel

Prestations de services financiers

(2b/3)

Notions:

- *gestionnaire de fortune* (art. 2 al.1 let. a LEFin)
- **activités** au sens de l'art. 3 let. c ch. 1 à 4 LSFin:
 1. acquisition ou aliénation d'instruments financiers
 2. réception et transmission d'ordres portant sur des instruments financiers
 3. Gestion d'instruments financiers (gestion de fortune)
 4. émission de recommandations personnalisées concernant des opérations sur instruments financiers (conseil en placements).

1. Champ d'application personnel

Prestations de services financiers (2c/3)

Notions:

- gestionnaire de fortune (art. 2 al.1 let. a LEFin)
- ***instruments financiers*** au sens de l'art. 3 let. a LSFin:
 1. titres de participation:
 - Actions, bons de participation ou bons de jouissance
 - Droits permettant l'acquisition de titres de participation
 2. titres de créance
 3. parts de placements collectifs de capitaux
 4. produits structurés
 5. dérivés (au sens de l'art. 2, let. c LIMF)
 6. dépôts dont la valeur de remboursement ou le taux d'intérêts dépend d'un risque ou d'un cours, excepté ceux dont le taux d'intérêt est lié à un indice de taux d'intérêt
 7. obligations (emprunts)

1. Champ d'application personnel

Prestations de services financiers (LSFin/LEFIN) (3/3)

Notions:

- *Trustees* (art.2 al.1 let.b LEFin)

– «*Trustee*:

quiconque, à titre professionnel, gère un patrimoine distinct ou en dispose en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé» (art. 17 al. 2 LEFin)

1. Champ d'application personnel

Prestations de *services financiers*

Il s'agit par exemple de:

- trafic des paiements
- opérations de change
yc hôtels et CFF
- courtier
- opérations sur titres et opérations boursières (fonds de placement, opérations de dépôt, gestion de patrimoine et conseil en placement avec la possibilité de transfert de patrimoine)
- opérations de couverture (cautionnements, garanties)
- garde et dépôt de titres
- achats et ventes de métaux précieux
- opérations de crédit

1. Champ d'application personnel

Prestations de services financiers

Il ne s'agit **pas** de: (sous réserve de l'art. 8a LBA [commerçants]):

- commerce d'immeubles (Attention autre réglementation selon FATF et directives européennes)
- commerce d'antiquités
- commerce de voitures
- commerce de chevaux
- commerce d'objets d'art
- pure activité de conseil (*révision LBA?)
- vente d'une société d'exploitation (mais pas en revanche la vente d'une société de domicile)
- activités spécifiques à la profession d'avocat ou de notaire

1. Champ d'application personnel

Définition:

Décision de l'Autorité de contrôle du 5 juin 2003

"Seule l'Autorité de contrôle a la compétence matérielle de définir, au moyen d'une décision, le champ d'application de l'art. 2, al. 3 et 4 LBA, même en ce qui concerne les membres des OAR (art. 25 al. 1 PA; art. 13 LBA; c. 3)."

1. Champ d'application personnel

Secret professionnel

art. 321 CP; art. 13 LLCA

- (...) avocats, défenseurs en justice, notaires (...) ainsi que leurs auxiliaires qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté ou d'une amende
- La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession (...)

Art. 321 CP; art. 13 LLCA

- les **activités spécifiques** de la profession ne sont pas considérées comme des prestations de services financiers ; → la LBA n'est pas applicable
- l'**activité est spécifique** à la profession dans la mesure où la protection pénale du secret professionnel selon l'art. 321 CP s'applique, respectivement pour autant que l'activité soit exercée dans le monopole
- le **secret professionnel** autorise l'utilisation du formulaire R
MAIS: L'utilisation du formulaire R ne signifie pas que le secret professionnel existe !

