



Opérations de crédit et LBA: Nouvelle pratique de l'Autorité de contrôle

Quelles opérations de crédit dans le secteur non bancaire sont-elles assujetties à la loi sur le blanchiment d'argent, et lesquelles ne le sont-elles pas? L'Autorité de contrôle crée des allègements pour la pratique.

En date du 30 mars 2006, l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent a publié sa nouvelle pratique relative à l'assujettissement à la LBA des opérations de crédits dans le secteur non bancaire. Dans le même temps, elle a complété l'ordonnance concernant l'activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire exercée à titre professionnel (OAP-LBA) de nouvelles dispositions sur les opérations de crédit (art. 3, let. f, et art. 10a OAP-LBA, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2006). La présente contribution est destinée à traiter la thématique des opérations de crédit et de la loi sur le blanchiment d'argent dans le secteur non bancaire en prenant en considération les nouveautés.

1. Introduction

Sont assujettis à la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) les *intermédiaires financiers* définis en son art. 2. Hormis les banques, les directions de fonds de placement, les assurances, les négociants en valeurs mobilières et les maisons de jeu, soumis à une surveillance fédérale instituée par des lois spéciales¹, est en outre réputée intermédiaire financier la personne qui, à titre professionnel, accepte, garde en dépôt ou aide à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers (activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire)². La notion – susceptible de donner lieu à des malentendus – *du secteur*

non bancaire comprend uniquement les intermédiaires financiers selon l'art. 2, al. 3, LBA et exclut ainsi non seulement les banques, mais aussi tous les autres intermédiaires financiers d'après l'art. 2, al. 2, LBA³. Il convient de préciser, au surplus, que l'art. 2, al. 3, LBA – à l'instar de la LBA en général – ne s'applique qu'au *secteur financier*⁴.

Celui qui est qualifié d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire doit s'affilier à un organisme d'autorégulation (OAR) ou se soumettre directement à la surveillance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (Autorité de contrôle)⁵. A part cette obligation d'obtenir une autorisation ou de s'affilier, l'intermédiaire financier est tou-

ché par les obligations de diligence et celles en cas de soupçon de blanchiment d'argent.⁶

2. Opérations de crédit dans le secteur non bancaire

Selon le catalogue exemplatif de l'art. 2, al. 3, LBA⁷, sont considérées comme des intermédiaires financiers, entre autres, les personnes «qui effectuent des opérations de crédits (portant notamment sur des crédits à la consommation ou des crédits hypothécaires, des affectations, des financements de transactions commerciales ou des leasings financiers)»⁸. Cette définition semble assujettir de *façon intégrale* à la LBA les opérations de crédit de tous genres. Il faut toutefois prendre en considération que ces opérations ne tombent sous le coup de la LBA que si elles concordent avec la définition déterminante de l'art. 2, al. 3, LBA. Par conséquent, la question décisive consiste à savoir non seulement si l'activité concernée doit être qualifiée d'opération de crédit, mais également si elle est exercée à titre professionnel (la loi ne parle que d'«effectuer» des «opérations de crédits») et si des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers sont en jeu à cet égard. Les octrois de crédits ne sont pas tous régis par la LBA.

2.1. Opérations de crédit

Le crédit est une opération dans laquelle le bailleur de fonds met, temporairement, un certain montant d'argent à la disposition du bénéficiaire, moyennant l'engagement de ce dernier de rembourser cette somme à un moment déterminé ou déterminable⁹. La notion du crédit englobe également le prêt¹⁰. La remise des valeurs patrimoniales a lieu, en règle générale, contre rémunération, mais cela n'est pas impérativement nécessaire¹¹. Conformément au message du Conseil fédéral relatif à la LBA, l'art. 2, al. 3, let. a, LBA est censé toucher les activités similaires aux opérations bancaires. La différence consiste dans le fait qu'il n'est pas pris réception de dépôts auprès du public et que le refinancement provient, dans une mesure notable, du groupe, bien que ce soit une activité dans le domaine des opérations de crédit qui est exercée¹². Lors de l'assujettissement des opérations de crédit à la LBA, on a avant tout pensé aux entreprises qui ne prennent pas réception de *dépôts auprès du public*. Il n'importe pas que l'activité de crédit soit financée avec des fonds de tiers ou des fonds propres. Le risque de blanchiment d'argent existe déjà en raison de la possibilité, pour le bénéficiaire du crédit, de rembourser le capital «propre» reçu par des paiements d'intérêts et d'amortissement d'origine délictuelle¹³.

