



L'assujettissement des opérations de crédit à la loi sur le blanchiment d'argent

Conformément à l'art. 2 al. 3 let. a LBA sont réputées intermédiaires financiers les personnes qui „effectuent des opérations de crédit (portant notamment sur des crédits à la consommation ou des crédits hypothécaires, des affacturages, des financements de transactions commerciales ou des leasings financiers)“. Conformément au message, cette disposition entend recouvrir les activités qui „se rapprochent de celles des banques. Bien que ces activités consistent aussi à fournir des crédits, la différence provient du fait que les fonds ne sont pas collectés auprès du public, mais que le refinancement de l'intermédiaire concerné provient principalement du groupe auquel cet intermédiaire appartient“¹.

A première vue, le message incite à admettre qu'un assujettissement conformément à l'art. 2 al. 3 let. a LBA présuppose obligatoirement que le prêteur finance l'activité de crédit par des fonds provenant de sources extérieures. Mais cela n'est pas convaincant. Contrairement à la loi sur les banques², la LBA n'a pas pour but de protéger les créanciers. Pour cette seule raison déjà, la question de l'assujettissement à la LBA ne peut dépendre de la provenance des moyens financiers cédés par le bailleur. Par ailleurs, la doctrine pertinente avance de façon convaincante³ que dans les opérations de crédit, le danger de blanchiment d'argent existe déjà du fait de l'octroi de crédit à l'actif du bilan. En d'autres termes, le risque de blanchiment d'argent existe indépendamment du volet refinancement des opérations de crédit, du simple fait qu'il est possible que le versement du capital prêté intervienne sous forme d'argent « propre » et que le paiement des intérêts ainsi que l'amortissement soit effectué au moyen d'argent « sale ». Au vu de ce qui précède, une opération de crédit est donc aussi assujettie à la LBA lorsque son refinancement n'est pas réalisé au moyen de fonds provenant de sources extérieures mais exclusivement avec les ressources propres de l'intermédiaire financier.

L'art. 2 al. 3 let. a LBA part d'une notion large du crédit qui ne se limite pas aux prêts purs⁴. Cette disposition s'inspire largement de la réglementation de l'UE⁵ et du GAFI⁶

¹ FF 1996 III 1074.

² Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, LB, RS 952.0.

³ De Capitani § 8/ 1^{er} chapitre: "Allgemeine Bestimmungen – GwG2", N. 33, Schmid (éd), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, vol. II, Zürich 2002.

⁴ Art. 312 ss CO.

⁵ Union Européenne.

dont elle veut atteindre le standard⁷. Ces standards internationaux ne comprennent pas seulement les crédits d'argent mais également les financements de toutes sortes et même les crédits d'engagement. En renonçant à reprendre les dispositions correspondantes de l'UE et du GAFI, le législateur suisse a refusé clairement l'assujettissement de ce dernier type d'opérations. Les cautionnements, garanties, crédits par acceptation et autres engagements conditionnels en faveur de tiers ne constituent donc pas des opérations d'intermédiation financière assujetties à la LBA. Par contre, toutes les formes de crédit et toutes les sortes de financement sont assujetties, indépendamment du but auquel l'argent est destiné, et indépendamment de la garantie octroyée.

Comme cela a été mentionné ci-dessus, l'art. 2 al. 3 let. a LBA a pour but d'assujettir les opérations de crédit et vise en cela les activités de crédit qui se rapprochent de celles des banques⁸. En précisant que l'activité de crédit soumise à la LBA devait ressembler à celle des banques, le législateur avait l'intention de distinguer les affaires visant à générer un profit (les opérations de crédit) des activités tendant principalement à un autre but et n'ayant, de ce fait, pas un caractère bancaire (simple octroi de crédit). Les opérations de crédit effectuées à titre professionnel⁹ sont axées sur le profit et par conséquent assujetties à la LBA, alors que le simple octroi de crédit y échappe, indépendamment du type de crédit¹⁰.

En général, le but principal visé par un simple octroi de crédit n'est pas de générer un profit. Dans les situations dépeintes ci-dessous, l'on peut partir du principe qu'il s'agit de simples octrois de crédit, qui échappent par conséquent à un assujettissement à la LBA:

- Octroi de crédit entre une société et son associé,
- Octroi de crédit entre un employeur et son employé,
- Octroi de crédit entre personnes proches.

1 Octroi de crédit entre une société et son associé

Lorsqu'un associé détient une participation significative d'une société, les relations de crédit entre cet associé et la société ne tombent pas sous le coup de l'art. 2 al. 3 let. a LBA, qu'il joue le rôle de donneur ou de preneur de crédit.

