

M-GFK – BAR, 8 décembre 2010

Regroupement des trois ordonnances de la FINMA sur le blanchiment d'argent

Rapport sur l'audition du 10 juin 2010 relative
au projet de la nouvelle OBA-FINMA

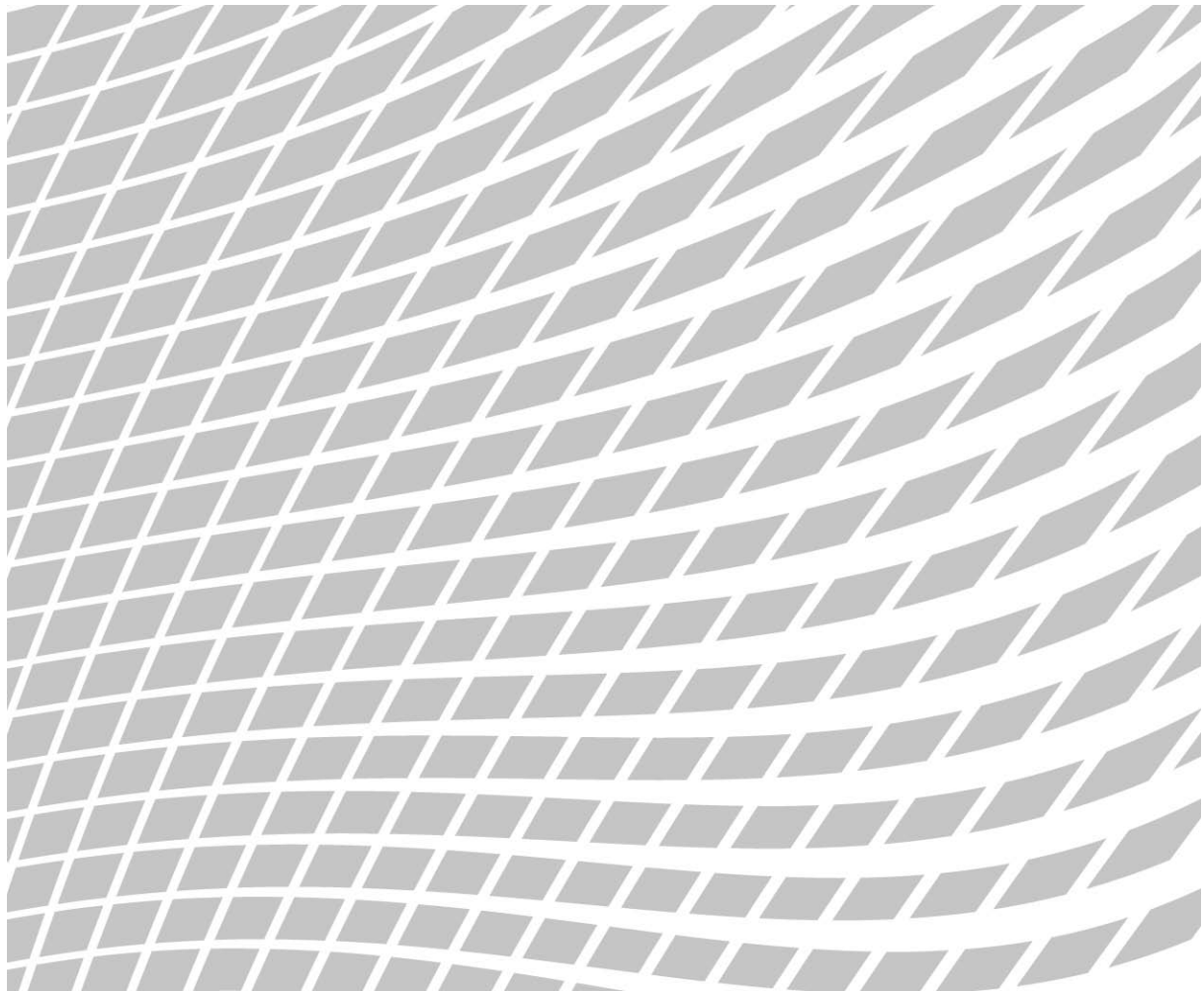


Table des matières

Eléments essentiels	4
Abréviations	6
1 Situation initiale	9
2 Participants à l’audition	11
3 Résultat de l’audition	12
4 Résultats et évaluations – Détails	13
4.1 Champ d’application.....	13
4.1.1 L’ordonnance en tant que fil conducteur des règlements des OAR (art. 1 al. 2 et 3 OBA).....	13
4.1.2 Possibilité de la FINMA d’accorder des allègements et d’ordonner des mesures de renforcement (art. 3 al. 2 OBA).....	14
4.2 Critiques contre les durcissements matériels dans l’OBA-FINMA.....	16
4.2.1 Succursales et sociétés de groupe à l’étranger ainsi que gestion globale des risques juridiques et des risques de réputation (art. 5 et 6 OBA).....	16
4.2.2 Complexité de la structure comme critère supplémentaire pour les relations d’affaires comportant des risques accrus (art. 12 al. 2 let. h OBA).....	17
4.2.3 Systèmes de surveillance des transactions (art. 19 OBA).....	18
4.3 Adaptations des seuils.....	20
4.3.1 Seuil de 1500 CHF pour les ordres de paiement (art. 11 al. 1 Pr.-OBA).....	20
4.3.2 Renonciation au respect des obligations de diligence en cas de leasing (art. 11 al. 3 OBA).....	21

4.3.3	Opérations de change (art. 45 al. 1 et art. 51 al. 1 OBA)	22
4.3.4	Monnaie électronique (art. 11 al. 1, art. 45 al. 3 et art. 51 al. 3 OBA)	22
4.4	Remarques complémentaires	24
4.4.1	Insertion de la définition des sociétés de groupe (art. 2 OBA)	24
4.4.2	Préservation de la sphère privée (art. 15 al. 3 Pr.-OBA)	24
4.4.3	Surveillance efficace des relations d'affaires (art. 19 al. 1 OBA)	25
4.4.4	Obligation d'établir et de conserver des documents (art. 20 OBA)	25
4.4.5	Recours à des tiers (art. 26 et 27 OBA)	26
4.4.6	Modalités de recours à des tiers (art. 27 OBA)	27