L'énumération de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA (crédits à la consommation et crédits hypothécaires, affectations, financements de transactions commerciales et leasings financiers) n'est pas exhaustive. L'art. 2, al. 3, let. a, LBA procède d'une *notion large du crédit*. Aux opérations de crédit figurant à titre exemplatif dans la LBA¹⁴, il est possible d'ajouter d'autres formes de crédit telles que le crédit en blanc, le crédit lombard, le crédit consorsial, le financement à forfait, etc.¹⁵. Contrairement aux régulations de l'Union européenne et du GAFI¹⁶, la LBA ne concerne pas les *crédits par engagement*. C'est pourquoi les cautionnements, les garanties, les crédits par acceptation et d'autres engagements conditionnels en faveur de tiers ne sont pas des opérations d'intermédiaires financiers assujetties¹⁷. Enfin, il convient de mentionner que le *sursis au prix d'achat* n'est non plus régi par la LBA, car il ne représente qu'une forme spéciale de la modalité de paiement, et non une opération de crédit proprement dite¹⁸.

2.2. Exercice de l'activité à titre professionnel

Est intermédiaire financier au sens de la loi uniquement celui qui, à *titre professionnel*, accepte, garde en dépôt, place ou transfère des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. Partant, il n'est pas question de soumettre à la loi des personnes qui n'exercent qu'occasionnellement l'une de ces activités. Cette réflexion se retrouve dans la formulation de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA, lequel assujettit à la LBA uniquement le fait d'«effectuer» des opérations de crédits. Le caractère professionnel comprend les activités lucratives exercées à titre principal et celles exercées à titre accessoire, dans la mesure où ces dernières ne sont pas insignifiantes. On obtient ainsi une concordance avec la sphère d'application de l'art. 305^{ter} du code pénal (CP)^{19, 20}.

En dépit de la référence du message relatif à la LBA à l'inclusion des activités lucratives exercées à titre accessoire, la notion de la nature professionnelle demeure *tributaire d'une interprétation*. Par conséquent, l'Autorité de contrôle avait publié, dans un premier temps, une série de critères pour l'existence d'une activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel. Dans un deuxième temps, elle a édicté l'OAP-LBA. Selon les art. 4 ss. OAP-LBA qui, jusque là, revêtaient une importance également pour les opérations de crédit²¹, il se présentait une activité afférente exercée à titre professionnel lorsqu'elle permettait de réaliser un produit de l'intérêt annuel supérieur à CHF 20 000.-, lorsqu'il y avait des rapports de crédit avec plus de dix bénéficiaires pendant un exercice commercial ou lorsque le volume des crédits dépassait la valeur seuil de CHF 2 millions.

Avec son changement de pratique, l'Autorité de contrôle a aussi révisé partiellement ou complété l'OAP-LBA. Pour effectuer des opérations de crédit, le seuil du caractère professionnel est désormais défini séparément. D'après la nouvelle disposition – l'art. 10a OAP-LBA (version du 21 mars 2006, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2006) – le critère du produit est appliqué en combinaison avec celui du volume des crédits. La nature professionnelle ne se présente plus que si, avec l'activité de crédit,

- un produit annuel supérieur à CHF 250 000.- est réalisé et, cumulativement,
- un volume de crédits supérieur à CHF 5 millions est octroyé à un moment donné.

Est réputé *produit*, à cet égard, l'ensemble des recettes résultant des opérations de crédit, sous déduction de la part servant au remboursement du crédit (amortissement)²². Les critères selon les art. 4 à 7 OAP-LBA ne sont plus applicables aux opérations de crédit²³.

Partant, les nouveautés consistent, d'une part, dans les valeurs limites *nettement accrues*, fixées au niveau de l'ordonnance, pour l'admission d'un octroi de crédit à titre professionnel (un produit annuel de plus de CHF 250 000.- et, cumulativement, un volume de crédits de plus de CHF 5 millions). De plus, l'Autorité de contrôle présente, dans sa publication du 30 mars 2006, trois cas d'octroi de crédit simple, qu'elle délimite par rapport aux cas d'activité de crédit exercée à titre professionnel et n'assujettit pas à la LBA, et ce *indépendamment* de la question de savoir si les valeurs limites d'après l'art. 10a OAP-LBA sont atteintes²⁴. Sur le plan du principe, ces deux points sont à saluer. L'art. 10a OAP-LBA permet une délimitation générale claire entre activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel et non professionnel. Il est judicieux qu'il y ait encore place pour des exceptions à l'assujettissement, ce qui tient compte du libellé et du but de la LBA (cf. à ce propos ci-dessous).

2.3. En particulier: «Octroi de crédit simple» non assujetti

2.3.1. Octroi de crédits entre personnes proches

Conformément à la nouvelle pratique de l'Autorité de contrôle, les rapports de crédit entre proches ne relèvent pas du champ d'application de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA. Sont réputés proches les parents et alliés en ligne directe, les parents en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, les conjoints (même divorcés), les partenaires enregistrés, les cohéritiers jusqu'à la clôture du partage successoral et les appelés et substitués du légataire au sens de l'art. 488 CC (art. 3, let. e, OAP-LBA, version du 21 mars 2006, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2006).