⁶ Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux, un organisme intergouvernemental qui a pour but d'établir et de promouvoir des normes et une politique de lutte contre le blanchiment d'argent ; <http://www.fatf-gafi.org/index.htm>.

⁷ FF 1996 III 1073.

⁸ FF 1996 III 1074.

⁹ Ch. 6 L'activité à titre professionnel en matière d'opérations de crédit.

¹⁰ Ch. 4 Les divers types de crédits.

Une personne physique ou morale détient une participation significative d'une société lorsqu'elle possède directement ou indirectement 10% du capital et/ou des voix de cette société. La pratique de l'Autorité de contrôle¹¹ applicable aux groupes de sociétés reste valable mais se voit étendue en ce qui concerne l'activité de crédit. Ainsi, il n'est pas nécessaire que le crédit ait été octroyé dans le cadre d'un groupe intégralement consolidé¹². Une participation de 10% entre le donneur et le preneur de crédit suffit à exclure un assujettissement à la LBA. Pour calculer ce pourcentage, on se base sur le capital propre de la société, c'est-à-dire sur le capital-actions et le capital-participations. Le capital en bons de jouissance n'est pas pris en compte. Les détenteurs de tels bons ne peuvent dès lors pas invoquer la présente réglementation d'exception.

La participation significative doit persister pendant toute la durée du contrat. Si cette condition prend fin, le donneur de crédit est aussitôt considéré comme intermédiaire financier. Pour peu qu'il exerce cette activité à titre professionnel¹³, il est tenu, dans un délai de deux mois¹⁴, d'obtenir son affiliation auprès d'un OAR ou de déposer une demande d'autorisation auprès de l'Autorité de contrôle.

Cette pratique s'applique aux crédits impliquant toutes les personnes morales pour lesquelles il est possible de participer soit au niveau du capital, soit au niveau du droit de vote (société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée et coopérative). Pour les crédits impliquant des sociétés de personnes, les règles suivantes sont applicables:

- Société en nom collectif

Les associés d'une société en nom collectif ne tombent pas sous le coup de la LBA lorsqu'ils prêtent de l'argent à leur propre société. Lorsqu'une société en nom collectif accorde un prêt à l'un de ses associés, il s'agit également d'un simple octroi de crédit qui échappe au champ d'application de la LBA.

- Société en commandite

En ce qui concerne les sociétés en commandite, il faut distinguer les associés indéfiniment responsables des associés dont la responsabilité est limitée (les commanditaires). Les relations de crédit entre les associés indéfiniment responsables et leur société n'entrent pas dans le domaine d'application de la LBA. Pour peu qu'un commanditaire détienne une participation significative de la société, les relations de crédit entre ce commanditaire et la société échappent également à la LBA. On considère qu'il y a participation significative lorsque la valeur additionnée de la commandite et de la réserve proportionnelle représente au moins 10% du capital de la société. Si cette preuve ne peut pas être apportée, il faut se fonder sur la proportion entre le montant de la commandite et celui du

¹¹ CA AdC, ch. 2.12.2 Opérations financières entre des sociétés affiliées à un même groupe.

¹² Une participation supérieure à 50%.

¹³ 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 (OAP-LBA ; RS 955.20).

¹⁴ Art. 11 OAP-LBA.

capital social tels qu'ils apparaissent au bilan. Les relations de crédit entre un commanditaire et la société ne sont également pas soumises à la LBA lorsque ce commanditaire dispose d'au moins 10% des voix de la société.

Les relations de crédit entre le propriétaire d'une raison individuelle et son entreprise ne sont jamais considérées comme de l'intermédiation financière. En effet, il n'y a pas seulement une unité économique, mais également une unité juridique entre le patrimoine du chef de maison et le patrimoine de la raison individuelle.

Il n'est pas possible de détenir des participations à des fondations et à des associations. C'est pourquoi les activités de crédit impliquant ce type d'entités sont en principe soumises à la LBA. Il y a cependant quelques exceptions:

Lorsqu'une fondation accorde un crédit à un bénéficiaire en conformité avec ses statuts, l'on considère que cette démarche n'est pas prioritairement destinée à générer un profit. C'est pourquoi elle doit être qualifiée de simple octroi de crédit, échappant ainsi au domaine d'application de la LBA.

En ce qui concerne les fondations de famille, pour peu que cela soit prévu par les statuts, tant l'octroi d'un crédit par la fondation à un bénéficiaire que l'opération inverse (octroi d'un crédit par le bénéficiaire à la fondation) ne sont pas soumis à la LBA étant donné que ces activités de crédit – à l'instar de celles qui impliquent des personnes proches¹⁵ – ne ressemblent pas à celles des banques.