4.4.7	Doute sur la qualité d'une relation d'affaires et droit de communication (art. 29 OBA)	27
4.4.8	Information (art. 31 al. 1 OBA)	28
4.4.9	Obligations de vérification d'identité incombant aux sociétés d'investissement cotées en bourse (art. 47 OBA)	28
4.4.10	Obligation en cas de rupture d'une relation d'affaires (art. 58 OBA)	29
4.4.11	Transmission de fonds et de valeurs (art. 61 OBA)	30
4.4.12	Dispositions transitoires (art. 66 OBA)	30
4.5	Modifications de nature technique	31
4.5.1	Modifications de l'ordre des articles	31
4.5.2	Risques juridiques et de réputation	33
4.5.3	Harmonisation de la terminologie	33
4.5.4	Suppression de l'art. 10 Pr.-OBA	33
4.5.5	Diverses autres adaptations	34
5	Tableau de concordance des ordonnances de la FINMA sur le blanchiment d'argent	35

Eléments essentiels

Le 10 juin 2010, la FINMA a ouvert une procédure d'audition publique relative au regroupement proposé des trois ordonnances de la FINMA sur le blanchiment d'argent. Il s'agit de l'ordonnance en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs (OBA-FINMA 1), de celle sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des assurances privées (OBA-FINMA 2) et de celle sur le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans les autres secteurs financiers (OBA-FINMA 3). Ces trois ordonnances avaient été élaborées en leur temps par les autorités qui ont précédé la FINMA, à savoir la Commission fédérale des banques, l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

Sur le fond et sur l'essentiel, ce regroupement des trois ordonnances sur le blanchiment d'argent consiste surtout en un regroupement technique. La majeure partie des normes ressortant des ordonnances existantes ont été reprises sans changement dans la nouvelle ordonnance. Certaines modifications matérielles se sont toutefois avérées indispensables. Le premier projet d'une ordonnance harmonisée sur le blanchiment d'argent a fait l'objet d'un rapport explicatif de la FINMA.