1. Champ d'application personnel

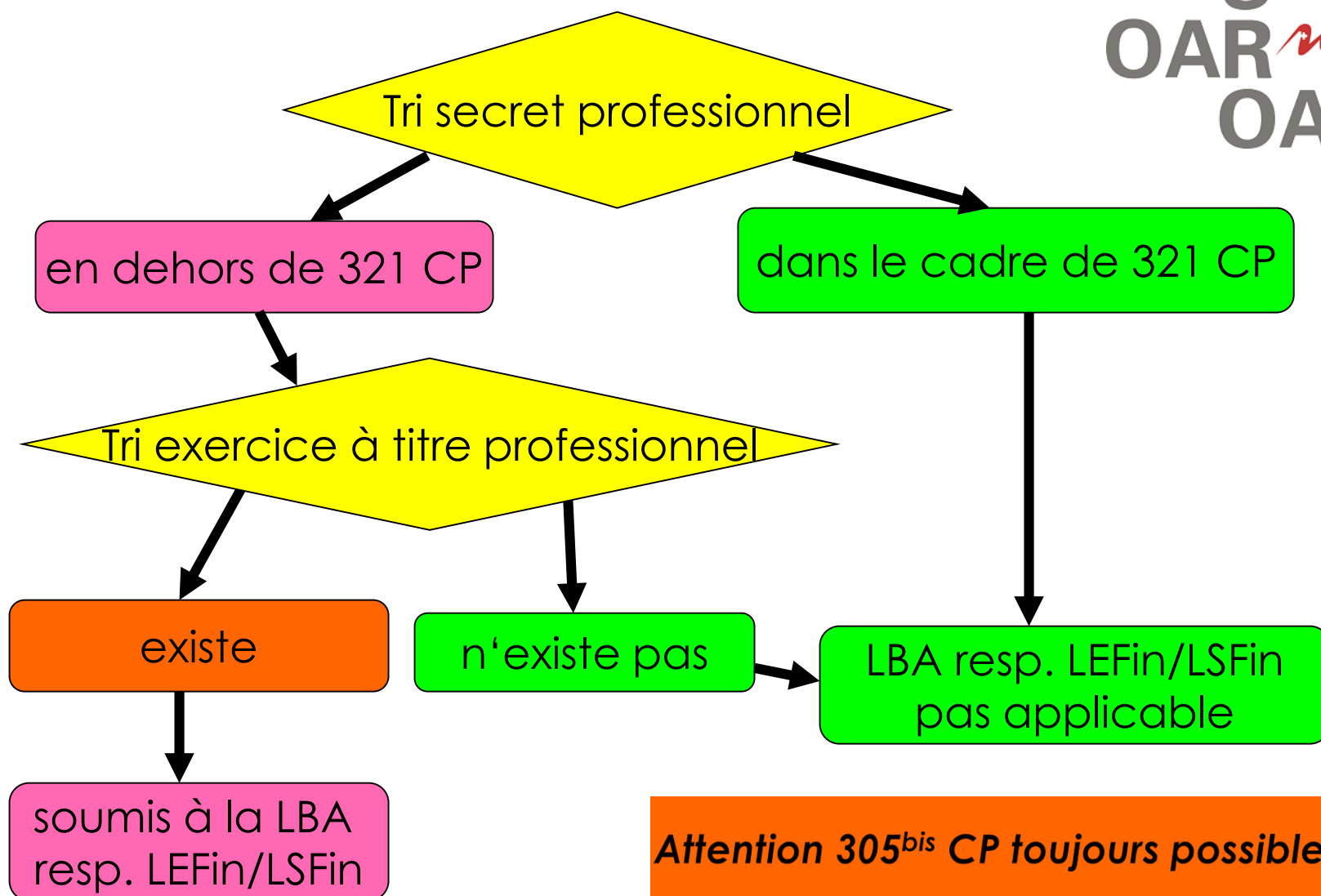
Activité professionnelle *spécifique* et activité *accessoire*

- distinction nécessaire de l'activité professionnelle spécifique et accessoire
- pas d'application de la LBA dans le domaine du secret professionnel
- le secret professionnel ne s'applique pas dans le domaine des activités accessoires
- pas de délimitation précise des deux domaines mais → jurisprudence
- évaluation par l'avocat ou le notaire lui-même

ATF 112 Ib 606

- si l'élément commercial est *dominant*, le secret professionnel selon 321 CP ne s'applique pas
- pas de classification schématique, mais examen des circonstances concrètes du cas d'espèce
- sont commerciales les activités normalement exercées par les gérants de fortune, fiduciaires ou banques

→ Arrêt du 5 juin 2020 de la 1ère Cour de droit civil du TF 4A_343/2019 et jurisprudence citée (activité typique et activité atypique de l'avocat)



1. Champ d'application personnel

Anonymat des dossiers

L'activité d'IF n'est pas soumise au secret professionnel

- Le nom du client n'apparaît pas!
Seul le **numéro de dossier** est mentionné dans la correspondance avec la personne chargée de la révision et le secrétariat de l'OAR !
- L'ADE / DC / cocontractant doit toutefois être connu lors des contrôles et dans la procédure

1. Champ d'application personnel

Formulaire R

Champ d'application:

1. L'avocat/notaire n'est pas lui-même ADE
2. L'activité est soumise à l'art. 321 CP
3. ***utilisation pour***
 - ✓ avances de frais et d'honoraires
 - ✓ sûretés pour les dépens
 - ✓ dépôts dans des procédures
 - ✓ constitutions de sociétés
 - ✓ paiements de prix de vente
 - ✓ partage successoral/ exécution testamentaire
 - ✓ liquidation du régime matrimonial dans le cadre d'un divorce / séparation
 - ✓ dépôt de sûretés (escrow)
 - ✓ garanties de créances fiscales/ taxes de droit public
 - ✓ et, dans la mesure où ils s'y rattachent, les dépôts

1. Champ d'application personnel

Formulaire R

Le formulaire R couvre le champ d'application du secret professionnel:

Transactions financières

secret professionnel

LBA

formulaire R

formulaire A

1. Champ d'application personnel

Exercice *à titre professionnel* dans le domaine non bancaire

Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA), Art. 7

Variante 1

- critères quantitatifs clairs
 - produit résultant de l'activité:
CHF 50'000.00 (bruts) et plus
 - nombre de cocontractants:
20 relations durables et plus
 - volume des transactions effectuées:
CHF 2 mio. et plus par année civile
 - volume des valeurs patrimoniales gérées:
CHF 5 mio. et plus

- ne sont *pas englobés* dans le calcul du volume de transactions:
 - réinvestissements
 - afflux de valeurs patrimoniales
- l'activité d'intermédiaire financier exercée *pour des personnes proches* n'entre pas en considération pour autant que le produit réalisé est < CHF 50'000.–
(art. 7 al. 4 OBA)

→ Les critères s'appliquent de manière alternative!!

Variante 2

Transmission de fonds et de valeurs:
pas de seuil, **toujours** considérée
comme exercée à titre professionnel
(Art. 9 OBA)

1. Champ d'application personnel

Exercice *à titre professionnel* dans le domaine crédits

Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA), Art. 7

Variante 3

Art. 8 OBA

- produit et volumes sont combinés
- le produit doit atteindre CHF 250'000.-
- et**
- le volume des crédits doit dépasser 5 mio.

→ *examen séparé* en cas de prestations dans le domaine du crédit et dans d'autres domaines; pas de combinaison

1. Champ d'application personnel

Conséquences;

si les critères de l'exercice à titre professionnel sont remplis

- respect immédiat des devoirs de diligence
- affiliation dans les 2 mois à un OAR
- interdiction d'accepter de nouvelles relations d'affaires assujetties (jusqu'à l'obtention de l'autorisation)
- interdiction dans les relations d'affaires existantes de toute opération qui n'est pas absolument nécessaire pour préserver les valeurs patrimoniales

1. Champ d'application personnel

- **Art. 305^{bis} CP (blanchiment d'argent)**

Art. 305^{bis} CP s'applique également quand la LBA ne s'applique pas !

„¹ 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“ est punissable.

- **Art. 305^{bis} l^{bis} CP (délict fiscal qualifié)**

Art. 305^{bis} l^{bis} CP s'applique également quand la LBA ne s'applique pas !

« ^{1bis} Sont considérées comme un **délict fiscal qualifié**, les infractions mentionnées à l'art. 186 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct⁴ et à l'art. 59, al. 1, 1er paragraphe, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, lorsque les impôts soustraits **par période fiscale** se montent à **plus de 300 000 francs**. »

Délit fiscal qualifié



LIFD 186 (Usage de faux)

«¹ Celui qui, dans le but de commettre une soustraction d'impôt au sens des art. 175 à 177, fait usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, tels que des livres comptables, des bilans, des comptes de résultat ou des certificats de salaire et autres attestations de tiers dans le dessein de tromper l'autorité fiscale, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Une peine avec sursis peut être assortie d'une amende de 10 000 francs au plus. »

LHID 59 (Fraude fiscale)

«¹ Celui qui, dans le but de commettre une soustraction d'impôt, fait usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu ou qui, tenu de percevoir l'impôt à la source détourne à son profit ou à celui d'un tiers les montants perçus, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Une peine avec sursis peut être assortie d'une amende de 10 000 francs au plus. »

Escroquerie en matière de prestation et de contributions (art. 14 al. 1 DPA)

«¹ Quiconque induit astucieusement en erreur l'administration, une autre autorité ou un tiers par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou les conforte astucieusement dans leur erreur, et obtient sans droit de la sorte, pour lui-même ou pour un tiers, une concession, une autorisation, un contingent, un subside, le remboursement de contributions ou une autre prestation des pouvoirs publics ou évite le retrait d'une concession, d'une autorisation ou d'un contingent, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.»

