

Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA)

**Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative à la
révision partielle de l'OBA-FINMA, qui a eu lieu du 4 septembre
au 16 octobre 2017**

20 juin 2018

Table des matières

Eléments essentiels	3
Liste des abréviations.....	5
1 Introduction	7
2 Prises de position reçues	7
3 Résultats de l’audition et évaluation par la FINMA	8
3.1 Principes.....	9
3.2 Champ d’application.....	10
3.3 Obligations de diligence générales	13
3.3.1 Vérification du statut de l’ayant droit économique et mise à jour des informations relatives aux clients	13
3.3.2 Indications lors de virements	15
3.3.3 Obligations de diligence simplifiées pour les émetteurs de moyens de paiement	16
3.4 Obligations de diligence spéciales	18
3.4.1 Rapport avec des pays considérés à haut risque ou non coopératifs	18
3.4.2 Interposition d’autres prestataires	20
3.4.3 Clarifications en cas de sociétés de domicile et de structures complexes.....	21
3.4.4 Procédure d’établissement des critères de risque	25
3.5 Mesures organisationnelles	25
3.6 Poursuite de la relation d’affaires et communication	26
3.6.1 Doutes sur la qualité d’une relation d’affaires et droit de communication	26
3.6.2 Rupture de la relation d’affaires et exécution des ordres du client	27
3.7 Dispositions spéciales applicables aux directions de fonds, sociétés d’investissement au sens de la LPCC et gestionnaires de fortune au sens de la LPCC ainsi qu’aux IFDS.....	28
4 Suite de la procédure	29

Eléments essentiels

Raisons de la révision partielle

1. Dans le cadre de son quatrième rapport d'évaluation, le Groupe d'Action Financière (GAFI) a certes accordé de bonnes notes à la Suisse, mais a également identifié différentes lacunes dans le dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. La Suisse fait donc actuellement l'objet d'un processus de suivi approfondi. Pour que la Suisse puisse quitter ce processus, des adaptations de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent sont, notamment, nécessaires.
2. Le projet fait partie intégrante d'une série de travaux de suivi du rapport d'évaluation mutuelle du GAFI décidée par le Conseil fédéral et dont il a fait état dans son [communiqué de presse du 28 juin 2017](#), en soulignant la nécessité de réviser l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent.

Prises de position

3. La nécessité de réviser partiellement l'OBA-FINMA afin de combler les lacunes identifiées dans le cadre de l'évaluation mutuelle du GAFI n'a pas été remise en question par les participants à l'audition. De même, les participants à l'audition estiment que la formulation des mesures et nouveautés proposées par la FINMA dans le cadre du projet de l'OBA-FINMA est en principe compréhensible. Il a été notamment considéré que l'approche orientée sur les risques suivie dans le cadre de cette révision partielle est pertinente pour atteindre les objectifs fixés.
4. Pour certaines dispositions cependant, demande a été faite d'une mise en œuvre encore plus conséquente de l'approche fondée sur les risques ainsi que d'une plus grande flexibilité des intermédiaires financiers dans la mise en œuvre des nouvelles prescriptions. Outre des assouplissements, des clarifications et des précisions ont aussi été réclamées.
5. Concernant la vérification du statut de l'ayant droit économique et la mise à jour des informations relatives aux clients, bon nombre de participants à l'audition ont remis en cause l'existence d'une base légale suffisante et donc la compétence de la FINMA et de l'autoréglementation pour régler ces aspects.

Modifications par rapport à la version soumise à audition

6. Les obligations relatives à la vérification du statut de l'ayant droit économique et à la mise à jour des informations relatives aux clients ainsi que les dispositions transitoires s'y rapportant ne font plus partie de l'ordonnance étant donné la contestation de l'existence d'une base légale suffisante.
7. Concernant le trafic des paiements, il est précisé que l'obligation de procéder à un contrôle de l'exactitude s'applique aux paiements transfrontières.
8. Concernant le catalogue d'exemples avec les critères relatifs aux relations d'affaires comportant des risques accrus, la combinaison de sociétés de domicile et d'entreprises n'est plus indiquée comme exemple d'une structure complexe. Il a également été décidé de renoncer au critère de risque « courtage ou suivi de la relation d'affaires par d'autres prestataires ».
9. Concernant les dispositions relatives à la communication, les modalités relatives à la délégation des compétences décisionnelles en cas de communications ont été précisées.

Liste des abréviations

ABES	Association des banques étrangères en Suisse
ABPS	Association de Banques Privées Suisses
ARIF	Association Romande des Intermédiaires Financiers
ASB	Association suisse des banquiers
ASG	Association Suisse des Gérants de Fortune
CP	Code pénal (RS 311.0)
economiesuisse	Fédération des entreprises suisses
EXPERTsuisse	Association suisse des experts en audit, fiscalité et fiduciaire
Forum OAR	Forum Suisse des organismes d'autorégulation
GAFI	Groupe d'action financière (Financial Action Task Force, FATF)
IFDS	Intermédiaires financiers directement soumis
KARTAC	Interessengemeinschaft der Kartenindustrie (Communauté d'intérêts de l'industrie des cartes de paiement électronique)
LBA	Loi du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (RS 955.0)
Méthodologie du GAFI	« Methodology for Assessing Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems », mise à jour de février 2016 (www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology-March%202017-Financial.pdf)
MROS	Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent
OAD FCT	Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino

OAR	Organisme d'autorégulation
OAR-ASA	Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances
OAR/ASSL	Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse des Sociétés de Leasing
OAR-Fiduciaire Suisse	Organisme d'autorégulation Union Suisse des Fiduciaires
OAR FSA/FSN	Organisme d'autorégulation de la Fédération Suisse des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires
OAR SVIG	Selbstregulierungsorganisation des Schweizer Verbands der Investmentgesellschaften (Organisme d'autorégulation de l'association suisse des sociétés d'investissement)
OBA-FINMA	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 3 juin 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (RS 955.033.0)
P-OBA-FINMA	Projet du 4 septembre 2017 de révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (projet d'audition)
Rapport explicatif	Rapport explicatif de la FINMA du 4 septembre 2017 sur la révision partielle de l'OBA-FINMA
RBA-Holding	Interessenvertretung der RBA-Regionalbanken (Représentation des intérêts des banques régionales RBA)
SAV-FSA	Fédération Suisse des Avocats
SPA	Swiss Payment Association
STEP	Society of Trust and Estate Practitioners
UBCS	Union des Banques Cantionales Suisses
VQF	Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (Association d'assurance-qualité pour les prestations de services financières)

1 Introduction

Dans le cadre de son quatrième rapport d'évaluation, le Groupe d'Action Financière (GAFI) a certes accordé de bonnes notes à la Suisse, mais a également identifié différentes lacunes dans le dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. La Suisse fait donc actuellement l'objet d'un processus de suivi approfondi. A long terme, celui-ci comporte le risque que la Suisse soit inscrite sur la liste des pays identifiés par le GAFI comme présentant des défaillances stratégiques, ce qui aurait des conséquences négatives pour la place financière. Pour que la Suisse puisse quitter ce processus, des adaptations de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent sont, notamment, nécessaires.

Le projet de révision partielle de l'OBA-FINMA contient des mesures visant à combler les faiblesses identifiées dans le rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse. De plus, l'ordonnance partiellement révisée tient compte des enseignements que la FINMA a tiré de sa pratique en matière de surveillance et d'*enforcement*.

Le projet fait partie intégrante d'une série de travaux de suivi du rapport d'évaluation mutuelle du GAFI décidée par le Conseil fédéral et dont il a fait état dans son [communiqué de presse du 28 juin 2017](#), en soulignant la nécessité de réviser l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent.