2.3.2. Octroi de crédits entre employeur et employés

Tandis que la littérature défendait encore la conception selon laquelle les crédits régulièrement octroyés et porteurs d'intérêts entre employeurs et employés étaient soumis à la LBA²⁵, l'Autorité de contrôle excepte maintenant ces rapports de crédit de la sphère d'application de la LBA, et ce indépendamment de la destination et de la sûreté dont est pourvu le crédit accordé. La condition pour l'existence de tels prêts au personnel est que l'employeur soit tenu de verser, pour le bénéficiaire du crédit, des cotisations d'assurance sociale en raison de l'activité lucrative dépendante. Cette nouvelle pratique de l'Autorité de contrôle s'applique également lorsque le rapport de crédit existe avec des organes exécutifs (qui ne sont pas liés par des instructions), car ceux-ci sont qualifiés, selon une pratique constante du Tribunal fédéral, de personnes exerçant une activité lucrative dépendante²⁶.

2.3.3. Octroi de crédits entre société et associé

Hormis le critère de l'exercice de l'activité à titre professionnel, celui de l'appartenance des valeurs patrimoniales à des tiers joue aussi un rôle important dans le cas de rapports de crédit entre une société et un associé. Il y a lieu de considérer cet élément ci-après.

a) Valeurs patrimoniales appartenant à des tiers
N'est intermédiaire financier et, partant, soumis à la loi uniquement celui qui, entre autres, accepte et garde en dépôt des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. Les valeurs patrimoniales appartiennent à un tiers lorsqu'elles sont la propriété juridique d'autrui²⁷. L'aspect déterminant est dès lors, par principe, l'optique juridique, et non l'optique économique. Cette dernière peut cependant s'imposer, dans des cas d'espèces justifiés, ainsi notamment dans des rapports de groupe de sociétés. Si la société financière du groupe gère la fortune de ce dernier, il s'agit, certes, au plan juridique, d'un patrimoine appartenant à un tiers; néanmoins, aucune activité d'intermédiaire financier n'est admise²⁸. De façon générale, l'Autorité de contrôle excepte du champ d'application de la LBA toutes les opérations d'intermédiaire financier qu'une société du groupe effectue pour d'autres sociétés de celui-ci, car elle considère le groupe comme une unité. Par conséquent, si la société bailleuse de fonds et la société bénéficiaire sont consolidées au sein du même groupe, on renonce à un assujettissement²⁹.

b) Participation significative

Par similitude avec le rapport de groupe de

sociétés, une *optique économique* peut également s'imposer dans le cas de l'octroi de crédits entre société et associé. Déjà sous l'empire de son ancienne pratique, l'Autorité de contrôle avait retenu que dans de tels rapports de crédit les deniers pour le remboursement du crédit accordé ne seraient pas considérés, dans certaines circonstances, comme des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers selon l'art. 2, al. 3, LBA, raison pour laquelle un assujettissement de l'octroi de crédits à la LBA ne se justifierait pas. Toutefois, l'Autorité de contrôle entendait par ces «circonstances» l'existence d'une *unité économique* entre société et associé: d'après l'ancienne pratique de l'Autorité de contrôle, ce n'était que lorsque l'associé concerné disposait de la majorité absolue des voix et de celle du capital de la société que les deniers n'étaient pas considérés, pour le remboursement du crédit, comme des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. L'Autorité de contrôle avait également une conception sévère en relation avec les critères décisifs pour la fixation de la majorité des voix. Ainsi, elle estimait que dans la société anonyme il ne fallait pas tenir compte du capital de participation pour la détermination de la majorité des voix, parce que les bons de participation émis par l'entreprise ne confèrent aucun droit de vote à leurs détenteurs ou possesseurs³⁰.

L'argument, selon lequel il faut faire abstraction du capital de participation en raison de l'absence de droit de vote, est erroné, car celui-ci ne touche pas la légitimation économique aux valeurs patrimoniales de la société. De même, la majorité absolue des voix et du capital de la société, exigée par l'Autorité de contrôle, a été critiquée ou qualifiée d'insatisfaisante, vu que les parties à un tel rapport de crédit ne comptent guère avec un assujettissement à la LBA³¹. C'est sans doute aussi suite à cette critique que l'Autorité de contrôle a revu sa pratique.