Les relations de crédit touchant une association reconnue comme étant d'utilité publique, et libérée comme telle de ses obligations fiscales, échappe à la LBA pour peu que ce crédit soit en rapport avec le but d'intérêt public de l'association.

Pour ce qui touche aux sociétés simples, il est renvoyé aux chapitres relatifs à la propriété commune¹⁶ et à la copropriété¹⁷, ainsi qu'aux accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire¹⁸.

1.1 Actions en propriété collective

Comme toute autre chose, les actions peuvent aussi faire l'objet d'une propriété collective (copropriété ou propriété commune). En principe, les personnes qui détiennent des actions en propriété collective ne peuvent exercer les droits liés à leur(s) action(s) que par le biais d'un représentant commun¹⁹.

¹⁵ Ch. 3 Octroi de crédit entre personnes proches.

¹⁶ Ch. 1.1.2 Actions en propriété commune.

¹⁷ Ch. 1.1.1 Actions en copropriété.

¹⁸ Ch. 1.4 Accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire.

¹⁹ Art. 690 al. 1 CO.

1.1.1 Actions en copropriété

Conformément à la jurisprudence fédérale et à la doctrine²⁰, le copropriétaire d'un paquet d'actions a le droit de demander la levée de la copropriété de façon immédiate et simplifiée. Il peut ainsi en tout temps et sans devoir obtenir l'accord des autres copropriétaires, disposer du nombre d'actions qui lui échoient en vertu du partage. Une relation de crédit entre une société et une personne qui possède des actions en copropriété peut donc échapper au champ d'application de la LBA si les actions que cette personne peut en tout temps retirer du paquet d'actions en copropriété représentent au moins 10% du capital ou des voix de la société.

1.1.2 Actions en propriété commune

L'art. 690 CO, appliqué aux actions en propriété commune, en particulier dans le cadre d'une hoirie, signifie que les droits des actionnaires ne peuvent être exercés qu'en commun par l'exécuteur testamentaire ou par un représentant désigné par la communauté des propriétaires. La doctrine²¹ unanime estime que la communauté héréditaire elle-même est considérée comme actionnaire, et annotée en tant que telle au registre des actions s'il s'agit d'actions nominatives. Si le paquet d'actions détenu par la communauté des propriétaires représente au moins 10% du capital ou des voix de la société, les relations de crédit entre la communauté de propriétaires et la société échappent à la LBA aussi longtemps que dure cette situation en matière de participation.

Cependant, les membres individuels de cette communauté de propriétaires ne peuvent pas se prévaloir de leur part à la propriété collective du paquet d'actions pour en tirer des droits. Ainsi, les relations de crédit entre la société et chacun des communistes individuellement sont soumises à la LBA .

1.2 Droits réels limités sur des actions

1.2.1 Actions grevées d'un usufruit

Il appartient à l'usufruitier de représenter l'action grevée d'un usufruit²². L'usufruitier est responsable envers le propriétaire de l'action s'il ne prend pas les intérêts de ce dernier en équitable considération. Les droits patrimoniaux et les droits de participer aux décisions découlant de l'action passent à l'usufruitier²³. En effet, l'usufruitier a des droits sur le produit de la chose et non pas sur la substance de la chose proprement dite. Compte tenu des effets de l'usufruit, les relations de crédit entre une société et un usufruitier

²⁰ ATF 112 II 406 ss, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, Berne 1996, § 45 N. 9.

²¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, Bern 1996, § 45 N. 5 (note en bas de page 1), avec référence à Lenhard, Erwerb von vinkulierten Namenaktien, Diss. Zürich 1975, 79.

²² Art. 690 al. 2 CO.

²³ Art. 755 CC.

doivent être considérées de la même manière que celles qui prévalent entre une société et un actionnaire (pleinement) propriétaire de son paquet d'actions. Partant, si une personne détient, en tant qu'usufruitier, au moins 10% des voix dans une société, les relations de crédit entre cet usufruitier et la société ne sont pas soumises à la LBA.

Comme exposé plus haut, la propriété de l'action ne passe pas à l'usufruitier, mais reste en mains du nu propriétaire. Les relations de crédit entre une société et un nu propriétaire d'actions échappent à la LBA dès le moment où le propriétaire en question possède au moins 10% du capital.