Du 4 septembre au 16 octobre 2017, la FINMA a mené une audition publique relative au projet de révision partielle de l'OBA-FINMA.

Les informations concernant l'audition ont été publiées sur le site Internet de la FINMA, ce qui a permis à tous les intéressés d'y participer. En outre, certaines institutions ayant un lien particulier avec la thématique ont été informées individuellement de l'audition par courriel et priées de prendre position.

Le présent rapport expose, sous une forme générale et résumée, les avis émis par les participants à l'audition relative au projet de révision de l'OBA-FINMA et commente certaines dispositions lorsque cela s'avère nécessaire.

2 Prises de position reçues

Les personnes et les institutions suivantes (mentionnées par ordre alphabétique) ont participé à l'audition et adressé une prise de position à la FINMA :

- ABES
- ABPS

- ARIF
- ASB
- ASG
- economiesuisse
- EXPERTsuisse
- FINDLING GREY
- Forum OAR
- KARTAC
- Notenstein La Roche banque privée
- OAD FCT
- OAR-ASAOAR/ASSL
- OAR-Fiduciaire Suisse
- OAR FSA/FSN
- OAR SVIG
- PostFinance
- Raiffeisen Suisse
- RBA-Holding
- SAV-FSA
- SPA
- STEP-Geneva
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL Suisse
- UBCS
- UBS
- VISCHER SA
- VQF
- Zurich Compagnie d'Assurances

Préalablement à cette audition, la FINMA a également organisé une consultation des offices auprès de l'administration fédérale ainsi qu'une consultation de plusieurs associations de la branche.

3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

Les résultats de l'audition et leur appréciation par la FINMA sont présentés ci-après de façon thématique. En règle générale, l'ordre de présentation des thèmes suit celui des articles du projet d'audition (P-OBA-FINMA).

3.1 Principes

Prises de position

La nécessité de réviser partiellement l'OBA-FINMA afin de combler les lacunes identifiées dans le cadre de l'évaluation mutuelle du GAFI n'a pas été remise en question par les participants à l'audition. De même, les participants à l'audition estiment que la formulation des mesures et nouveautés proposées par la FINMA dans le cadre du projet de l'OBA-FINMA est, en général, compréhensible. En particulier, il a été considéré que l'approche orientée sur les risques suivie dans le cadre de cette révision partielle est pertinente pour atteindre les objectifs fixés. Pour certaines dispositions cependant, demande a été faite de la part des participants à l'audition d'une mise en œuvre encore plus conséquente de l'approche fondée sur les risques.

Concernant certaines dispositions, une plus grande flexibilité lors de la mise en œuvre a été requise par les intermédiaires financiers (notamment quant aux art. 5, 6, 9a et 9c P-OBA-FINMA). Pour d'autres dispositions en revanche, c'est un souhait de clarification et de précision qui a été exprimé (en particulier pour les art. 10, 12 et 13 P-OBA-FINMA). Cela semble témoigner de l'attitude parfois contradictoire des acteurs des marchés financiers réclamant à la fois une plus grande marge de manœuvre et des prescriptions claires.

Sur le fond, les principales thématiques abordées concernent les domaines suivants : (a) vérification de l'identité des ayants droit économiques et mise à jour des informations relatives aux clients, les critères de risque (b) interposition d'autres prestataires, (c) complexité des structures et (d) la communication. Bon nombre des participants à l'audition ont pris position sur ces thématiques. Concernant la vérification du statut de l'ayant droit économique et la mise à jour des informations relatives aux clients, de nombreux participants à l'audition ont remis en cause la base légale et donc la compétence de la FINMA et de l'autoréglementation pour régler ces aspects.

Appréciation

Dans la partie qui suit, la FINMA passe en revue les résultats de l'audition et donne son appréciation sur chacun d'eux. Les observations qui n'ont pas été prises en compte dans l'ordonnance ne sont mentionnées ci-après que si cela s'avère nécessaire du fait de leur portée ou que les thèmes abordés n'ont pas déjà été traités dans le rapport explicatif du 4 septembre 2017 sur le projet d'ordonnance.

La contestation de bases juridiques suffisantes pour les obligations relatives à la vérification du statut de l'ayant droit économique et à la mise à jour des informations relatives aux clients créé une incertitude juridique. Dans ce

contexte, il n'est pas possible de soutenir une réglementation de la vérification du statut de l'ayant droit économique et de la mise à jour des informations relatives aux clients au niveau de l'OBA-FINMA et de l'autoréglementation. Une telle réglementation serait toujours entachée d'une certaine incertitude juridique liée à la question de savoir si un tribunal maintiendrait de telles dispositions. Une telle incertitude juridique rendrait la réglementation impropre à être utilisée avec fiabilité dans le cadre de la surveillance ou dans celui d'une procédure d'*enforcement*.

Conclusion

L'effort de la FINMA de combler les lacunes identifiées par le GAFI dans le cadre de son évaluation mutuelle par une révision partielle de l'OBA-FINMA a été salué. Cependant, certaines dispositions ont fait l'objet d'une demande d'assouplissement ou de précisions.

La FINMA a examiné avec soin l'ensemble des prises de position et l'ordonnance a été modifiée en conséquence lorsqu'aucune raison particulière ne s'y opposait. Les obligations relatives à la vérification du statut de l'ayant droit économique et à la mise à jour des informations relatives aux clients ainsi que les dispositions transitoires qui s'y rapportaient ont été supprimées du projet en raison du débat existant autour de l'existence d'une base légale suffisante.

3.2 Champ d'application

Prises de position

Concernant la concrétisation des exigences relatives au respect, au niveau du groupe, des principes fondamentaux de la loi sur le blanchiment d'argent et de l'OBA-FINMA ainsi que de la gestion globale des risques juridiques et des risques de réputation (art. 5 et 6 P-OBA-FINMA), divers avis ont été exprimés dans le cadre de l'audition. Transparency International salue les précisions apportées et prône parfois des obligations plus étendues, comme notamment la tenue d'une banque de données centralisée et un accès central des organes de contrôle internes aux banques de données locales. D'autres trouvent au contraire que les concrétisations vont déjà trop loin.

Ce sont surtout les assurances et le secteur parabancaire qui se sont exprimés sur le champ d'application. Ils souhaiteraient dispenser certains intermédiaires financiers du respect de certaines dispositions, et notamment les intermédiaires financiers qui appartiennent à un groupe financier, excluent toutes activités transfrontières ou dont l'activité ne présente que peu de risques de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme selon une analyse nationale des risques.

Du point de vue du contenu, c'est surtout l'exigence de contrôles sur place par la fonction de *compliance* du groupe qui a donné lieu à des remarques. Les autres normes minimales n'ont, globalement, pas fait l'objet de contestations. Selon l'ASB, les contrôles sur place ne satisfont plus aux exigences actuelles et engendrent un volume de travail disproportionné. Elle considère qu'une vérification à distance des relations via un outil serait suffisante. Le secteur de l'assurance aimerait limiter les obligations de contrôle aux cas pour lesquels existent des indices laissant penser que la fonction de surveillance n'est qu'insuffisamment assurée par l'unité locale ou que les unités étrangères présentent des manquements graves.

Concernant les exigences posées à l'établissement de rapports, les assureurs proposaient d'étendre les rapports *ad hoc* aux transactions et relations d'affaires significatives à l'échelle mondiale et de laisser l'autoréglementation décider de ce qu'il faut comprendre sous ce terme. L'ASB et l'ABES souhaiteraient limiter l'établissement de rapports aux cas les plus significatifs du point de vue des entités étrangères elles-mêmes, dès lors que celles-ci ne seraient pas en mesure d'évaluer quand un cas doit être considéré comme important pour le groupe.