Conformément à la pratique révisée de l'Autorité de contrôle, les rapports de crédit entre société et associé ne relèvent pas de la sphère d'application de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA lorsque les associés ont une participation significative dans la société. A cet égard, il n'importe pas que la société ou l'associé intervienne en tant que bailleuse ou bailleur de fonds³². Ainsi, l'Autorité de contrôle a remplacé la condition cumulative de la détention de la majorité absolue des voix et du capital de la société par le critère de la participation significative. Une telle participation est donnée lorsque l'associé détient, directement ou indirectement, au moins 10% du capital de la société et/ou (!) des voix d'une société. Pour fixer l'étendue de la participation, l'Autorité de contrôle ne se fonde désormais plus uniquement sur le capi-

tal-actions, mais aussi – et à juste titre (cf. ci-dessus) – sur le capital de participation (mais non sur le capital de bons de jouissance). La participation minimale de 10% doit être réalisée pendant toute la durée du crédit. Cette nouvelle pratique s'applique également aux *autres personnes morales* dans lesquelles une participation en termes de capital ou de voix est possible (société en commandite par actions, société à responsabilité limitée et société coopérative). Les rapports de crédit entre les sociétés en nom collectif ou les sociétés en commandite et leurs associés ne sont non plus soumis à la LBA. Une exception s'applique dans la relation entre société en commandite et commanditaire lorsque celui-ci n'a pas de participation significative dans la société ou ne dispose pas d'au moins 10% des voix³³.

c) Fondations et associations

Vu qu'en principe une participation est impossible dans les fondations et les associations, les opérations de crédit avec ces personnes morales sont régies par la LBA. Dans sa nouvelle pratique, l'Autorité de contrôle statue cependant les exceptions suivantes:

- l'octroi de crédits par une fondation à un bénéficiaire selon l'acte de fondation;
- l'octroi de crédits par des fondations de famille à des bénéficiaires selon l'acte de fondation et l'octroi de crédits dans le rapport inverse;
- l'octroi de crédits par une association reconnue d'utilité publique et exonérée de l'impôt, dans la mesure où son exercice a lieu dans le cadre du but d'utilité publique de l'association.

d) Propriété de plusieurs sur des actions

Dans sa publication du 30 mars 2006, l'Autorité de contrôle traite en outre une série de questions spécifiques³⁴ revêtant une importance pour la pratique. Dans le cas de la copropriété d'actions, le rapport de crédit entre la société et la personne qui détient des actions en copropriété avec d'autres n'est pas soumis à la LBA si la part d'actions de cette personne (part de copropriété) représente au moins 10% du capital ou des voix de la société. A titre de motif à ce propos, l'Autorité de contrôle relève la prétention du copropriétaire d'un paquet d'actions à la suppression immédiate et simplifiée de la copropriété ainsi que son droit de disposer – en tout temps et sans requérir l'accord des autres copropriétaires – du nombre de titres qui lui revient lors d'un partage. Ainsi, le copropriétaire doit être traité comme le propriétaire unique.

Selon l'Autorité de contrôle, il en va autrement de la *propriété commune*: notamment dans le cas de la communauté héréditaire, c'est elle (et

non, par exemple, les divers individus) qui est considérée comme actionnaire, raison pour laquelle les différents communistes ne pourraient se prévaloir du paquet d'actions en propriété commune. Les rapports de crédit entre la société et un communiste particulier sont donc régis, d'après l'Autorité de contrôle, par la LBA. Dans une optique économique, telle qu'elle est indiquée dans les rapports entre société et associés, cette motivation semble toutefois douteuse. Même si la communauté héréditaire est traitée comme actionnaire, la légitimation économique aux actions ne réside pas chez elle (elle ne dispose pas de personnalité juridique propre), mais auprès des communistes (auprès des héritiers dans le cas de la communauté héréditaire). Tout au plus le fait que le communiste, contrairement au copropriétaire, ne puisse pas disposer individuellement d'une part d'actions déterminée (art. 653 CC) et que dans la propriété commune le partage ou la dissolution se heurte à des obstacles, plaide en faveur d'un traitement différencié des copropriétaires et des communistes. Cependant, ces critères ne changent rien non plus au fait que ce sont les communistes qui sont ayants droit économiques, et non l'entité propriétaire en main commune. Si la part d'actions de l'entité propriétaire en main commune divisée par le nombre de membres s'élève à au moins 10% du capital ou des voix de la société, nous estimons que les rapports de crédit entre la société et ces personnes ne devraient non plus être soumis à la LBA.

e) *Usufruit, droit de gage et propriété fiduciaire d'actions*

Sur la base des effets liés à l'*usufruit* au sens des art. 745 ss. CC, les rapports de crédit entre une société et un usufruitier des actions concernées doivent être traités, en ce qui concerne l'assujettissement à la LBA, à l'instar de ceux entre une société et l'actionnaire (intégral) (cf. aussi art. 690, al. 2, CO). Cependant, il en va autrement des *droits de gage* sur des actions. Le créancier gagiste n'a aucun droit d'actionnaire. Le transfert de possession n'a qu'une fonction de sûreté. C'est pourquoi les rapports de crédit entre le créancier gagiste et la société dont les actions constituent l'objet du gage sont régis par la LBA. De même, le rapport de crédit entre le propriétaire *fiduciaire* d'actions et la société est soumis à ladite loi indépendamment de l'étendue de la part d'actions détenue à titre fiduciaire. Le fiduciaire exerce sa propriété (purement) juridique sur instruction du propriétaire économique. Une exception à l'assujettissement ne se justifie donc pas.