Lors de l'audition, la suggestion du regroupement a rencontré un large écho. En revanche, le projet en lui-même a été différemment apprécié. Diverses remarques, parfois diamétralement opposées, ont été formulées sur la plupart des thèmes traités dans l'ordonnance. En outre, la majorité des modifications techniques suggérées par les participants à cette audition ont pu être prises en compte. Par exemple, la structure, la systématique et certains termes ont été adaptés.

Les principales critiques formulées lors de l'audition sont les suivantes:

- **L'objet et le champ d'application** de l'ordonnance et particulièrement son application aux intermédiaires financiers qui sont affiliés à un OAR et l'autonomie de l'OAR en découlant ainsi que la possibilité dont dispose la FINMA d'ordonner des mesures plus drastiques ont fait l'objet de critiques.
- Certaines **modifications matérielles** ont été remises en cause. Différentes remarques ont par exemple été émises en rapport avec les dispositions relatives aux succursales et aux sociétés de groupe à l'étranger ainsi que sur la surveillance globale des risques juridiques et de réputation. La norme portant sur la complexité de la structure comme critère supplémentaire pour les relations d'affaires comportant des risques accrus ainsi que celle relative aux systèmes de surveillance des transactions ont également fait l'objet de prises de position.
- Quatre **seuils** ont été critiqués par les participants à l'audition: le seuil de 1500 CHF pour les ordres de paiement, le seuil des valeurs patrimoniales de faible valeur en cas de leasing (25 000

CHF), le seuil de 10 000 CHF en cas d'opération de change ainsi que celui concernant la monnaie électronique.

- Les autres **remarques de portée matérielle** concernent les définitions, un critère pour les relations d'affaires comportant des risques accrus, le fait de rendre publique la pratique, l'efficacité de la surveillance des relations d'affaires, l'obligation d'établir et de conserver des documents, le service spécialisé de lutte contre le blanchiment, le recours à de tiers, les modalités de ce recours, l'information de la FINMA après une communication ainsi qu'en rapport avec des relations d'affaires douteuses et le droit de communication.
- En outre, en ce qui concerne la **structure**, certains ont souligné que l'annexe 1 contient des dispositions qui sont bien plus que de simples directives techniques. Des remarques et des propositions ont été avancées concernant la grammaire, le style et la structure de l'ordonnance.

Dans leur grande majorité, ces remarques ont donné lieu à des adaptations du texte de l'ordonnance. Par exemple, le libellé de l'art. 1 al. 2 OBA a été modifié. L'art. 3 al. 2 OBA a été complété par l'ajout de critères clairs et d'un nouveau paragraphe, qui impose à la FINMA de faire connaître publiquement sa pratique. En outre, l'obligation d'un système de surveillance informatisé pour les produits d'assurance classiques qui soit identique à celui du secteur bancaire n'a pas semblé nécessaire: l'art. 19 OBA a été modifié en ce sens. Certains seuils ont été modifiés. En outre, l'ordonnance est structurée différemment puisque l'annexe 1 du projet, notamment, a été intégrée dans le corps du texte de l'ordonnance. Quelques autres petites adaptations ont été effectuées, sans portée matérielle aucune. L'ordonnance prévoit des délais de transition pour sa mise en œuvre.

La version finale de l'ordonnance et le présent rapport d'audition ont été rédigés par la FINMA. Les textes reposent en grande partie, mais pas exclusivement, sur les travaux réalisés par le groupe de travail et reprennent également certaines des remarques formulées lors de l'audition.