Des incertitudes règnent concernant l'existence de bases légales suffisantes pour l'échange de données relatives aux clients dans le cadre de la gestion globale des risques juridiques et des risques de réputation.

Appréciation

Le champ d'application des art. 5 et 6 OBA-FINMA couvre aujourd'hui déjà les intermédiaires financiers disposant de succursales ou de sociétés de groupe à l'étranger et exerçant une activité dans le secteur financier ou dans celui des assurances ou les intermédiaires qui possèdent des succursales à l'étranger ou dirigent un groupe financier avec des sociétés étrangères. Ce champ d'application est neutre au regard des branches, correspond aux recommandations du GAFI et ne sera pas modifié par la révision partielle de l'OBA-FINMA. L'OBA-FINMA comprend en outre aujourd'hui déjà des assouplissements pour les petites entreprises (art. 75 et 76 OBA-FINMA).

L'exploitation de succursales ou de sociétés de groupe à l'étranger est régulièrement liée à des risques accrus de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Concernant la mise en œuvre des prescriptions en relation avec une surveillance LBA consolidée, il est attendu des intermédiaires financiers qu'ils procèdent en se fondant sur les risques. Par exemple, les intermédiaires financiers doivent déterminer les relations d'affaires, transactions et modifications des risques juridiques et de réputation pertinents au regard de leur obligation de rendre des comptes en se fondant sur les risques et en fonction de l'activité qu'ils exercent concrètement.¹ Une approche fondée sur les risques doit aussi être appliquée à la sélection des

¹ Cf. rapport explicatif, ch. 3.1.1.2.3.

succursales et sociétés du groupe en vue des contrôles sur place, à la fréquence des contrôles sur place et au choix des échantillons.² Cela permet aux intermédiaires financiers dont les activités à l'échelon international ne présentent que peu de risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme de bénéficier d'une certaine flexibilité dans la mise en œuvre des mesures exigées par les art. 5 et 6 P-OBA-FINMA.

Sans autocontrôles, il n'est souvent pas possible pour les intermédiaires financiers de détecter à temps d'éventuelles lacunes dans leurs succursales ou sociétés de groupe. Conformément à l'approche fondée sur les risques, les contrôles assurés par la fonction de *compliance* du groupe doivent naturellement être plus étroits là où, du point de vue du groupe, des lacunes significatives sont identifiables dans les entités étrangères du groupe que dans celles dont les contrôles sur place et les autres mesures de contrôle ont montré qu'elles maîtrisaient leurs risques. Outre qu'aujourd'hui, bon nombre d'intermédiaires financiers ne disposent pas des possibilités techniques pour une gestion des risques sur la base d'un outil informatique, des vérifications à distance ne sont pas en mesure de remplacer des contrôles sur place. Des cas comme 1MDB ou Petrobas l'ont clairement démontré. L'interposition de fonctions de *compliance* régionales peut constituer un facteur supplémentaire de réduction des risques, mais ne peut pas remplacer la fonction de *compliance* du groupe. Si elles ne disposent pas de leurs propres moyens de contrôle, les fonctions de *compliance* du groupe ne peuvent savoir avec précision si les fonctions régionales de gestion des risques assurent leur fonction de surveillance de manière appropriée.

Les intermédiaires financiers doivent préciser, dans des directives internes du groupe, les conditions auxquelles les succursales et les sociétés du groupe doivent les informer d'elles-mêmes des relations d'affaires et des transactions.³ Ainsi, ils savent quels sont les cas significatifs pour le groupe. Naturellement, les intermédiaires restent libres d'abaisser le seuil pour l'obligation d'établir des rapports *ad hoc* et de prévoir, par exemple, une obligation de rendre compte aussi pour les cas qui ne sont significatifs qu'au niveau de l'unité étrangère.

Les informations relatives à la révision totale de l'OBA-FINMA de 2015 ne précisent pas explicitement la périodicité de l'analyse de risques prescrite par l'art. 25 al. 2 P-OBA-FINMA. Elles font cependant référence au rapport sur l'évaluation du risque de *compliance* exigé par les circulaires précédant les actuelles circulaires de la FINMA 2017/1 « Gouvernance d'entreprise – banques » et 2017/2 « Gouvernance d'entreprise – assureurs ». Comme ce rapport doit être établi au moins une fois par an, il en résulte une obligation de mise à jour au moins annuelle.

² Cf. rapport explicatif, cf. 3.1.1.2.4.

³ Cf. rapport explicatif, ch. 3.1.1.2.3.

Il revient aux intermédiaires financiers de s'assurer qu'ils respectent les prescriptions légales tant suisses qu'étrangères pouvant s'opposer à l'échange d'informations relatives aux clients ainsi que d'autres données concernant une relation d'affaires entre les intermédiaires financiers et leurs succursales ou sociétés de groupe. Les intermédiaires financiers doivent continuer d'informer la FINMA si des prescriptions locales peuvent sérieusement empêcher l'application des dispositions relatives à la gestion globale des risques juridiques et des risques de réputation (art. 5 al. 3 et art. 6 al. 3 P-OBA-FINMA).

Conclusion

La concrétisation des exigences à l'égard du respect, au niveau du groupe, des principes fondamentaux de la loi sur le blanchiment d'argent et de l'OBA-FINMA ainsi que de la gestion globale des risques juridiques et des risques de réputation par les intermédiaires financiers qui possèdent des succursales à l'étranger ou dirigent un groupe financier avec des sociétés étrangères sont maintenues. Le champ d'application des art. 5 et 6 OBA-FINMA n'est pas modifié par la révision partielle.

3.3 Obligations de diligence générales

3.3.1 Vérification du statut de l'ayant droit économique et mise à jour des informations relatives aux clients

Prises de position

Les dispositions concernant la vérification du statut d'ayant droit économique et la mise à jour des informations relatives aux clients ont fait en particulier l'objet de controverses lors de l'audition. Outre des critiques quant au contenu, une partie importante des participants à l'audition ont remis en cause la compétence de la FINMA à édicter de telles dispositions.

En raison de certaines prises de position sur le niveau normatif peu claires au moment de la consultation préalable, la FINMA a finalement demandé à l'ensemble des parties intéressées de répondre clairement au cours de l'audition à la question de savoir si les obligations concernant la vérification du statut de l'ayant droit économique et la mise à jour des informations relatives aux clients devaient être réglées dans l'OBA-FINMA ou au niveau de la loi sur le blanchiment d'argent.

Alors que l'ASB ne s'est pas explicitement exprimée sur les bases légales, PostFinance et UBS ont remis en cause la validité légale des propositions de la FINMA. PostFinance mettait en avant l'absence de base légale, alors qu'UBS constatait le non-respect du principe constitutionnel de la proportionnalité. D'autres participants à l'audition comme la fédération des avocats

(« l'autorité de régulation viole de manière crasse le principe fondamental de la légalité ») ou la communauté d'intérêts de l'industrie des cartes de paiement électronique ont contesté l'existence d'une base légale suffisante. Le secteur de l'assurance et les OAR ont répondu par l'affirmative à l'existence d'une base légale suffisante uniquement dans le cas où la FINMA adapterait les dispositions en fonction de leurs propositions alternatives. L'OAR-ASA a ainsi avancé qu'elle doutait que, dans sa forme actuelle, la LBA constitue une base légale suffisante pour les modifications proposées par la FINMA (« *Zweifel daran, ob das GwG in seiner aktuellen Fassung eine genügende gesetzliche Grundlage für die von der FINMA vorgeschlagenen Änderungen darstellt* »). Concernant l'obligation de mettre à jour les données relatives aux clients et l'effet rétroactif qui s'y rattache, une base légale manquerait au projet. Quant à l'obligation de vérifier l'identité de l'ayant droit, l'existence d'une base légale suffisante serait aussi douteuse. Concernant une modification de la disposition selon l'énoncé de la proposition alternative, une telle obligation pourrait découler d'une interprétation très extensive de l'art. 4 LBA (« *in sehr extensiver Auslegung aus Art. 4 GwG (...) gerade noch abgeleitet werden* »). Le Forum OAR a argumenté dans le même sens.