Délit fiscal qualifié

Escroquerie en matière de prestation et de contributions (art. 14 al. 4 DPA)

« Quiconque, par métier ou avec le concours de tiers, se procure ou procure à un tiers un avantage illicite particulièrement important ou porte atteinte de façon particulièrement importante aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits des pouvoirs publics en commettant une infraction au sens des al. 1 ou 2 dans les domaines des contributions ou des douanes, est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

- Peine privative de liberté jusqu'à 5 ans
→ crime; délit en amont au blanchiment d'argent

1. Champ d'application personnel

Art. 305^{bis} CP (blanchiment d'argent)

Infractions initiales au blanchiment

- Actes provenant d'un crime (puni d'une peine privative de liberté de 3 ans ou plus)
 - falsification de marchandises par métier (CP 155 II)
 - Extorsion par métier (CP 156 II)
 - Corruption d'agents publics suisses (CP 322^{ter} et CP 322^{quater})
 - Octroi d'un avantage (CP 322^{quinqües})
 - Acceptation d'un avantage (CP 322^{sexies})
 - Corruption d'agents publics étrangers (CP 322^{septies})
 - Corruption privée (CP 322^{octies} et CP 322^{novies})
 - usage frauduleux (LPM 62 II)
 - piratage de produits (LDA 67 II)
 - traite d'êtres humains (LEtr 116 III)
 - contrebande en bande (DPA 14 IV)
 - escroquerie qualifiée en matière de contributions (DPA 14 IV)
 - Délit d'initié (FinfraG 142, 154 I + II)
 - Manipulation de cours (FinfraG 143, 155)
 - Ecroquerie fiscale (CP 305^{bis} ch. 1 et 1^{bis})

1. Champ d'application personnel

Art. 305^{bis} CP (blanchiment d'argent)

Infractions initiales au blanchiment

cf. également la contribution de Prof. Dr. iur & lic.phil. Martin Killias disponible ici
www.polyreg.ch/d/informationen/vortaten.html

1. Champ d'application personnel

Art. 305^{ter} CP (défaut de vigilance en matière d'opérations financières)

«Quiconque, dans l'exercice de sa profession, accepte, garde en dépôt ou aide à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et omet de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire»

Délit continu: le point de départ de la prescription est le moment où l'identification est faite, respectivement quand la relation d'affaires qui présente un défaut d'identification se termine (ATF134 IV 307)

→ Si la LBA est également applicable, il en résulte la coexistence de deux règlements !

1. Champ d'application personnel

Art. 305^{ter} CP (défaut de vigilance en matière d'opérations financières)

Effet sur l'autorisation d'exercer !

- Selon l'art. 8 I lit. b LLCA l'avocat doit ne pas faire l'objet d'une condamnation pour des faits incompatibles avec la profession d'avocat.
Selon un arrêt du canton d'Argovie, une condamnation pour blanchiment d'argent est incompatible avec la profession d'avocat (ZBJV 144, 2008 S. 180).
- Selon l'art. 4 al. 3 LN (Berne), le notaire ne peut exercer d'activité incompatible avec la profession de notaire.
- Liquidation par la FINMA (ATF129 II 438).

1. Champ d'application personnel

Art. 305^{ter} CP (défaut de vigilance en matière d'opérations financières)

Domage-intérêts pour acte illicite !

- Lorsqu'une personne subit un dommage en raison de la violation intentionnelle ou par dol éventuel de l'art. 305^{ter} CP par un tiers, cette violation constitue un acte illicite et le tiers répond en vertu de l'art. 41 CO. (ATF133 III 323 = Pra 2008 Nr. 7 S. 50).
- La violation de la LBA ne fonde pas de responsabilité selon l'art. 41 CO (Pra 2019 Nr. 15, p. 194).

1. Champ d'application personnel

Art. 260^{ter} CP (soutien d'une organisation criminelle et/ou terroriste)

Art. 260^{ter} est applicable, indépendamment de l'applicabilité de la LBA !

¹ Est puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque:

- a. participe à une organisation qui poursuit le but de:
 - 1. commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels, ou
 - 2. commettre des actes de violence criminels visant à intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou
- b. soutient une telle organisation dans son activité

1. Champ d'application personnel

Art. 260^{quinquies} CP (financement du terrorisme)

L'art. 260^{quinquies} CP s'applique aussi quand la LBA n'est pas applicable !