f) *Convention de vote*

Enfin, l'Autorité de contrôle traite également des conventions de vote. Vu que celles-ci sont régulièrement axées sur des engagements de vote des actionnaires, les rapports de crédit entre la société simple, que constituent régulièrement les actionnaires parties à la convention de vote, et la société anonyme ne sont pas soumis à la LBA lorsque ladite société simple incarne au moins 10% des voix de la société anonyme. Par contre, si l'actionnaire individuel dont le droit de vote est lié et qui détient moins de 10% des voix accorde le crédit ou qu'il le reçoit, il ne peut invoquer la propriété commune de la société simple et se trouve assujetti à la LBA.

g) *Raison individuelle*

Il y a lieu de relever encore qu'un rapport de crédit entre le détenteur d'une raison indivi-

duelle et son entreprise n'est jamais considéré comme une activité d'intermédiaire financier, car il existe entre le patrimoine du détenteur et celui de l'entreprise une unité aussi bien juridique qu'économique³⁵.

2.4. Autres cas d'octrois de crédits non assujettis

Il convient d'examiner s'il y a encore d'autres cas d'octrois de crédits simples qui devraient également être exceptés du champ d'application de la LBA.

Il faut tout d'abord analyser les motifs qu'avance l'Autorité de contrôle pour les exceptions qu'elle spécifie. Dans sa publication du 30 mars 2006, elle procède à la délimitation entre les opérations axées sur le profit et les activités qui poursuivent principalement d'autres buts et qui, par conséquent, ne revêtent pas de caractère similaire à celui d'une banque

→ Pour les lecteurs pressés

Assujettissement à la LBA: allègements pour les affaires de crédit

En principe et conformément à l'art. 2, al. 3, lit. A LBA, l'organe d'autorégulation considérait que toutes les opérations de crédit étaient assujetties à la LBA. Le 15 septembre 2002, il a toutefois édicté des critères limites en matière «d'activité à titre professionnel» (RS 955.20, OAP-LBA). L'assujettissement demeurerait même lorsqu'un actionnaire octroyait un prêt à «son SA» au cas où il ne détenait pas à la fois la majorité des voix à la SA et la majorité du capital-social.

Nouveau à partir du 1^{er} mai 2006: art. 10a OAP-LBA

Les critères limites d'activité à titre professionnel ont été modifiés comme suit (uniquement pour les affaires de crédit): sont considérées comme «réalisées à titre professionnel» les opérations de crédit d'un volume global supérieur à 5 millions de francs et d'un revenu par année civile supérieur à Fr. 250 000.– (art. 10a OAP-LBA). Les crédits ne sont pas du tout assujettis dans les cas suivants:

- Octroi de crédits entre société et sociétaire si ce dernier détient une participation déterminante (= au moins 10% des voix ou du capital-social),
- Octroi d'un crédit entre employeur et employés,
- Octroi de crédit entre proches (selon la définition OAP-LBA = des parents et alliés en ligne directe, des parents en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, des conjoints [même divorcés], des personnes vivant dans le cadre d'un partenariat enregistré, des cohéritiers jusqu'à la clôture du partage successoral et des appelés et des substitués du légataire au sens de l'art. 488 CC)

L'engagement STVIUSF a porté ses fruits

La STVIUSF a depuis toujours critiqué le fait que les crédits d'un revenu d'intérêt supérieur à Fr. 20 000.– (= opérations de crédit) soient assujettis à la LBA. De tels prêts sont en effet assez fréquents auprès des PME où ils permettent de surmonter des problèmes de liquidités momentanés au sein d'une SA. Il était évident qu'assujettir de telles opérations à la LBA n'avait aucun sens. Au sein du groupe de travail «lutte contre le blanchiment d'argent» d'économiesuisse (notre représentant: Christian Herrmann), l'OAC STVIUSF a clairement critiqué cette «ancienne» pratique d'assujettissement, sur mandat du STVIUSF et de l'Union Suisse des Arts et Métiers. Le groupe de travail a pris contact avec l'organe de contrôle et vient d'obtenir un remarquable succès partiel avec ces critères limites d'assujettissement moins stricts. Les PME sont ainsi épargnées de l'obligation d'assujettissement. L'engagement du STVIUSF a donc porté ses fruits.