Appréciation

La contestation, lors de l'audition, de l'existence d'une base légale suffisante pour les obligations concernant la vérification de l'identité et la mise à jour des données relatives aux clients crée une certaine incertitude juridique. Les obligations de vérification et de mise à jour doivent valoir de manière systématique pour toutes les relations d'affaires et nécessitent une intégration dans les processus internes des intermédiaires financiers. Les deux réglementations ont donc une importance matérielle. En outre, une pesée des intérêts en présence au niveau politique est soumise à la question de savoir quand et à quel prix la Suisse veut quitter le processus de suivi renforcé. Seul le législateur, et non pas l'autorité de surveillance, est habilité à procéder à cette pesée des intérêts.

Dans ce contexte, une réglementation de la vérification de l'identité de l'ayant droit économique et de la mise à jour des informations relatives aux clients au niveau de l'OBA-FINMA et de l'autoréglementation n'est pas défendable. Une telle réglementation serait toujours entachée d'une certaine incertitude juridique liée à la question de savoir si un tribunal maintiendrait de telles dispositions. Une telle incertitude juridique rendrait la réglementation impropre à être utilisée avec fiabilité dans le cadre de la surveillance ou dans celui d'une procédure d'*enforcement*. Pour cette raison, la FINMA a décidé de retirer ces deux points du projet.

Conclusion

Les obligations concernant la vérification du statut de l'ayant droit économique et la mise à jour des informations relatives aux clients ont été supprimées du projet.

3.3.2 Indications lors de virements

Prises de position

Le secteur de l'assurance et le secteur parabancaire se sont exprimés avant tout sur le champ d'application de l'art. 10 al. 1^{bis} P-OBA-FINMA et ont proposé de le limiter aux intermédiaires financiers qui exécutent eux-mêmes des paiements. Pour les émetteurs de moyens de paiement, les banques cantonales, PostFinance et certains OAR, c'était au contraire des questions d'interprétation du contrôle de l'exactitude des informations qui occupaient le premier plan. Ils faisaient valoir qu'il n'était pas possible de partir dans tous les cas du principe qu'il existait des profils électroniques de clients et qu'un examen au cas par cas dans les mouvements de caisse ou de masse ne pourrait pas être mis en œuvre. Le secteur bancaire et l'industrie des cartes de paiement se sont surtout montrés sceptiques face au terme de « complètes », car celui-ci va plus loin qu'une vérification des données relatives au bénéficiaire et implique de contrôler si des éléments essentiels ou des numéros de compte manquent ou encore si des prénoms ont été indûment raccourcis ce qui ne serait pas réalisable en pratique. L'ASB a par conséquent proposé que le contrôle de l'exhaustivité se limite à vérifier que les informations sur le bénéficiaire ont été précisées, en d'autres termes que le mandat de paiement contient les informations relatives au bénéficiaire. Elle souhaiterait aussi supprimer l'ajout à l'art. 37 al. 4 P-OBA-FINMA.

Appréciation

Les questions soulevées durant l'audition montrent que le champ d'application de la disposition n'était pas clair pour plusieurs des participants à l'audition.

Le terme « intermédiaires financiers du donneur d'ordre » désigne, selon la recommandation 16 du GAFI, les personnes qui initient les ordres de paiement et transfèrent les valeurs patrimoniales pour le donneur d'ordre à la réception d'ordres de paiement. Les personnes qui n'exécutent pas elles-mêmes de paiements ne sont pas concernées. Aucune limitation du champ d'application de l'art. 10 P-OBA-FINMA n'est donc requise.

Le contrôle de la qualité des informations posé par l'art. 10 al. 1^{bis} P-OBA-FINMA se rapporte en effet au critère 16.1 let. a de la méthodologie du

GAFI⁴. Elle ne concerne donc que les paiements transfrontières. Concernant les ordres de paiement internes à la Suisse, il n'est souvent pas possible de procéder à un contrôle de la qualité des informations selon l'al. 2, par ex. quand le cocontractant n'est pas identifié dans le cadre des opérations de caisse car on se trouve en deçà des seuils applicables. Afin de préciser le champ d'application de l'examen d'exactitude, la disposition est déplacée à l'art. 10 al. 1 OBA-FINMA. Pour les ordres de virement en Suisse aussi, l'intermédiaire financier doit s'assurer que les informations sur le donneur d'ordre sont complètes afin de pouvoir transmettre, selon l'art. 10 al. 2 OBA-FINMA, ces données à l'intermédiaire financier du bénéficiaire et aux autorités suisses compétentes, à leur demande, dans un délai de trois jours ouvrables.

Un contrôle systématique visant à déterminer si, dans les informations sur le bénéficiaire, des parties des numéros de compte manquent ou le prénom a été indûment raccourci, n'est pas exigé des intermédiaires financiers dans le cadre du contrôle d'exhaustivité. Cependant, ils doivent s'assurer que les noms et numéros de compte ont été fournis avec des caractères ou des inscriptions autorisés selon les règles du système de paiement utilisé pour l'exécution des ordres de paiement. Si un contrôle particulier montre que les informations requises ne sont pas complètes, le mandat de paiement ne doit pas être exécuté.

Conclusion

L'obligation de contrôle des informations sur le donneur d'ordre et sur le bénéficiaire dans le trafic des paiements est maintenue. La disposition concerne les paiements transfrontières. Cette obligation est déplacée à l'al. 1 afin que la systématique soit plus claire.

3.3.3 Obligations de diligence simplifiées pour les émetteurs de moyens de paiement

Prises de position

C'est surtout l'industrie des cartes de paiement qui s'est prononcée contre l'ajout à l'art. 12 al. 2^{bis} P-OBA-FINMA. Elle souhaiterait limiter l'abandon des allègements des obligations de diligence en cas d'indices d'utilisation d'une pièce d'identité fausse ou contrefaite aux cas présentant des indices manifestes. Certains participants ont jugé que la nouvelle disposition serait également sans effet, car il n'est pas expliqué comment les intermédiaires financiers peuvent détecter des indices d'utilisation d'une pièce d'identité fausse

⁴ « Financial institutions should be required to ensure that all **cross-border** [nous soulignons] wire transfers of USD/EUR 1 000 or more are always accompanied by the following: (a) Required and **accurate**⁴⁰ [nous soulignons] originator information:...". Note de bas de page 40: "Accurate" is used to describe information that has been verified for accuracy; i.e. financial institutions should be required to verify the accuracy of the required originator information."

ou contrefaite. En outre, il a été avancé que s'il était présumé qu'une pièce d'identité fautive ou contrefaite était utilisée, alors il existait un soupçon de blanchiment d'argent qui empêchait tout allègement et exigeait que la relation d'affaires dans son ensemble soit clarifiée.