Abréviations

AdC LBA	Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent
AFF	Administration fédérale des finances
ASB	Association Suisse des Banquiers
ASG	Association suisse des gérants de fortune
CAPS	Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse
CDB 08	Convention relative à l'obligation de diligence des banques
CFB	Commission fédérale des banques
CIR	Commission interne de rédaction de la Chancellerie fédérale
COMECO	Commission Criminalité Economique
CP	Code pénal suisse
Economiesuisse	Fédération des entreprises suisses
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FMA	Autorité de surveillance intégrée des marchés financiers de la Principauté de Liechtenstein
Forum-OAR	Forum Suisse des organismes d'autorégulation
GAFI	Groupe d'action financière (engl. FATF: Financial Action Task Force)
IFDS	Intermédiaire financier directement soumis à la surveillance de la FINMA
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier, loi sur le blanchiment d'argent
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières
LFINMA	Loi fédérale du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers
LPCC	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux
LSA	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des institutions d'assurance privées
MPC	Ministère public de la Confédération

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	Organisation d'autorégulation de l'Association suisse des sociétés de leasing
OAR CFF	Organisme d'autorégulation des Chemins de fer fédéraux suisses
OB	Ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne
OBA ou OBA-FINMA	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme
OBA-CFMJ	Ordonnance de la Commission fédérale des maisons de jeu du 12 juin 2007 concernant les obligations de diligence des maisons de jeu en matière de lutte contre le blanchiment d'argent
OBA-FINMA 1	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 18 décembre 2002 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs
OBA-FINMA 2	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 24 octobre 2006 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des assurances privées
OBA-FINMA 3	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 6 novembre 2008 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans les autres secteurs financiers
OBVM	Ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OIF	Ordonnance du 18 novembre 2009 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel
OS	Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurances privées
PEP	Personnes exposées politiquement

Pr-OBA ou Pr-OBA-FINMA	Projet du 8 juin 2010 sur l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme, projet pour l'audition
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SFA	Swiss Funds Association
SFI	Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales
UBCS	Union des banques cantonales suisses
UE	Union européenne
VQF	Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen

1 Situation initiale

La loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA) est entrée en vigueur dans son intégralité le 1^{er} janvier 2009. En vertu de cette loi, les trois autorités antérieures, à savoir la Commission fédérale des banques (CFB), l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (AdC LBA), ont été réunies au sein de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). La loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent, LBA) forme avec la LFINMA le cadre légal de la nouvelle ordonnance sur le blanchiment d'argent. Les trois ordonnances de la FINMA sur le blanchiment d'argent (ordonnance sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs [OBA-FINMA 1], sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des assurances privées [OBA-FINMA 2] et sur le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans les autres secteurs financiers [OBA-FINMA 3]), qui avaient été élaborées par les prédécesseurs de la FINMA – la CFB, l'OFAP et l'AdC LBA – sont à l'origine de la nouvelle ordonnance uniformisée sur le blanchiment d'argent.

Le regroupement des trois ordonnances de la FINMA sur le blanchiment d'argent est essentiellement et principalement de nature technique. Des modifications matérielles n'ont été apportées que lorsque cela était nécessaire ou répondait à un besoin. La norme portant application de l'art. 7a LBA (dispense de respecter les obligations de diligence en cas de valeurs patrimoniales de faible valeur, art. 12 Pr.-OBA, désormais art. 11 OBA), les dispositions concernant la délégation ou le recours à des tiers (art. 27 et 28 Pr.-OBA, désormais art. 26 et 27 OBA), la disposition relative aux relations de banque correspondante (art. 34 Pr.-OBA, désormais 34 OBA), ou encore le renvoi au Règlement de l'organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances (OA-ASA) nouvellement introduit (art. 37 Pr.-OBA, toujours art. 37 OBA), constituent des adaptations matérielles dignes d'être mentionnées. En outre, suite aux critiques formulées par le GAFI dans son rapport de suivi de 2009, les dispositions de l'OBA-FINMA 1 portant sur les succursales et sociétés de groupe à l'étranger ont été étendues à l'ensemble du secteur financier (art. 4 Pr.-OBA, désormais art. 5 OBA). L'obligation d'établir des documents en matière de transmission de fonds et de valeurs a été précisée, afin de faciliter la production de ces documents en cas de demande des autorités de poursuite pénale (art. 40 al. 2 Annexe 1 Pr.-OBA, désormais art. 61 al. 2 OBA). Enfin, les obligations d'identification incombant aux IFDS ont été complétées sur trois points: précision des obligations d'identification en matière de supports de données non rechargeables (art. 7 et 13 Annexe 1 Pr.-OBA, désormais art. 45 et 51 OBA), reprise de la règle de la CDB 08 en matière d'identification des formes de placements collectifs (art. 17 Annexe 1 Pr.-OBA, désormais art. 55 OBA), obligations d'identification incombant aux sociétés d'investissement cotées en bourse (art. 9 Annexe 1 Pr.-OBA, désormais art. 47 OBA). Parallèlement,

certaines allègements ont été introduits, de façon à éviter des inégalités de traitement injustifiées entre les secteurs.