(Erich Schibli, lic.iur., directeur OAC STVIUSF)

(octroi de crédit simple); l'activité de crédit exercée à titre professionnel serait axée sur le profit et tomberait ainsi sous le coup de la LBA, mais non l'octroi de crédit simple³⁶. Cependant, le critère de délimitation de l'orientation sur le profit ne séduit qu'avec des réserves. La nature professionnelle *peut* signifier également l'aspiration à un bénéfice (ce qui sera certes le cas la plupart du temps), mais il *ne doit pas* en être forcément ainsi. En outre, par voie de conséquence, l'Autorité de contrôle devrait aussi examiner, avec cette motivation, toutes les autres opérations de crédit qui tombent sous le coup de la clause générale de l'art. 10a OAP-LBA afin de savoir si elles sont axées sur la réalisation d'un profit ou non: un produit annuel de CHF 250 000.– (art. 10a OAP-LBA) ne signifie pas encore, pour lui seul, que le portefeuille de crédits concerné est générateur de bénéfices ou axé sur un profit. Pour cette question, c'est au contraire la différence entre le produit et les coûts de refinancement qui est décisive. Enfin, il n'est pas non plus exclu qu'une entreprise puisse réaliser un bénéfice avec des prêts au personnel, même si elle les octroie à des conditions préférentielles. Le critère de la réalisation d'un profit ne se prête que dans une mesure limitée à une délimitation entre l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel et celle exercée à titre non professionnel. Néanmoins, il existe de bonnes raisons pour les exceptions spécifiées par l'Autorité de contrôle, mais aussi pour d'autres qu'elle ne cite pas. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'activité d'intermédiaire financier à titre professionnel recouvre des *activités lucratives* exercées à titre principal et à titre accessoire³⁷. Les notions du caractère professionnel et de l'activité lucrative sont concrétisées dans l'art. 2, al. 3, let. a, LBA. Selon cette norme, sont réputés intermédiaires financiers les personnes qui «effectuent des opérations de crédit». La condition générale pour l'assujettissement est donc que l'octroi de crédits représente une activité commerciale proprement dite, qu'elle soit axée sur la réalisation d'un bénéfice ou non. Contrairement à l'Autorité de contrôle³⁸, il y a lieu de comprendre par «similaire à une banque» non pas, apparemment, la réalisation d'un profit, mais le fait *d'exploiter une activité commerciale*. En revanche, l'octroi purement *occasionnel* de crédits ne doit pas tomber sous le coup de la loi, même si les valeurs limites d'après l'art. 10a OAP-LBA sont dépassées. Il convient dès lors d'examiner, dans chaque cas concret, si les limites fixées dans l'art. 10a OAP-LBA sont dépassées. Ensuite, il faut investiguer s'il se présente un octroi de crédit au sens d'une entreprise commerciale. Ce n'est que lorsque ce critère est également satisfait que l'on se trouve face à une activité

exercée à titre professionnel et, partant, tenue à l'assujettissement. Ce dernier critère a, dans tous les cas, le pas sur les valeurs limites de l'art. 10a OAP-LBA, car il est normé au niveau de la loi et, par conséquent, au niveau supérieur. A cet égard, il y a lieu de s'accommoder de ce que l'on ne peut pas se fonder uniquement sur des règles rigides pour la question de l'assujettissement (valeurs seuils quantitatives). Si, par exemple, des partenaires commerciaux s'octroient des crédits s'élevant à un montant revêtant de l'importance selon l'art. 10a OAP-LBA afin de mettre sur pied ou d'assainir une entreprise, un tel octroi de crédits – comparable à celui de prêts au personnel – ne peut être désigné, sans autres, de réalisation d'opérations de crédits. De même, des rapports de crédit entre particuliers ne peuvent être qualifiés d'octroi de crédits à titre professionnel dès que les valeurs limites d'après l'art. 10a LBA sont dépassées; en d'autres termes, une exception à l'assujettissement dans le domaine privé ne se laisse pas motiver uniquement pour l'octroi de crédits entre personnes proches. Conformément au libellé de la loi, tous les cas dans lesquels l'activité de crédit ne représente pas un commerce proprement dit doivent être exceptés du champ d'application de la LBA, ce qui exige un examen du cas d'espèce. Nous estimons qu'une limitation effectuée d'emblée pour des catégories déterminées n'est pas admissible.

Pour un assujettissement à la LBA, il faut dès lors *trois éléments*: avec l'octroi de crédits, (i) un produit annuel supérieur à CHF 250 000.– est réalisé, (ii) le volume des crédits dépasse la valeur limite de CHF 5 millions et (iii) l'octroi de crédits doit se présenter dans le sens d'une entreprise de nature commerciale.

3. Résumé

Les opérations de crédit sont régies par la LBA lorsqu'elles sont effectuées à titre professionnel et que des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers sont impliquées.

Avec l'art. 10a OAP-LBA, entré en vigueur le 1^{er} mai 2006, l'Autorité de contrôle a fixé des valeurs limites nettement supérieures pour admettre une activité de crédit à titre professionnel, lesquelles permettent au surplus une qualification simple dans les cas d'espèce. Désormais, un assujettissement inopiné au champ d'application de la LBA, comme c'était encore le cas sous les art. 4 à 7 OAP-LBA déterminants à l'époque, devrait être exclu, ce qui est à saluer vivement.