Appréciation

La nouvelle disposition laisse aux intermédiaires financiers une marge d'appréciation substantielle. Dans quelle mesure l'ajout de l'adjectif « manifeste » apporterait une plus-value dans l'interprétation de la disposition n'est pas évident.

Les allègements à l'obligation de vérifier l'identité pour les IFDS (cf. art. 51 al. 3 et 52 al. 2 P-OBA-FINMA) sont soumis à la condition qu'il n'y ait pas d'indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme. Si un client donne à l'intermédiaire financier des renseignements faux ou fallacieux, cela constitue un indice de blanchiment d'argent (cf. ch. 2.2 de l'annexe à l'OBA-FINMA). L'ajout précise donc en principe seulement ce qui s'applique déjà aujourd'hui sur la base des dispositions directement applicables pour les IFDS dans le cadre des art. 11 s. P-OBA-FINMA. En outre, les assouplissements de l'art. 12 P-OBA-FINMA se rapportent à l'attestation d'authenticité, et non aux règles de diligence relatives à l'identification des indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme.

L'ajout de l'art. 12 al. 2^{bis} a son importance car l'art. 12 est actuellement utilisé par les organisateurs d'ICO. Comme les ICO de jetons sont soumis à la LBA en tant qu'émetteurs de moyens de paiement, une obligation allégée de vérifier l'identité via une simple copie de la pièce d'identité s'applique selon la pratique de la FINMA de la même manière que l'art. 12 al. 2 let. d jusqu'à un seuil de 3 000 francs à la place de l'obligation générale de vérifier l'identité à partir de 0 franc.

Conclusion

La précision des conditions de recours à des obligations de diligence allégées pour les émetteurs de moyens de paiement est maintenue.

3.4 Obligations de diligence spéciales

3.4.1 Rapport avec des pays considérés à haut risque ou non coopératifs

Prises de position

Le renvoi à la liste des pays du GAFI (cf. art. 13 al. 2 let. a, b et g, al. 3 let. d et al. 5 et art. 14 al. 2 let. d et al. 3 let. b P-OBA-FINMA) a été dans l'ensemble incontesté.

Certains participants à l'audition ont demandé qu'il y ait, à la place d'un renvoi à la liste des pays du GAFI, un renvoi à des listes correspondantes d'une autorité suisse ou de la FINMA. Cela présenterait l'avantage que les dispositions n'aient pas à être modifiées si la terminologie du GAFI venait à changer et qu'il serait possible de réagir avec plus de souplesse à des modifications des listes qui ne peuvent être envisagées aujourd'hui. La forte concentration sur la liste des pays du GAFI a aussi été critiquée. Il faudrait à ce propos préciser qu'il est possible, pour la classification des risques des relations d'affaires et des transactions, d'utiliser, selon les cas, d'autres listes reconnues à l'échelle internationale, tout comme il est possible de prendre en compte les circonstances économiques et politiques actuelles de chacun des pays pour la formulation des critères.

PostFinance regrette particulièrement le point d'attache au domicile des co-contractants et le fait que, par exemple, les versements de rentes à des citoyens suisses domiciliés dans un pays figurant sur la liste des pays du GAFI doivent être traités comme des transactions présentant des risques accrus. L'OAR-ASA part du principe que des versements sur des comptes bancaires au nom de leurs propres clients ne présentent aucun risque accru si le compte est géré au lieu de domicile du client. Au contraire, UBS suggère de préciser que, dans le cadre de l'art. 14 al. 3 let. d P-OBA-FINMA, chaque paiement doit être traité comme transaction.

Le rapport des renvois prévus à l'art. 13 al. 2 let. a, b et g, à l'art. 14 al. 2 let. d à l'art. 13 al. 3 let. d et al. 5 et à l'art. 14 al. 3 let. b P-OBA-FINMA a aussi donné lieu à des remarques. Les secteurs parabancaire et de l'assurance notamment souhaiteraient qu'il soit clarifié que les notions de « pays que le GAFI considère à haut risque ou non coopératif » et de « pays à l'égard duquel le GAFI appelle à une diligence accrue » tels que prévus à l'art. 13 al. 3 let. d et al. 5 et à l'art. 14 al. 3 let. b P-OBA-FINMA sont à comprendre de manière cumulative.

Appréciation

La terminologie et les listes de pays du GAFI n'ont que peu changé par le passé. Aujourd'hui déjà, la FINMA se réfère aux déclarations du GAFI concernant les pays présentant des risques accrus et non coopératifs sur son site Internet et via [MyFINMA](#).⁵

Comme indiqué dans le rapport explicatif, les ajouts à l'art. 13 al. 2 let. a, b et g ainsi qu'au nouvel art. 14 al. 2 let. d P-OBA-FINMA n'entraînent aucun changement matériel.⁶ A l'instar d'autres sources, les pays considérés comme à haut risque ou non coopératifs par le GAFI doivent aujourd'hui déjà être pris en compte de manière appropriée par les intermédiaires financiers dans le cadre de la gestion de leurs risques. Un renvoi explicite aux listes du GAFI dans les dispositions citées n'y change rien. Elles n'ont qu'un effet déclaratoire. Un élargissement des renvois comporterait le risque que les intermédiaires financiers se concentrent trop fortement sur les pays mentionnés explicitement dans les listes.

L'élargissement de l'art. 13 al. 3 let. d et al. 5 et de l'art. 14 al. 3 let. b P-OBA-FINMA est en revanche nouveau. Pour que ces dispositions puissent être appliquées, un lien cumulatif vers une juridiction que le GAFI considère comme à haut risque ou non coopérative et pour laquelle le GAFI appelle dans une déclaration publique à prendre des contre-mesures ou des mesures de vigilance particulières est nécessaire.⁷ Actuellement, seuls la Corée du Nord et l'Iran se trouvent dans ce cas de figure.⁸ Le travail de mise en œuvre résultant de la classification obligatoire des risques des relations d'affaires et des transactions concernant ces deux pays devrait donc rester modéré pour les intermédiaires financiers. Si un tel lien existe, la transaction ou la relation d'affaire concernée doit obligatoirement être traitée comme comportant des risques accrus. Cela vaut pour tous les paiements, même ceux qui ont lieu sur les comptes bancaires au nom d'un client des intermédiaires financiers et même si celui-ci y est domicilié. Il va cependant sans dire que, pour des paiements périodiques, il est possible de se référer aux clarifications menées pour les paiements précédents.

Conclusion

Le renvoi aux pays que le GAFI considère à haut risque ou non coopératifs pour les critères relatifs à la classification des risques des relations d'affaires et des transactions est maintenu.

⁵ Cf. www.finma.ch/fr/documentation/sanctions-internationales-et-lutte-contre-le-terrorisme/

⁶ Cf. rapport explicatif, cf. 3.1.3.1.1.

⁷ Cf. www.fatf-gafi.org/fr/pays/#high-risk; [www.fatf-gafi.org/fr/publications/juridictionsahautrisqueetnon-cooperatives/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/juridictionsahautrisqueetnon-cooperatives/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate))

⁸ Cf. [www.fatf-gafi.org/fr/publications/juridictionsahautrisqueetnoncooperatives/documents/public-statement-november-2017.html?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/juridictionsahautrisqueetnoncooperatives/documents/public-statement-november-2017.html?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate))

3.4.2 Interposition d'autres prestataires

Prises de position

Une majorité des participants à l'audition ont critiqué le fait que l'art. 13 al. 2 let. c^{bis} P-OBA-FINMA allait trop loin. L'ajout du courtage a en particulier été contesté. Comme, dans de tels cas, les intermédiaires financiers suivent généralement eux-mêmes les clients finaux, il existe un contact personnel. Concernant le suivi des clients finaux par d'autres intermédiaires financiers, il a été indiqué qu'un suivi multiple pourrait réduire les risques même si les intermédiaires financiers recourant à d'autres intermédiaires financiers restent responsables du respect des obligations de diligence. De manière générale, les participants à l'audition redoutent une hausse des relations d'affaires présentant des risques accrus et donc une diminution de la diligence générale.