1.2.2 Actions givées d'un droit de gage

Lors de l'assemblée générale, les actions données en gage sont représentées par l'actionnaire lui-même, et non pas par le créancier gagiste²⁴. Partant, le créancier gagiste a l'obligation de permettre à son débiteur d'exercer ses droits d'actionnaire.

Compte tenu de la position particulière du créancier gagiste, il convient de différencier une relation de crédit entre une société et un créancier gagiste d'une relation de crédit entre une société et un actionnaire sur le plan de l'assujettissement à la LBA. Quand bien même le créancier gagiste acquiert la possession des actions en vertu du contrat de gage, il ne devient pas pour autant actionnaire de la société. Il ne dispose d'aucun droit d'actionnaire. Le transfert de possession a pour unique but de garantir une quelconque prestation. C'est pourquoi les relations de crédit entre une société et un créancier gagiste qui possède des actions de cette société à titre de gage sont soumises à la LBA.

L'actionnaire dont les actions sont givées d'un gage continue d'être considéré comme un actionnaire "complet". En donnant ses actions en gage, il n'abandonne pas ses droits d'actionnaire. Aussi y a-t-il lieu, sur le plan de l'assujettissement à la LBA, de considérer une relation de crédit entre l'actionnaire dont les actions sont givées d'un gage et la société comme s'il s'agissait d'un actionnaire disposant d'actions non givées. Partant, l'actionnaire qui accorde un prêt à une société sur laquelle il détient une participation significative n'est pas soumis à la LBA même s'il a mis toutes ses actions en gage. Cela vaut également lorsque la société octroie un crédit à un actionnaire dont la participation est significative, même si ce dernier a engagé ses actions.

1.3 Possession d'actions à titre fiduciaire

Les actions peuvent également faire l'objet de relations fiduciaires. Quand bien même un fiduciaire détient les actions pour le compte de ses clients, il est perçu par les tiers comme leur véritable titulaire. Cependant, dans le cadre du contrat qui le lie à son client, le fiduciaire s'engage à exercer les droits d'actionnaire d'une certaine manière²⁵.

²⁴ Art. 905 CC.

²⁵ ATF 71 II 100 s.

Un contrat fiduciaire est par contre nul de plein droit²⁶ s'il est destiné à contourner des dispositions légales contraignantes, en particulier les dispositions relatives au droit des actions. Ainsi un actionnaire ne peut-il pas contourner une limitation de son droit de vote en confiant les actions à une tierce personne qui voterait selon ses directives²⁷.

Compte tenu de la situation particulière du fiduciaire, telle qu'elle a été décrite ci-dessus, les relations de crédit entre un fiduciaire détenant des actions d'une société et cette société sont soumises à la LBA. Par contre, le client qui a confié ses actions au fiduciaire doit toujours être considéré comme actionnaire, étant donné qu'il continue d'exercer ses droits par le biais des directives qu'il donne au fiduciaire. Une relation de crédit entre une société et un tel actionnaire échappe à la LBA pour peu que l'actionnaire en question détienne une participation significative à la société.

1.4 Accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire

Lorsque plusieurs actionnaires décident de se mettre ensemble et d'unir leurs voix, ils poursuivent un but commun en unissant leurs forces et leurs ressources. De ce fait, ils constituent une société simple²⁸ et sont donc soumis aux règles du CO relatives au droit de la société simple²⁹. Le but de cette société simple est d'exercer en commun le droit de vote accordé individuellement à chaque détenteur d'action. Les voix, incarnées par les actions, font ainsi partie des biens communs des associés de cette société simple. Une relation de crédit entre la société anonyme et la société simple échappe donc à un assujettissement à la LBA si la société simple détient au moins 10% des voix, c'est-à-dire une participation significative à la société anonyme. Par contre, si l'un des actionnaires partie à ce type d'alliance demande ou accorde à titre individuel un crédit à la société anonyme, il ne peut pas s'appuyer sur le nombre de voix appartenant à la société simple. Dans ce cas, le donneur de crédit est donc soumis à la LBA s'il ne détiennent pas à titre personnel au moins 10% des voix.

2 Octroi de crédit entre employeur et employés

Les relations de crédit entre un employeur et ses employés ne tombent pas sous le coup de l'art. 2 al. 3 let. a LBA lorsque l'employeur est tenu de verser des contributions sociales pour activité dépendante pour ces employés. Ces considérations sont valables quel que soit l'utilisation qui est faite du crédit et quelles que soient les garanties demandées par le donneur de crédit.

²⁶ Art. 20 CO.

²⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, Berne 1996, §45 N. 41.

²⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, Berne 1996, § 39 N. 162 ss, ATF 88 II 172 ss.

²⁹ Art. 530 ss CO.