Toutefois, même en cas de dépassement des valeurs limites, il y a place pour des exceptions à l'assujettissement. Alors que l'Autorité de

contrôle, dans sa pratique révisée, limite ces exceptions à trois cas d'octroi de crédit simple (octroi de crédit entre société et associé, entre employeur et employés et entre personnes proches), le présent article plaide en faveur d'un catalogue d'exceptions *ouvert*. Ce n'est que lorsque l'octroi de crédits représente également, dans le cas concret, une activité commerciale proprement dite qu'il doit tomber dans la sphère d'application de la LBA. L'établissement d'un catalogue rigide amène certes des avantages incontestés pour l'examen de l'assujettissement obligatoire, mais ne tient pas suffisamment compte du libellé de la loi (personnes qui «effectuent des opérations de crédit»), ni du but de la LBA.

Il est à espérer que l'Autorité de contrôle prendra en considération ces réflexions lors de la mise en œuvre de sa nouvelle pratique.

¹ Art. 2, al. 2, LBA.

² Art. 2, al. 3, LBA.

³ Cf., par exemple, la dénomination intégrale de l'OAP-LBA: «Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 20 août 2002 concernant l'activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire exercée à titre professionnel»; l'OAP-LBA concerne exclusivement les intermédiaires financiers selon l'art. 2, al. 3, LBA (art. 1^{er} OAP-LBA); cf. aussi Pratique de l'Autorité de contrôle: «Le champ d'application personnel et territorial de la loi sur le blanchiment dans le secteur non bancaire», du 22 décembre 2004 (ci-après: Compilation assujettissement AdC), p. 5.

⁴ Cela ressort déjà du titre complet de la loi: «Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent, LBA)»; Rohr, Bin ich Finanzintermediär? Ein Handbuch zur Auslegung von Art. 2 Abs. 3 GwG, Berne 2004, p. 6.

⁵ Art. 11 et 13 s. LBA; toutefois, les avocats et les notaires ne peuvent s'assujettir directement à l'Autorité de contrôle; ils doivent s'affilier à un OAR (art. 14, al. 3, LBA).

⁶ Les art. 3–10 et 14 LBA contiennent les *caractéristiques de base* de ces obligations. Les détails constituent l'objet de l'ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (OBA AdC, déterminante en cas d'assujettissement direct) ainsi que des règlements et des statuts des OAR respectifs.

⁷ L'énumération n'est pas exhaustive.

⁸ Art. 2, al. 3, let. a, LBA.

⁹ Emch/Renz/Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6^e éd., Zurich 2004, p. 234.

¹⁰ Dans le cas du prêt (dans la pratique bancaire, l'*avance à terme fixe*), le bailleur de fonds met, dès le début, l'intégralité des valeurs du prêt à la disposition du bénéficiaire, au sens de la définition légale, art. 312 CO. Il en va autrement, par exemple, du crédit en compte courant, où le bailleur de fonds accorde au bénéficiaire une limite dans laquelle celui-ci peut opérer des prélèvements (cf. De Capitani, in: Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, éditeur: Niklaus Schmid, vol. II, Zurich 2002, p. 677 s.).

¹¹ Rohr, loc.cit., p. 30.

¹² Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, du 17 juin 1996, FF 1996 vol. III (ci-après: message LBA), p. 1118.

¹³ Pratique de l'Autorité de contrôle: «L'assujettissement des opérations de crédits à la loi sur le blanchiment d'argent», du 30 mars 2006 (ci-après: Pratique de l'Autorité de contrôle du 30 mars 2006), p. 1 avec références; Rohr, loc.cit.

¹⁴ Pour la définition des divers genres de crédit, cf. Emch/Renz/Arpagaus, loc.cit., p. 249 ss.; De Capitani, loc.cit., p. 678 ss.; Rohr, loc.cit., p. 31 ss.; cf. aussi la

définition légale du crédit à la consommation dans les art. 1^{er} ss. de la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC).

¹⁵ *De Capitani*, loc.cit., p. 680 s.; Compilation assujettissement AdC, p. 13 ss.; *Rohr*, loc.cit., p. 35 ss.; Pratique de l'Autorité de contrôle du 30 mars 2006, p. 8 ss.

¹⁶ Groupe d'action financière, un organe interétatique dont le but consiste à développer et à encourager des politiques destinées à lutter contre le blanchiment d'argent (Pratique de l'Autorité de contrôle du 30 mars 2006, p. 1 note 6 en bas de page).

¹⁷ Message LBA, p. 1117; Pratique de l'Autorité de contrôle du 30 mars 2006, p. 1 s.

¹⁸ Pratique de l'Autorité de contrôle du 30.3.2006, p. 9.

¹⁹ Etat de fait du défaut de vigilance en matière d'opérations financières.

²⁰ Message LBA, p. 1117; *De Capitani*, loc.cit., p. 668.

²¹ Cf., par exemple, *Rohr*, loc.cit., p. 32.

²² Art. 3, let. f, OAP-LBA (version du 21.3.2006, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2006).