Le secteur bancaire a proposé de limiter le critère aux prestataires qui sont domiciliés dans un pays considéré à haut risque ou non coopératif par le GAFI ou n'étant soumis à aucune surveillance et réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. L'industrie des cartes de paiements aimerait aussi exclure les cas de figure où les prestataires interposés sont intégrés dans le dispositif de prévention des intermédiaires financiers par des conventions de délégation. Les assureurs préféreraient un critère général « utilisation de canaux de distribution risqués » et veulent laisser les intermédiaires financiers décider de la manière dont ils concrétisent ce critère. D'autres participants à l'audition considèrent comme plus pertinente une obligation de contrôle précis des prestataires interposés au début de la collaboration.

Appréciation

Il ressort de l'audition que le critère de risque du courtage ou du suivi de la relation d'affaires par d'autres prestataires dans la forme telle que proposée est trop général et qu'il est nécessaire, pour une gestion du risque cohérente, de faire une distinction entre les risques liés aux différents canaux de distribution. Tout courtage ou suivi de la relation d'affaires par d'autres prestataires n'implique pas automatiquement des risques accrus. Ainsi, en règle générale, l'interposition d'intermédiaires comprend un risque moins élevé que l'interposition d'autres prestataires. Dans le cas de l'interposition de purs courtiers, il existe en règle générale un contact personnel entre l'intermédiaire financier et le client final, même si le pur courtier est chargé d'établir la documentation d'ouverture de la relation d'affaires. En outre, tant dans le cas d'un courtier que dans celui d'un autre prestataire, les risques dépendent de la base de clients finaux, sujets du courtage respectivement de la prise en charge, ainsi que d'autres facteurs tels que par exemple la qualité de la surveillance et de la régulation en lien avec la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le pays de domicile du prestataire

interposé. A cause de l'hétérogénéité des clients finaux et des prestataires, une différenciation cohérente du critère de risque est difficile au niveau de l'ordonnance. Enfin, le risque lié à l'absence de contact entre le client et l'intermédiaire financier est déjà mentionné aujourd'hui à l'art. 13 al. 2 let. c OBA-FINMA.

Conclusion

Le critère de risque « courtage ou suivi de la relation d'affaires par d'autres prestataires » n'est pas ajouté.

3.4.3 Clarifications en cas de sociétés de domicile et de structures complexes

Prises de position

Les réactions à l'obligation de clarifier les raisons de l'utilisation de sociétés de domicile au sens de l'art. 9b OBA-FINMA ont été diverses. Certains saluent la prescription comme pertinente, de telles clarifications existant déjà dans la pratique. D'autres rejettent la disposition pour ce motif et font remarquer que la clarification des raisons de l'utilisation de sociétés de domicile doit aujourd'hui déjà être effectuée sur la base de l'art. 6 LBA ou de l'art. 13 al. 2 let. h P-OBA-FINMA. Ce sont avant tout les prestataires de trusts qui se prononcent contre cette disposition. Ils craignent d'être pénalisés face à la concurrence mondiale, car la disposition stigmatiserait l'utilisation de sociétés de domicile, bien qu'il existerait des raisons légitimes en leur faveur et que les sociétés de domicile seraient toujours plus transparentes étant donné les évolutions du droit à l'échelle internationale. La relation de l'art. 9b avec l'art. 13 al. 2 let. h ch. 5 P-OBA-FINMA n'était parfois pas claire.

De même, le catalogue avec la concrétisation du critère « complexité des structures, notamment en cas d'utilisation de sociétés de domicile » prévu à l'art. 13 al. 2 let. h ch. 1 à 6 P-OBA-FINMA a donné lieu à des critiques. Celui-ci serait trop détaillé. Parallèlement, il a été déploré, concernant certains cas d'application, qu'ils seraient trop indifférenciés et nécessiteraient une concrétisation. Par exemple, la notion de juridiction non transparente devrait être définie. Il ne serait pas non plus clair si, pour les sociétés de domicile liées, il faudrait prendre en compte celles qui n'ont pas de relation contractuelle avec l'intermédiaire financier. Il a été demandé à plusieurs reprises que les cas d'application soient limités aux cas notoires.

Concernant la relation de sociétés de domicile, il a été avancé que la complexité ne résulterait pas de la seule implication d'une société de domicile en relation avec une autre société de domicile, mais ne surviendrait que si différentes sociétés sont liées les unes aux autres directement, en règle générale verticalement. Une contre-proposition suggérait donc de remplacer la

formule « société de domicile en relation avec une autre société de domicile » par le critère « rapports de propriété à plusieurs niveaux ». Selon une autre proposition, le critère ne pourrait être appliqué que pour les sociétés de domicile en relation avec plusieurs sociétés de domicile. Concernant la combinaison d'une société de domicile et d'une entreprise, il a été déploré qu'elle serait trop générale et comprendrait aussi des cas ne présentant aucun risque, par exemple si des entreprises cotées et réputées utilisaient une société de domicile pour des raisons compréhensibles. Pour l'utilisation d'une société de domicile avec des actionnaires fiduciaires, l'ASB proposait de remplacer le terme d'actionnaires par celui de propriétaires et de limiter la disposition aux cas dans lesquels des avocats ou fiduciaires étaient propriétaires. En outre, elle souhaitait que soit précisé que de telles constellations n'étaient soumises à cette disposition que si la relation d'affaires fiduciaire était identifiable. Concernant l'utilisation d'une société de domicile dans une juridiction non transparente, l'introduction d'une nouvelle catégorie de pays pour laquelle il n'existait pas de liste ou de critère officiels a été critiquée, dès lors que cela engendrerait une certaine incertitude juridique. Les banques privées sont d'avis que ce cas d'espèce serait déjà couvert par le renvoi à la liste des pays du GAFI. Dans le cas d'absence de motif évident à l'utilisation d'une société de domicile, la principale critique portait sur le fait que ce cas d'espèce n'aurait aucun sens en lui-même, car il est déjà aujourd'hui exigé des intermédiaires financiers qu'ils comprennent leurs clients. Les banques considèrent l'exemple de l'utilisation d'une société de domicile à des fins de placements de fortune à court terme comme déjà suffisamment couvert par la surveillance des transactions.

Appréciation

Le critère de la « complexité des structures » de l'art. 13 al. 2 let. h P-OBA-FINMA constitue un indice d'une relation d'affaires comportant des risques accrus. Contrairement, par exemple, aux relations d'affaires avec des PPE, les intermédiaires financiers disposent, selon l'activité commerciale, d'une grande marge de manœuvre pour décider si et dans quelle mesure ils utilisent le critère pour la classification des risques de leurs relations d'affaires. Ce faisant, les intermédiaires financiers doivent adapter les critères de risque qu'ils utilisent à leur base de clients. Ainsi, malgré la concrétisation du critère dans un catalogue d'exemples, les intermédiaires financiers demeurent libres de définir d'autres critères ou de classer des relations d'affaires avec uniquement une société de domicile comme présentant des risques accrus si cela leur apparaît pertinent au regard de leur/son activité commerciale ou d'une approche fondée sur les risques. L'évaluation de la complexité des structures prend aussi en compte les parties de la structure avec lesquelles l'intermédiaire financier n'entretient aucune relation contractuelle.