- al. 1: „ Quiconque, dans le dessein de financer un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, réunit ou met à disposition des fonds, est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.“
- al. 2: „ Si l'auteur n'a fait que *s'accommoder* de l'éventualité que les fonds en question servent à financer un acte terroriste, il n'est pas punissable au sens de la présente disposition.“
- al. 3: „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. 4: „L'al. 1 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.*“

1. Champ d'application personnel

Art. 260^{quinquies} CP (financement du terrorisme)

- notion non déterminée
- renvoi à l'intention du client
- questions délicates de délimitation
- „Le législateur fédéral a également tenu compte avec l'art. 260^{quinquies} CP [...] de la délicate distinction entre les résistants „légitimes“ respectivement les parties à une guerre civile et les terroristes. [...] La tâche déléguée –consciemment - par le législateur aux tribunaux, consistant à déterminer ce qui constitue dans chaque cas une application de la violence „politiquement légitime“ qui reste impunie et ce qui ne l'est pas, doit en tous les cas être considérée comme étant très délicate.“
(1A.211/2006 Arrêt du 23 janvier 2007)

1. Champ d'application personnel

Art. 260^{quinquies} CP (financement du terrorisme)

- Organisations terroristes:
 - Brigades rouges (ATF128 II 361)
 - ETA (1A./174/2002)
 - Al-Qaida (Arrêt du 15 novembre 2002 1A.194/2002; également organisation apparentée [cf Ordonnance de l'Assemblée fédérale interdisant le groupe Al-Qaïda et les organisations apparentées])
 - L'État islamique
 - Armée de libération nationale albanaise
 - Kurdistan Freedom Hawks
 - Force de défense du peuple (branche armée du PKK)
 - Märtyrer für Marokko

1. Champ d'application personnel

Art. 260^{quinquies} CP (financement du terrorisme)

- Difficulté de l'identification du financement du terrorisme:
 - Repérer le financement du terrorisme présuppose une „vision globale“. Le facteur décisif est non seulement d'où vient l'argent, mais aussi où va l'argent et pour quelles raisons.
 - La détection du financement du terrorisme nécessite des ressources temporelles et une mise en réseaux.
 - Eventuellement tendance au déplacement sur les „petits“ IF moins organisés, qui ne disposent pas des ressources nécessaires, d'où danger éventuel que des avocats / notaires soient „impliqués“.

1. Champ d'application personnel

Art. 260^{sexies} CP (Recrutement, formation et voyage en vue d'un acte terroriste)

- peine privative de liberté de cinq ans au plus:
 - ...² Quiconque réunit ou met à disposition des fonds

en vue d'un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

2. Champ d'application territorial

- pas réglé expressément dans la LBA (cf art. 2 al. 1 lit. a OBA)
- interprétation conformément à la LB, à la LBVM et à la LSFfin

Tombent dans le champ d'application territorial:

- IF avec siège en Suisse, même si toutes les prestations sont fournies à l'étranger
- IF avec siège à l'étranger, qui emploient, en Suisse, des personnes qui, à titre professionnel, concluent des affaires pour eux en Suisse ou depuis la Suisse ou qui les engagent sur le plan juridique (succursale de droit ou de fait)

Sont exclus:

- IF avec siège à l'étranger qui occupent des personnes en Suisse pour autant que celles-ci ne concluent pas d'affaires pour eux ou ne les engagent pas juridiquement
- IF avec siège à l'étranger qui fournissent des prestations de service transfrontières et n'engagent en Suisse du personnel basé à l'étranger que de manière temporaire pour des négociations ou certaines décisions d'affaires

3. Champ d'application temporel

Question particulière

- Que se passe-t-il si l'on s'annonce tardivement?
 - activité illégale
 - position de l'OAR: en principe pas d'admission; il faut examiner chaque cas, car l'IF ne doit pas être „poussé à l'illégalité“

4. Décisions

ATF 129 II 438

- Liquidation d'un intermédiaire financier agissant contrairement à la loi.
- Exigences d'une bonne réputation de l'IF.
- La liquidation est justifiée quand l'IF n'offre pas de garantie de respecter les obligations découlant de la loi.

5. Références

- FAQ : <https://www.sro-sav-snv.ch/fr/informations-faq/faq-fr>
- Publications de l'OAR: <https://www.sro-sav-snv.ch/fr/informations-faq/publications>
- Push-Service FINMA: <https://www.finma.ch/fr/myfinma/>
- Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks: www.wolfsberg-principles.com
- FATF/GAFI: www.fatf-gafi.org
- Circulaire de la FINMA 2011/1 concernant l'intermédiation financière: <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2011-01-01-01-2017.pdf?la=fr>
- (Commentaire concernant de l'ancienne OIF: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17441.pdf>)

Avez-vous des questions?