La FINMA a publié sur son site Internet son projet d'ordonnance du 8 juin 2010 ainsi que le rapport explicatif commentant ce projet.¹

Le 10 juin 2010, la FINMA a ouvert une procédure d'audition publique relative au regroupement proposé des trois ordonnances de la FINMA sur le blanchiment d'argent. Les prises de position devaient être envoyées avant le 12 juillet 2010, parallèlement à la consultation des autorités. Au total, 34 requêtes ont été déposées.

Le présent rapport a pour objectif d'expliquer ou de refléter les principales modifications et les principales remarques formulées lors de l'audition. La FINMA mentionne uniquement ceux-ci dans le cadre du présent rapport.

¹ <http://www.finma.ch/f/regulierung/anhoeerungen/pages/laufende.aspx>

2 Participants à l'audition

Les personnes externes suivantes ont participé à l'audition et remis une prise de position à la FINMA (par ordre alphabétique):

- Association Romande des Intermédiaires Financiers (ARIF)
- Association Suisse des Banquiers (ASB)
- Autorité de surveillance intégrée des marchés financiers de la Principauté de Liechtenstein (FMA)
- Chambre fiduciaire
- CoOpera Leasing AG
- Fédération des entreprises suisses (economiesuisse)
- Forum Suisse des organismes d'autorégulation (Forum-OAR)
- KMU Leasing GmbH
- Kunz Compliance
- La Poste Suisse
- MasterCard Europe SPRL
- Organisation d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances (OA-ASA)
- Organisation d'autorégulation de l'association suisse des sociétés de leasing (OAR/ASSL)
- Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse des gérants de fortune (OAR ASG)
- Organisme d'autorégulation de l'Union Suisse des fiduciaires (OAR Fiduciaire|Suisse)
- Organisme d'autorégulation de la Poste (OAR Poste)
- Organisme d'autorégulation des Chemins de fer fédéraux suisses (OAR CFF)
- Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT)
- Swiss Funds Association (SFA)
- Union des Banques Cantionales Suisses (UBCS)
- Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (VQF)

Simultanément, la FINMA a également consulté les différents offices de l'administration fédérale.

3 Résultat de l'audition

Le projet de l'ordonnance a été différemment apprécié. Dans l'ensemble, les participants ont salué l'intention de la FINMA d'harmoniser les différentes ordonnances sur le blanchiment d'argent et sa volonté de simplification et de clarification. Du fait du champ d'application portant sur les trois principaux secteurs du marché financier (banques, assurances et secteur parabancaire) et de la portée de l'ordonnance, les prises de position ont afflué des banques, des assurances et du secteur parabancaire ainsi que des autorités chargées des poursuites pénales et d'autres autorités chargées des questions de blanchiment d'argent. En dépit des orientations parfois diamétralement opposées des différentes remarques, la FINMA s'est efforcée de tenir compte des demandes des participants à l'audition.

La majeure partie des remarques d'ordre technique formulées par les participants à l'audition ont pu être prises en considération. La structure de l'ordonnance en sort profondément remaniée. L'annexe 1 du projet a par exemple été intégrée dans le corps même du texte de l'ordonnance. En outre, l'art. 3 al. 2 OBA (Objet) a été adapté et la surveillance du secteur des assurances traitée de manière différenciée; dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 7a LBA, l'application de la norme a été étendue à tous les types de leasings financiers, et le seuil concernant les opérations de change ramené aux montants initiaux. En outre, certaines adaptations n'ont pas de portée matérielle, ou une telle portée demeure limitée.