Selon la teneur en vigueur de l'art. 13 al. 2 let. h P-OBA-FINMA, il y a structure complexe « notamment en cas d'utilisation de sociétés de domicile ». L'art. 13 al. 2 let. h ch. 1 P-OBA-FINMA reflète ainsi un cas de structure

complexe déjà valable aujourd'hui. La non-transparence ne peut pas seulement résulter de rapports de propriété à plusieurs niveaux de par lesquels certaines sociétés seraient liées verticalement les unes avec les autres par des participations directes, par un détenteur du contrôle commun ou par un ayant droit économique des valeurs patrimoniales commun. La non transparence peut aussi survenir quand une personne utilise des sociétés de domicile simplement liées les unes avec les autres horizontalement. Ce faisant, un grand nombre de comptes auprès du même établissement constitue par exemple un indice de blanchiment d'argent (cf. ch. 3.2.4 de l'annexe à l'OBA-FINMA). La limitation de la disposition telle que proposée dans l'audition ne prendrait ainsi pas en compte toutes les situations dans lesquelles l'utilisation de sociétés de domicile engendre une certaine opacité. Par l'insertion de « plusieurs » pour le cas d'utilisation de sociétés de domicile, l'importance pratique du cas de combinaison de sociétés de domicile doit être mise en relief par rapport à d'autres cas possibles de structures complexes. Il peut y avoir structure complexe dès la mise en relation de deux sociétés de domicile.

Le fait qu'une combinaison d'entreprises et de sociétés de domicile présente ou non des risques accrus dépend forcément du cas particulier et ne peut souvent être identifié comme tel uniquement sur la base de transactions concrètes ou de conflits d'intérêts s'y rapportant. Par exemple, les constellations où des sociétés de domicile sont utilisées pour transférer des valeurs patrimoniales d'une entreprise à une société de domicile privée d'un ayant droit économique commun à la société de domicile et à l'entreprise sont risquées. Il en va de même pour ce que l'on appelle les « caisses noires » des entreprises. Par conséquent, les transactions dont la construction laisse supposer un but illicite représentent un indice de blanchiment d'argent.⁹ Une surveillance appropriée des transactions devrait cependant permettre de maîtriser ce type de risques. Pour cette raison, l'exemple de la relation d'une société de domicile avec une entreprise opérationnelle peut être supprimé du P-OBA-FINMA.

Selon la pratique locale, les actionnaires disposent de certains droits de membres et de participation, mais n'ont aucune prétention légale réelle sur la société dont ils sont actionnaires. Ils ne sont donc pas « propriétaires » de la société au sens classique du terme, mais seulement propriétaires des actions de la société. Le terme d'actionnaires fiduciaires est utilisé en référence au terme utilisé en anglais de « *nominee shareholdership* ». Il ne s'agit naturellement pas ici uniquement de détenteurs fiduciaires de parts de sociétés anonymes, mais également de droits de membre et de participation dans d'autres formes de société. Le critère s'applique à partir du moment où la relation d'affaires fiduciaire aurait été identifiable en appliquant la diligence requise.

⁹ Cf. ch. 2.2.1 de l'annexe à l'OBA-FINMA.

Le rapport explicatif contient des exemples à partir desquels on peut partir du principe qu'il s'agit d'une juridiction non transparente.¹⁰ En outre, le P-OBA-FINMA laisse intentionnellement aux intermédiaires financiers la marge de manœuvre nécessaire.

Dans les prises de position sur l'art. 9b en relation avec l'art. 13 al. 2 let. b ch. 5 P-OBA-FINMA la position selon laquelle ces dispositions seraient superflues a été défendue, car les intermédiaires financiers clarifieraient déjà les raisons de l'utilisation de sociétés de domicile. Un maintien de cette disposition ne représenterait pas de charge de travail supplémentaire pour les intermédiaires financiers. Les raisons pour l'utilisation de sociétés de domicile dans le cadre de l'art. 9b P-OBA-FINMA devraient être faciles à déterminer car, si tel n'était pas le cas, le critère de risque de structure complexe s'appliquerait.¹¹ Si, dans le cadre des obligations de diligence, aucune raison justifiant l'utilisation de sociétés de domicile n'était établie, il s'agirait d'un premier indice de blanchiment d'argent.

L'absence de raison facile à déterminer telle que définie à l'art. 13 al. 2 let. h ch. 5 P-OBA-FINMA est à comprendre comme alternative aux autres typologies du catalogue d'exemples. Une société de domicile dans une juridiction non transparente présente régulièrement un risque inhérent plus élevé qu'une société de domicile dans une juridiction transparente, et ce, même si les raisons de son utilisation sont faciles à déterminer. L'art. 13 al. 2 let. h OBA-FINMA n'exige aucune complexité manifeste des structures. Une limitation aux cas manifestes telle que proposée par des participants à l'audition concernant les différents cas du catalogue d'exemples ne rendrait pas seulement superflue la disposition de l'art. 13 al. 2 let. h ch. 5 P-OBA-FINMA, mais signifierait aussi un recul par rapport aux normes aujourd'hui applicables.

Dans des cas comme 1MDB ou Petrobas, il s'est avéré de façon saisissante que des transferts fréquents entre différents comptes comprenaient des risques. Dans de tels cas, la surveillance des transactions n'a pas permis de tirer les conclusions qui s'imposaient. Il n'est pas inhabituel qu'un indice d'une relation d'affaires comportant des risques accrus ne survienne qu'au cours d'une relation d'affaires. Les indices de relations d'affaires présentant des risques accrus doivent être pris en compte de manière adéquate lors de la classification des risques, et ce, même s'ils ne sont identifiables par les intermédiaires financiers qu'une fois la relation d'affaires établie. Les intermédiaires financiers doivent aussi prendre en compte les risques accrus qui se révèlent au cours de la relation d'affaires.

¹⁰ Cf. rapport explicatif, ch. 3.1.3.1.3.

¹¹ Cf. rapport explicatif, ch. 3.1.3.1.3.

Conclusion

Concernant le critère de la complexité des structures, la combinaison de sociétés de domicile et d'entreprises n'est plus explicitement mentionnée dans la liste des exemples de constellations amenant typiquement à considérer qu'une structure est complexe. C'est la seule modification apportée à cette disposition.

3.4.4 Procédure d'établissement des critères de risque

Prises de position

La disposition sur la procédure d'établissement des critères de risque (art. 13 al. 2^{bis} P-OBA-FINMA) a été rejetée par plusieurs participants à l'audition. Le secteur bancaire est d'avis que la documentation des critères de risque non utilisés est synonyme de charge de travail accrue, sans que la prévention ne s'en trouve améliorée. Les critères pertinents devraient être pris en compte et concrétisés dans des directives. Les assureurs sont également de cet avis. Le secteur parabancaire souhaiterait de nouveau des exceptions pour les intermédiaires financiers ne comptant que peu de collaborateurs.

Appréciation

Les intermédiaires financiers doivent aujourd'hui déjà prendre en compte les principaux critères de risque pour leurs activités commerciales et les concrétiser dans des directives internes (cf. art. 13 al. 1 et 2 et art. 26 al. 2 let. a et b P-OBA-FINMA). La proposition des banques et des assurances n'apporterait rien à la pratique en vigueur. L'OBA-FINMA contient en outre déjà des assouplissements pour les petites entreprises (art. 75 et 76 OBA-FINMA).

Conclusion

La disposition relative à la procédure d'établissement des critères de risque est maintenue.