La condition (obligation de verser des contributions sociales pour l'employé) doit persister durant toute la vie du contrat. Si cette condition prend fin, le donneur de crédit est aussitôt considéré comme intermédiaire financier. Pour peu qu'il exerce cette activité à titre professionnel³⁰, il est tenu, dans un délai de deux mois³¹, d'obtenir son affiliation auprès d'un OAR ou de déposer une demande d'autorisation auprès de l'Autorité de contrôle.

2.1 Traitement identique des employés et des organes exécutifs

Conformément à une pratique constante du Tribunal fédéral³² et des caisses de compensation, les organes exécutifs sont traités comme exerçant une activité lucrative dépendante. Le critère des contributions sociales pour activité dépendante est par conséquent également applicable aux organes exécutifs.

2.2 Organes fiduciaires

Un organe fiduciaire exerce son mandat en lieu et place d'une autre personne qu'il "représente". L'obligation de se conformer à des directives peut résulter d'un contrat de travail (lorsqu'un employeur charge son employé d'accepter une fonction d'administrateur dans société tierce) ou d'un mandat fiduciaire (l'ayant-droit économique de la société mandate l'employeur ou l'employé pour exercer cette fonction). Les relations de crédit entre l'organe soumis à des directives et la société ne se distinguent pas d'un crédit ordinaire, et sont donc soumises à la LBA. Ne peuvent se prévaloir de l'exception à l'assujettissement à la LBA des relations de crédit que les organes qui exercent cette activité de façon autonome, c'est-à-dire sans être soumis à des directives.

3 Octroi de crédit entre personnes proches

Les relations de crédit entre personnes proches ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 2 al. 3 let. a LBA.

Le concept de personne proche est défini dans l'OAP-LBA³³. Il s'agit des parents et alliés en ligne directe, des parents en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, des conjoints (même divorcés), des partenaires enregistrés, des cohéritiers jusqu'à la clô-

³⁰ 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 (OAP-LBA ; RS 955.20).

³¹ Art. 11 OAP-LBA.

³² ATF 121 I 262 cons. 3b.

³³ Art. 3 let. e OAP-LBA, dans sa version du 21 mars 2006, qui entrera en vigueur au moment de sa publication dans le Recueil Officiel.

ture du partage successoral et des appelés et des substituts du légataire au sens de l'art. 488 CC.

4 Les divers types de crédit

4.1 Crédits en espèces

La remise d'argent au bénéficiaire du crédit contre son engagement à rembourser le montant reçu et éventuellement à verser les intérêts y afférant est en principe assujettie à la LBA. Savoir à quelle fin le bénéficiaire du crédit utilise les sommes reçues ne joue aucun rôle pour l'assujettissement à la LBA. Ce ne sont donc pas seulement les crédits hypothécaires et les crédits à la consommation expressément énumérés dans la loi qui sont assujettis. De même, la garantie octroyée n'est pas déterminante pour l'assujettissement. Ainsi, les crédits garantis par gage ou d'une autre manière sont également assujettis, qu'il s'agisse d'un gage mobilier ou immobilier. Les maisons de prêts sur gage, qui accordent des prêts contre remise d'un gage mobilier, sont par conséquent soumises à la LBA.

En résumé, on peut retenir que les crédits en compte-courant, les crédits cambiaires, les crédits lombards et les prêts à long terme sont soumis à la LBA. Il en va de même des prêts partiaux et des prêts de rang postérieur, car c'est l'opération de crédit qui prévaut dans ces cas de figure.

Par contre, le crédit de livraison et le versement d'acomptes par des clients, dont le but principal est le paiement de marchandises, échappent au domaine d'application de la LBA. Le crédit d'aval et le crédit de cautionnement ne sont également pas soumis à la LBA puisqu'il s'agit d'opérations de garantie.

4.2 Crédits à la consommation

En ce qui concerne les crédits à la consommation, il convient de relever que la loi sur le crédit à la consommation³⁴ prévoit que les crédits accordés sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire sont également considérés comme des crédits à la consommation. Ces termes ne peuvent cependant pas être transposés sans autres à l'obligation d'assujettissement à la LBA. Lorsque l'art. 2 al. 3 let. a LBA évoque les crédits à la consommation et les crédits hypothécaires en tant que crédits soumis, c'est pour dire que les crédits d'argent sont assujettis quelle que soit l'utilisation qui est faite des fonds. En évoquant le crédit à la consommation, cette disposition n'entend par contre pas soumettre à la LBA tous les délais et les facilités de paiement dès lors qu'il ne s'agit que de modalités de paiement et non de flux d'argent.