Dans le point suivant (point 4), la FINMA revient sur les résultats de l'audition de manière détaillée et les commente. Les remarques qui n'ont pu être répercutées dans l'ordonnance ne sont mentionnées ici que si cela semble nécessaire au regard de leur portée ou si les aspects considérés n'ont pas déjà été traités dans le rapport explicatif au projet de l'ordonnance du 8 juin 2010.

A l'issue de l'audition, pratiquement tous les articles ont été décalés. Le présent rapport reprend la numérotation d'origine, c'est-à-dire les numéros des articles ressortant du projet d'audition du 8 juin 2010, avec la mention «Pr.-OBA». Le tableau de concordance remanié permet de suivre chacune des modifications. En outre, il continue d'indiquer les normes initiales ressortant des ordonnances jusqu'à en vigueur. Le tableau de concordance se trouve au point 5 de ce rapport.

4 Résultats et évaluations – Détails

4.1 Champ d'application

Plusieurs prises de position ont critiqué le fait que l'ordonnance excède le champ d'application prévu dans la LBA. Cela concernait l'applicabilité de l'ordonnance aux intermédiaires financiers qui sont affiliés à un OAR et à l'autonomie de l'OAR en découlant ainsi que les possibilités dont dispose la FINMA d'ordonner un durcissement des mesures.

4.1.1 L'ordonnance en tant que fil conducteur des règlements des OAR (art. 1 al. 2 et 3 OBA)

Plusieurs participants à l'audition ont avancé qu'en application des dispositions légales, plus particulièrement de celles de la LBA, la FINMA ne dispose pas de la compétence requise pour intégrer dans le texte de l'ordonnance des dispositions qui seraient contraignantes pour les membres des OAR reconnus. L'autonomie des OAR ne doit pas être touchée.

Le fait qu'il s'agisse en la matière simplement d'une précision de la pratique de la FINMA et des anciennes autorités n'a donc pratiquement pas été pris en considération lors de l'audition, alors que ce point avait été clairement mentionné dans le rapport explicatif. Sont infondées les craintes selon lesquelles l'autorégulation serait menacée par les dispositions de l'art. 1 al. 2 OBA. Cette nouvelle disposition officialise simplement une pratique ancienne, rendant cette dernière transparente pour tous. Du point de vue juridique, elle n'a pratiquement aucune portée. Elle se veut uniquement explicative et ne remet pas en cause l'autonomie des OAR. Ne serait-ce que pour des raisons d'égalité de traitement des OAR, il est indispensable que la FINMA précise les critères qu'elle applique en matière de reconnaissance des règlements des OAR. Des divergences demeurent possibles, raison pour laquelle l'OBA-FINMA n'a explicitement pas la valeur de standard minimal. La disposition comporte simplement une obligation en matière de signalement des divergences.

Concernant les obligations de diligence des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA affiliés à un OAR, la FINMA ne peut pas intervenir directement dans l'OBA-FINMA. Si nécessaire, par exemple lors de l'application de normes internationales, la FINMA doit inciter l'OAR à prendre les mesures correspondantes. Lors de l'approbation des règlements des OAR au sens de l'art. 25 LBA, la FINMA, ou l'ancienne AdC LBA, s'est appuyée sur l'OBA-FINMA 3.

Concernant les obligations de diligence des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 LBA, la FINMA peut intervenir directement dans l'OBA-FINMA, sauf en ce qui concerne les maisons de jeu. Cette remarque s'applique également aux assurances sur la vie qui sont affiliées à l'OA-ASA ou aux banques signataires de la CDB. En vertu de l'art. 17 LBA, la FINMA doit néanmoins éviter une intervention lorsqu'un OAR a déjà régi les obligations de diligence. En théorie, la FINMA pourrait intervenir dans l'OBA-FINMA si l'autorégulation s'avérait inappropriée. Dans la pratique, les OAR ont

toujours procédé aux modifications nécessaires. En outre, en vertu de l'art. 7 LFINMA, la FINMA encourage l'autorégulation et peut même la reconnaître comme standard minimal pour toute une branche. Dans le secteur bancaire, la FINMA avait déjà mis ces principes en application: sans formuler elle-même de disposition légale concernant les obligations d'identification, elle avait inséré un renvoi à la CDB 08 dans l'OBA-FINMA 1. En conséquence, la CDB 08 constitue un standard minimal pour l'ensemble de la branche. Dans le cadre du projet OBA-FINMA, ce principe a été appliqué aux assurances sur la vie. L'OBA-FINMA 2 a été supprimée et la nouvelle OBA-FINMA renvoie au règlement de l'OAR-ASA en le reconnaissant comme standard minimal pour l'ensemble de la branche.