3.5 Mesures organisationnelles

Prises de position

La disposition relative à la compétence décisionnelle pour les communications (art. 25a P-OBA-FINMA) a rencontré une certaine résistance de la part des OAR durant l'audition. Les avis divergent quant à la question de savoir si la responsabilité revient à la direction générale dans son ensemble ou à un service indépendant, par exemple au service spécialisé de lutte contre le

blanchiment. Une partie des participants à l'audition aimerait limiter la possibilité de déléguer la décision des communications aux membres de la direction qui ne sont pas directement compétents pour la relation d'affaires concernée, car une délégation de la compétence décisionnelle conduirait à un écart entre responsabilité et obligation concernant la mise en œuvre de l'obligation de communication. En revanche, les OAR considèrent que la délégation de la compétence décisionnelle à l'organe de direction suprême ou à l'un de ses membres n'est pas de nature à éviter les conflits d'intérêts, car l'organe de direction suprême ne se compose pas de plusieurs personnes chez tous les intermédiaires financiers. Ils encouragent une prescription selon laquelle les intermédiaires financiers devraient désigner un service indépendant responsable des décisions en matière de communication.

Appréciation

La disposition doit éviter autant que faire se peut que les personnes directement responsables d'une relation d'affaires n'aient à décider de la communication ou de la non-communication des soupçons. La compétence décisionnelle doit donc revenir à la direction dans son ensemble, avec toutefois la possibilité d'une délégation. Il s'agit ici de faire la différence entre la responsabilité pour la mise en œuvre de l'obligation de communication et la délégation des tâches visant la mise en œuvre de l'obligation de communication. Au nombre de ces tâches compte la décision de procéder à des communications. L'art. 25a P-OBA-FINMA ne change rien à la responsabilité de la direction au regard du droit de la surveillance (cf. art. 24 al. 1 OBA-FINMA). Concernant la délégation à un service interne indépendant, il suffit qu'il ne soit pas, en majorité, actif dans une activité destinée à générer des profits.

Conclusion

Il est précisé à l'art. 25a P-OBA-FINMA que les tâches relatives à l'exécution des communications peuvent également être déléguées à un comité de la direction. Il est en outre précisé que, pour que la délégation puisse être opérée vers un service interne indépendant, il suffit que celui-ci soit en majorité indépendant.

3.6 Poursuite de la relation d'affaires et communication

3.6.1 Doutes sur la qualité d'une relation d'affaires et droit de communication

Prises de position

La mention de la pratique de la FINMA concernant la délimitation entre obligation de communiquer et droit de communiquer en relation avec l'art. 31 P-

OBA-FINMA a suscité des réserves. Il a été avancé que le seuil pour l'obligation de communiquer s'en trouvait abaissé, qu'un mélange des conditions et mesures selon l'art. 305^{ter} CP et l'art. 9 LBA contredisait le principe « *nulla poena sine lege stricta* » et que la jurisprudence citée par la FINMA n'était pas pertinente.

Appréciation

Dans son activité de surveillance (notamment dans ses décisions d'*enforcement*, pour les contrôle sur place, concernant son obligation en matière de dénonciation pénale, dans ses exposés, etc.), la FINMA se fonde depuis longtemps déjà sur la jurisprudence qui a été citée dans son rapport explicatif et que le Tribunal pénal fédéral a confirmé depuis¹². Elle ne s'oriente donc pas seulement sur la pratique des tribunaux, mais aussi sur celle d'autres autorités. Dans son contenu, l'art. 31 OBA-FINMA actuellement en vigueur n'ajoute rien aux obligations posées par la loi sur le blanchiment d'argent. L'al. 1 encourage uniquement les intermédiaires financiers à faire usage du droit de communication. L'obligation de surveillance des relations d'affaires douteuses dans l'al. 3 résulte déjà de l'obligation de clarification dans le cas de relations commerciales et de transactions présentant des risques accrus posée par l'art. 6 LBA.

Conclusion

L'obligation de documenter les raisons d'une non-communication d'une relation d'affaires douteuse portant sur d'importantes valeurs patrimoniales est maintenue.

3.6.2 Rupture de la relation d'affaires et exécution des ordres du client

Prises de position

Certes, la précision apportée à l'art. 32 al. 3 P-OBA-FINMA a été saluée pour la clarté et la simplification dans la pratique qu'elle apporte. De manière générale, nombre des participants à l'audition s'élèvent contre l'obligation de contracter liée à l'art. 32 OBA-FINMA et proposent d'autoriser les ruptures de relation d'affaires en présence de *paper trails*, de limiter l'interdiction de rompre les relations d'affaires aux cas relevant de l'obligation de communiquer ou de prévoir un délai maximal pour l'exercice du droit de communiquer. Du côté des banques, une suppression de l'art. 33 OBA-FINMA a

¹² Arrêts du Tribunal pénal fédéral SK.2017.54 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.3.1 et SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1, ainsi qu'arrêts du Tribunal fédéral du 24 mai 2016, 6B_503/2015, consid. 2.5 et 2.6 et du 21 mai 2018, 1B_433/2017, consid. 4.9; rapport explicatif, ch. 3.1.5.1. Voir aussi rapport annuel du MROS 2016, chap. 4.1.2, rapport annuel de la FINMA 2016, p. 31 et rapport annuel de la FINMA 2017, p. 30 ss.

aussi été demandée, car cette disposition ne serait pas compatible avec l'art. 9a LBA.

Appréciation

Il y a eu certes des critiques concernant l'« obligation de contracter ». Cette obligation résulte cependant du droit de rang supérieur, et notamment de l'art. 9a LBA. L'art. 32 al. 3 OBA-FINMA explicite uniquement cela et ne peut pas être modifié *contra legem*.

Conclusion

L'art. 32 al. 3 OBA-FINMA est maintenu tel que dans la version soumise à audition.

3.7 Dispositions spéciales applicables aux directions de fonds, sociétés d'investissement au sens de la LPCC et gestionnaires de fortune au sens de la LPCC ainsi qu'aux IFDS

Prises de position

L'abaissement du seuil pour les transactions au comptant avec la clientèle de passage et la souscription de placements collectifs de capitaux non cotés en bourse de 25 000 francs au niveau exigé par le GAFI de 15 000 francs (art. 40 al. 1, art. 41 al. 1 let. c et art. 51 al. 1 let. b P-OBA-FINMA) est globalement incontesté. L'ARIF a argué qu'un simple alignement sur le cours de change actuel du franc suisse par rapport à l'EUR / USD était injustifié étant donné la force du pouvoir d'achat en Suisse en comparaison internationale et le caractère imprévisible des fluctuations de change.

Appréciation

Dans le cadre de la révision totale de l'OBA-FINMA de 2015, la FINMA avait renoncé à un abaissement du seuil à 15 000 francs par un renvoi aux sources concernant la parité de pouvoir d'achat (*purchasing power parity*) et aux incertitudes relatives à l'évolution du taux de change.¹³ Le GAFI n'avait cependant pas été convaincu par ces explications lors de l'évaluation de la Suisse.

¹³ Cf. rapport de la FINMA sur l'audition organisée du 11 février au 7 avril 2015 sur la révision totale de l'OBA-FINMA du 3 juin 2015, cf. 3.7.1.

Conclusion

L'abaissement au niveau préconisé par le GAFI de 15 000 francs du seuil pour les opérations de caisse et souscriptions de placements collectifs de capitaux suisses non cotés en bourse est maintenu.

4 Suite de la procédure

L'OBA-FINMA partiellement révisée entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020.