³⁴ Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC, RS 221.214.1).

4.3 Financement commercial

Selon la lettre de la loi, le financement de transactions commerciales est clairement assujetti. Ce terme comprend en règle générale le crédit d'escompte, le crédit contre cession, l'affacturage³⁵, le financement à forfait³⁶ et le leasing financier, mais également le crédit sur marchandises.

En principe, le donneur de crédit est assujetti à la LBA pour toutes ces formes de crédit. Il se peut cependant qu'il n'y ait pas d'assujettissement dans de tels cas dans la mesure où, dans le cadre d'une transaction commerciale entre deux parties, l'élément de simple modalité de paiement l'emporte sur la volonté d'octroyer un crédit. En effet, lorsque le crédit est accordé à un client qui a pris ou va prendre livraison de marchandises auprès de cette entreprise, il n'y a pas d'intermédiation financière. Dans ce cas en effet, le crédit correspond soit à une modalité de paiement³⁷, soit il s'agit d'un leasing direct³⁸, qui ne sont pas assujettis à la LBA. L'assujettissement n'intervient que lorsque la partie crédit prévaut sur la partie transaction commerciale, à savoir lorsque le donneur de crédit accorde des crédits à des personnes et entreprises qui n'achètent pas de marchandises chez lui, ou lorsque le donneur de crédit n'est pas le même que celui qui livre les marchandises.

4.4 Affacturage

Tout affacturage comprend une fonction de service, une fonction de financement et/ou une fonction de garantie contre les risques (risque de ducroire). Lorsque l'agent de factoring reprend le risque d'insolvabilité des créances, on parle d'affacturage proprement dit. En revanche, si la prise en charge du risque de ducroire n'a pas été convenue, il s'agit d'affacturage improprement dit. Les deux formes d'affacturage peuvent être assujetties à la LBA. Un assujettissement presuppose néanmoins nécessairement que l'agent de factoring finance le client. Cette condition découle de l'art. 2 al. 3 let. a LBA qui classe l'affacturage comme opération de crédit. Il y a par conséquent affacturage assujetti à la loi si l'agent de factoring porte une somme au crédit de son client avant l'entrée de la prestation débitrice.

Partant de cette acception large, l'art. 2 al. 3 let. a LBA s'étend en particulier également au „maturity factoring“. Dans cette forme d'affacturage, l'agent de factoring porte au crédit de son client la contrepartie des créances cédées à l'échéance, ou juste après, mais indépendamment du fait que le tiers débiteur a déjà payé ou non.

³⁵ Ch. 4.4 Affacturage.

³⁶ Ch. 4.5 Financement à forfait.

³⁷ Ch. 4.2 Crédit à la consommation.

³⁸ Ch. 4.6 Leasing financier.

4.5 Financement à forfait

Le financement à forfait est une variante de l'affacturage proprement dit. Il désigne l'acquisition de créances clairement définies avec une renonciation simultanée à se retourner contre le créancier cédant. Le risque de ducroire et celui de transfert, de même que le risque de change et celui lié à l'évolution politique sont également cédés. Le financement à forfait est assujetti à la LBA, puisqu'un financement a lieu.

4.6 Leasing financier

Le leasing financier selon l'art. 2 al. 3 let. a LBA englobe les relations de leasing où intervient, à côté du fabricant, fournisseur ou commerçant et du preneur de leasing, une société de leasing comme tiers. En conséquence, la LBA ne s'applique pas aux rapports de leasing directs avec deux intervenants seulement, le fabricant et le preneur de leasing.

L'assujettissement de la société de financement à la LBA dépend en outre du fait qu'un contrat de leasing soit défini comme leasing financier ou leasing opérationnel. Alors que le leasing financier est assujetti, le leasing opérationnel n'est en principe pas soumis à la LBA.

Un leasing financier est pour l'essentiel caractérisé par le fait que le donneur de leasing remet l'objet au preneur de leasing pour une durée contractuelle non résiliable correspondant plus ou moins à la durée de vie économique de l'objet du leasing et par le fait que la somme des acomptes du leasing atteint approximativement la valeur d'acquisition de l'objet, y compris les frais de financement. A l'opposé, un leasing opérationnel consiste à céder des objets pour une durée relativement brève au moyen d'un contrat facilement résiliable, éventuellement après une durée contractuelle de base également brève. Par ailleurs, ces deux genres de leasing se distinguent sous l'angle de la répartition des risques et des charges liés à l'objet. Dans le cas du leasing financier, le preneur de leasing assume en général tous les risques et toutes les charges découlant de l'objet, tels que l'entretien, les assurances, les impôts, le risque de force majeure, etc.. Dans le cas d'un leasing opérationnel, c'est en revanche le donneur de leasing qui supporte les charges et les risques cités.