Dans le contexte de la reconnaissance de l'autorégulation au sens de l'art. 17 LBA comme standard minimal et de l'approbation des règlements des OAR au sens de l'art. 25 LBA, la FINMA a besoin d'un standard – c'est-à-dire d'un fil conducteur – sur lequel elle puisse se reposer, ne serait-ce que pour prévenir toute inégalité de traitement. L'art. 1 al. 2 OBA vise donc à garantir la transparence et à promouvoir la reconnaissance de l'autorégulation au niveau international. De surcroît, certaines recommandations du GAFI sont reprises directement dans l'OBA-FINMA. Afin d'assurer la conformité de la Suisse avec le GAFI, un tel système s'avère nécessaire (par exemple pour la mise en œuvre de la recommandation n° 6 du GAFI sur les PEP, de la recommandation n° 8 ou de la recommandation spéciale VII²).

Pour toutes ces raisons, la FINMA estime approprié le maintien d'une telle disposition. Dans un souci de clarifier la nature descriptive de cette règle, la disposition a été remaniée comme suit

«² La FINMA prend en compte les lignes directrices de la présente ordonnance lorsqu'elle approuve les règlements des organismes d'autorégulation visés à l'art. 25 LBA et lorsqu'elle reconnaît les règlements des organismes d'autorégulation visés à l'art. 17 LBA en tant que normes minimales.

³ Les organismes d'autorégulation peuvent se limiter à régler les divergences par rapport à la présente ordonnance. Dans tous les cas, ces divergences doivent être signalées.»

4.1.2 Possibilité de la FINMA d'accorder des allègements et d'ordonner des mesures de renforcement (art. 3 al. 2 OBA)

L'art. 2 al. 2 du projet OBA-FINMA stipulait:

«² Dans l'application de la présente ordonnance, la FINMA peut tenir compte des particularités liées aux activités des intermédiaires financiers en accordant des allègements ou en ordonnant des mesures de renforcement.»

² http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,fr_32250379_32235720_33631745_1_1_1_1,00.html

En outre, les art. 20 al. 5 (Systèmes de surveillance), art. 42 (Service spécialisé de lutte contre le blanchiment) et l'art. 43 (Directives internes) du projet de l'ordonnance renvoyaient explicitement à cet alinéa.

Lors de l'audition, des participants ont reproché que l'inclusion d'une telle disposition relevait d'une sorte de principe d'opportunité d'après lequel la FINMA devrait déterminer elle-même au cas par cas dans quelle mesure les règles abstraites et de portée générale de son ordonnance seraient applicables. D'après eux, cela contrevient au principe de la légalité – plus particulièrement à l'exigence de la normalisation juridique – et au principe de la précision et de la clarté des normes. En revanche, s'il s'agit simplement de prévenir le fait que certaines règles de l'ordonnance s'avèrent trop rigides lors de leur application, alors des critères doivent préciser les cas d'allègements et de durcissement. Un participant à l'audition salue explicitement la possibilité de pouvoir prendre en compte les particularités liées aux activités des intermédiaires financiers. Cela est particulièrement utile pour les titulaires d'une autorisation LPCC. Par contre, il estime que la possibilité de pouvoir prononcer des durcissements lors de l'application de l'ordonnance va trop loin.