²³ Pratique de l'Autorité de contrôle du 30.3.2006, p. 14.

²⁴ Pratique de l'Autorité de contrôle du 30.3.2006, p. 2 ss.

²⁵ *De Capitani*, loc.cit., p. 681.

²⁶ Pratique de l'Autorité de contrôle du 30.3.2006, p. 7 s.

²⁷ Ainsi, dans le cas normal, le remboursement ou le règlement échelonné d'un crédit a lieu par un transfert d'argent appartenant au bénéficiaire (ou à un tiers), lequel passe en la propriété du bailleur de fonds. Ce dernier accepte donc des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers.

²⁸ *Rohr*, loc.cit., p. 8 s.; *Thelesklav/Wyss/Zollinger*, GwG Geldwäschereigesetz, Kurzkommentar, Zurich 2003, GwG Art. 2 N 13.

²⁹ Compilation assujettissement AdC, p. 15, 39 s.

³⁰ Compilation assujettissement AdC, p. 14.

³¹ Cf. par exemple, *Kuster*, Türkische Kredite der Aktiengesellschaft, NZZ no. 246 du 21 octobre 2004, p. 29.

³² Pratique de l'Autorité de contrôle du 30.3.2006, p. 2.

³³ Pratique de l'Autorité de contrôle du 30.3.2006, p. 2 s.

³⁴ Pratique de l'Autorité de contrôle du 30.3.2006, p. 4 ss.

³⁵ Pratique de l'Autorité de contrôle du 30.3.2006, p. 3.

³⁶ Pratique de l'Autorité de contrôle du 30.3.2006, p. 2.

³⁷ Cf. message LBA, p. 1117.

³⁸ Pratique de l'Autorité de contrôle du 30.3. 2006, p. 2.

Der deutsche Originaltext befindet sich im TREX 3.2006, Seite 160 ff.

→ Für eilige Leser

GwG-Unterstellung: Lockerungen beim Kreditgeschäft

Grundsätzlich hat die Kontrollstelle gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. a. GwG jedes Kreditgeschäft dem GwG unterstellt. Am 15. September 2002 hat sie jedoch Schwellenwerte unter dem Kriterium der «Berufsmässigkeit» erlassen (SR 955.20, VB-GwG). Bis anhin galt demnach als Finanzintermediär, wenn ein Aktionär «seiner AG» ein Darlehen gewährte, falls er nicht die absolute Mehrheit sowohl der Stimmen als auch des Gesellschaftskapitals hielt.

Neu ab 1. Mai 2006: Art. 10a VB-GwG

Die Schwellenwerte der Berufsmässigkeit wurden (nur für die Kreditgeschäfte) wie folgt angehoben: Als «berufsmässig» gelten Kreditgeschäfte mit einem Gesamtvolumen von über 5 Mio Fr. und einem Erlös pro Kalenderjahr von über Fr. 250 000.– (Art. 10a VB-GwG). Gar nicht unterstellt sind Kredite bei folgenden Kriterien:

- Kreditvergabe zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, falls dieser über eine massgebliche Beteiligung verfügt (= mindestens 10% der Stimmen oder des Gesellschaftskapitals),
- Kreditvergabe zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmer,
- Kreditvergabe zwischen nahe stehenden Personen (gemäss Definition nach VB-GwG = Verwandte und Verschwägerte in gerader Linie, Verwandte bis zum 3. Grad der Seitenlinie, Ehegatten (auch geschiedene), Personen in eingetragener Partnerschaft, Miterben bis zum Abschluss der Erbteilung, Nacherben und Nachvermächtnisnehmer nach Art. 488 ZGB)

Einsatz des STVIUSF hat sich gelohnt

Der STVIUSF hatte schon immer die Unterstellung von Darlehen mit einem Zinsertrag von über Fr. 20 000.– (= Kreditgeschäfte) unter das GwG als sehr fragwürdig kritisiert. Insbesondere bei KMU waren solche Darlehen zur Überbrückung von Liquiditätsgapen innerhalb einer AG nicht selten. Dass hier eine GwG-Unterstellung kaum Sinn machte, lag auf der Hand. In der Arbeitsgruppe «Geldwäschereibekämpfung» der economiesuisse (unser Vertreter: Christian Herrmann) hat die SRO-STVIUSF im Mandat des STVIUSF und des Schweizerischen Gewerbeverbandes SGV diese «alte» Unterstellungspraxis klar kritisiert. Die Arbeitsgruppe hat den Kontakt zur Kontrollstelle gesucht und nun mit dem Resultat des erhöhten Schwellenwertes einen beachtlichen Teilerfolg erzielt. Die KMU-Betriebe sind nun weit gehend von der Unterstellungspflicht verschont. Der Einsatz des STVIUSF hat sich somit gelohnt.

(Erich Schibli, lic.iur., Geschäftsführer SRO-STVIUSF)