Une variante courante du leasing est celle du leasing à la consommation. Les critères qui caractérisent le leasing à la consommation sont les suivants : le preneur de leasing supporte les risques ainsi que les charges de l'objet et la résiliation avant échéance ne peut se faire que moyennant certaines contraintes temporelles et financières déterminées. En outre, il faut souligner qu'en pratique, la durée du leasing à la consommation est proche de la durée de vie ou de l'amortissement de l'objet en leasing. Par ailleurs, au regard de l'art. 1 al. 2 let. a LCC³⁹, les contrats de leasing portant sur des choses mobilières servant à l'usage privé du preneur et qui prévoient une augmentation des redevances convenues en cas de résiliation anticipée du contrat sont considérés

³⁹ Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC, RS 221.214.1).

comme des crédits à la consommation. Or, selon l'art. 2 al. 3 let. a LBA, le crédit à la consommation a expressément été qualifié par le législateur comme étant une activité d'intermédiation financière. Dans ces conditions, le leasing à la consommation doit être qualifié d'intermédiation financière soumise à la LBA.

Aucune différence n'est faite quant à l'objet du leasing. Tant des biens d'investissement que des biens de consommation peuvent faire l'objet d'un leasing financier en conformité avec l'art. 2 al. 3 let. a LBA.

4.7 Recouvrement de créances

Le terme de recouvrement de créances peut recouvrir différentes significations. Dans le présent contexte, il faut comprendre le recouvrement, sur mandat du créancier, de créances arrivées à échéance. Le mandataire chargé de cette opération peut soit agir comme représentant direct du créancier, soit se faire céder à titre fiduciaire des créances par ce dernier et se présenter en son nom propre face au débiteur.

Les entreprises de recouvrement de créances ne sont pas des intermédiaires financiers au sens de la LBA même lorsqu'elles transmettent des paiements en monnaie scripturale d'un débiteur à un créancier par l'intermédiaire de leur propre compte. Cette pratique se justifie pour les raisons suivantes:

- Toute opération d'affacturage comprend à la base une activité d'encaissement. L'affacturage n'est cependant soumis à la LBA que si l'activité d'encaissement est complétée par un financement. Lorsque l'affacturage se limite à la gestion et à l'encaissement de créances on parle d'un affacturage de base qui ne constitue pas une opération de crédit au sens de l'art. 2 al. 3 let. a LBA et ne tombe donc pas sous le coup de la LBA. Comme le législateur ne soumet pas à la LBA l'affacturage de base, les sociétés de recouvrement de créances doivent être exclues du champ d'application de cette loi.
- Soumettre les sociétés de recouvrement de créances à la LBA n'a de sens que si celles-ci sont en mesure d'identifier les débiteurs, blanchisseurs d'argent potentiels. Une identification des débiteurs est cependant exclue d'emblée en raison de la conception qui est à la base de toute la LBA. L'ensemble des obligations de diligence incombe aux intermédiaires financiers présupposent en effet nécessairement une relation contractuelle. Or les clients d'une société de recouvrement de créances sont toujours les créanciers, jamais les débiteurs.
- Selon les standards internationaux, l'activité des sociétés de recouvrement de créances ne doit pas être considérée comme une activité d'intermédiaire financier.

5 Titres et autres produits financiers

Le souscripteur et l'acquéreur de titres du marché financier tels que des obligations sous toutes leurs formes⁴⁰, d'obligations de caisse et de papiers monétaires sous forme d'obligations⁴¹, devient le créancier de l'émetteur de ces documents par la souscription et l'acquisition.

Les investisseurs qui souscrivent de tels placements financent leur émetteur⁴². En outre, les souscripteurs primaires, à l'instar des personnes qui acquièrent le papier-valeur plus tard, se voient verser des intérêts et se voient éventuellement rembourser le montant investi par l'émetteur. En raison de la particularité de ce type de financement, l'art. 2 al. 3 let. a LBA n'est toutefois pas applicable en l'espèce. Ici, le client souscrit ou acquiert sur le marché secondaire une créance qui est matérialisée par un papier-valeur (obligation) et donc négociable. Il n'a pas pour principale volonté d'accorder un crédit à l'entreprise émettrice. Bien au contraire, il a pour but d'acquérir un produit financier. Il acquiert ainsi auprès de l'émetteur un produit financier émis sous une forme standardisée.

Qu'un investisseur puisse devenir un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 let. a LBA par le simple fait d'avoir acheté de tels "produits" n'était manifestement pas la volonté du législateur. Le cercle des personnes soumises à la LBA ne pourrait ainsi plus être clairement défini, car chacun serait un intermédiaire financier potentiel. Un assujettissement des détenteurs d'obligations à la LBA conduirait à des situations complètement absurdes, et serait contraire au principe de proportionnalité et à l'esprit de la loi. Les intermédiaires financiers que le législateur avait pour but de soumettre à la loi sont avant tout les prestataires de services financiers. Le financement d'un tiers par le biais de l'achat d'un papier-valeur négociable ne constitue pas un service financier, mais un simple achat de produit. Il ne peut dès lors pas s'agir d'une activité de crédit au sens de l'art. 2 al. 3 let. a LBA.

Ces considérations sont également valables pour les formes hybrides d'émissions telles que les emprunts convertibles (Convertible Bond), les emprunts obligatoirement convertibles (Mandatory Convertible Bonds), les emprunts de conversion (Exchangeables) et les emprunts à option (emprunts liés à l'existence d'un warrant).

Dans le domaine des obligations (y inclus les formes hybrides d'émissions), une soumission à la LBA peut le cas échéant se présenter lorsque ces papiers-valeurs sont né-

⁴⁰ Par ex. notes, obligations à coupon zéro, obligations d'escompte, obligations à haut risque et à haut rendement, emprunts à deux monnaies ou obligations à taux variable.

⁴¹ Par ex. Treasury Bills, acceptations bancaires ou certificats de dépôt.

⁴² Une banque, une autre entreprise ou l'Etat.

gociés⁴³, conservés ou gardés en dépôt⁴⁴ ou encore lorsqu'ils font l'objet d'un transport physique⁴⁵.

En application des mêmes règles, les placements suivants ne sont en particulier pas considérés comme des opérations de crédit au sens de l'art. 2 al. 3 let. a LBA:

- les dépôts à vue;
- les dépôts à terme;
- les dépôts d'épargne ou de placement;
- les dépôts à terme à titre fiduciaire;
- l'argent au jour le jour;
- les créances comptables négociables émises par la Confédération, les cantons, la Banque nationale et les grandes entreprises;
- les lettres de gage;
- les cédules hypothécaires.

Pour conclure, il sied encore de préciser que l'émetteur de papiers-valeur n'est en principe pas soumis à la LBA s'il utilise l'argent récolté par ce biais pour financer sa propre activité. Par contre, s'il offre d'autres services financiers, il devient un intermédiaire financier (voir pratique relative aux caisses d'épargne d'entreprise⁴⁶ et aux organisations d'utilité publique⁴⁷).

6 L'activité à titre professionnel en matière d'opérations de crédit

Le moment à partir duquel une activité de crédit est exercée à titre professionnel fait l'objet d'une réglementation spéciale⁴⁸. Ainsi, celui qui exerce une activité de crédit le fait à titre professionnel lorsque deux critères combinés, relatifs au produit et au volume de crédits, sont réalisés. Concrètement, cela signifie que le donneur de crédit n'agit à titre professionnel que s'il réalise un produit supérieur à CHF 250'000.- et que le volume des crédits accordés à des tiers dépasse CHF 5 mio.

Dans le domaine du crédit, il ne faut donc pas se référer aux critères généraux définis aux art. 4 à 7 OAP LBA, comme par exemple le nombre de cocontractants et le volume des transactions, pour examiner si une personne agit à titre professionnel ou non.

⁴³ Art. 2 al. 2 let. b ou art. 2 al. 3 let. c LBA.

⁴⁴ Art. 2 al. 3 let. g en relation avec la clause générale de l'art. 2 al. 3 LBA.

⁴⁵ Clause générale de l'art. 2 al. 3 LBA.

⁴⁶ CA AdC, ch. 2.12.3 Caisses d'épargne d'entreprise.

⁴⁷ CA AdC, ch. 2.12.4 Associations, fondations et coopératives.

⁴⁸ Art. 10a OAP-LBA, dans sa version du 21 mars 2006, qui entrera en vigueur au moment de sa publication dans le Recueil Officiel.

Si une personne offre simultanément des prestations de service dans le domaine du crédit et dans un autre domaine soumis à la LBA, chacun des deux domaines doit être examiné indépendamment de l'autre pour déterminer si cette personne agit à titre professionnel ou non. Si le niveau professionnel est atteint dans l'un des deux domaines, l'obligation d'assujettissement est étendue à l'autre domaine d'activité (théorie de la contamination).