Les participants à l'audition critiquent essentiellement le fait qu'en ajoutant une telle norme, la FINMA s'attribue une sorte d'autorisation générale qui n'exclut pas le risque de décisions arbitraires. Il peut leur être rétorqué que la FINMA ne peut accorder des allègements ou ordonner des mesures de renforcement que lorsque certaines conditions particulières sont remplies. En outre, il s'agit d'une disposition importante qui permet à la FINMA de réagir efficacement à l'évolution des marchés et d'apporter une réponse dans un délai raisonnable. Elle confère à la FINMA la flexibilité requise. De surcroît, la procédure prévue dans la norme consiste en une technique législative, qui est déjà appliquée dans le cadre de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne.³

Lors de l'application de l'art. 3 al. 2 OBA, la FINMA peut accorder des allègements ou ordonner des mesures de renforcement, en particulier en fonction du risque de blanchiment d'argent de l'activité ou en fonction de la taille de l'entreprise. Les allègements ou les renforcements inhérents à la taille de l'entreprise portent essentiellement sur les mesures d'ordre organisationnel qui doivent être prises ou qui peuvent ne pas être prises. Afin de clarifier cela et d'accroître la transparence, la disposition est complétée en ce sens. Et, afin d'apaiser les craintes de décision arbitraire, l'art. 2 al. 3 OBA-FINMA 1, qui stipulait que la FINMA doit rendre publique sa pratique en la matière et n'était pas repris dans le projet⁴, a été réintroduit. La reprise de cette règle répond aussi à la demande de plusieurs participants à l'audition qui regrettaient son absence et exigeait sa réintégration en raison d'une exigence de sécurité juridique. En outre, les art. 19 al. 5, art. 63 et art. 64 OBA (art. 20 al. 5, art. 42 et art. 43 Pr.-OBA) ont été réadaptés conformément aux versions originales ressortant de l'OBA-FINMA 3 (art. 28 al. 3; art. 37 al. 1 et 5 ainsi qu'art. 39 al. 1 et 3).

³ Loi sur les banques, LB; RS 952.0; cf. art. 4 al. 3 qui stipule que, dans des cas particuliers, la FINMA peut décider d'assouplir ou au contraire de renforcer les exigences minimales.

⁴ Cette disposition n'avait pas été reprise, car en raison de l'art. 22 LFINMA, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009, cela ne semblait pas nécessaire.

4.2 Critiques contre les durcissements matériels dans l'OBA-FINMA

Différentes remarques ont été émises en rapport avec les dispositions relatives aux succursales et aux sociétés de groupe à l'étranger ainsi que sur la gestion globale des risques juridiques et de réputation. La complexité de la structure comme critère supplémentaire pour les relations d'affaires comportant des risques accrus et la surveillance des transactions ont également été critiquées. Ces remarques concernent des critiques des durcissements matériels de l'OBA-FINMA.

4.2.1 Succursales et sociétés de groupe à l'étranger ainsi que gestion globale des risques juridiques et des risques de réputation (art. 5 et 6 OBA)

En vertu de l'art. 5 OBA (art. 4 Pr.-OBA), l'intermédiaire financier est tenu, dans le cadre de sa surveillance, de veiller à ce que ses succursales à l'étranger se conforment aux principes de la LBA et de l'OBA (vérification de l'identité du cocontractant; identification de l'ayant droit économique, etc.). Cet article a été repris de l'OBA-FINMA 1 (art. 3) et, en partie, de l'OBA-FINMA 2 (art. 2 al. 2 et 3) puis intégré dans la partie générale. Ainsi, la disposition relative aux succursales et sociétés de groupe à l'étranger s'applique à tous les domaines. Cette extension de son champ d'application répond à des critiques formulées à cet égard par le GAFI.

L'art. 6 OBA (art. 5 Pr.-OBA) prévoit également que l'intermédiaire financier qui possède des succursales à l'étranger ou dirige un groupe financier comprenant des sociétés étrangères, doit déterminer, limiter et contrôler de manière globale les risques juridiques et de réputation liés au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme. L'intégration de cette disposition dans le chapitre 1 du projet étend l'exigence de surveillance globale des risques juridiques et des risques de réputation à tous les domaines. Cette norme provient de l'OBA-FINMA 1 (art. 9).

Lors de l'audition, des voix se sont élevées pour avancer que cela posait des problèmes pratiques. En particulier, cela pose la question de la mise en œuvre pour les membres d'OAR ainsi que de la surveillance des membres par l'OAR, et surtout, comment les OAR sont censés vérifier le respect de ces obligations à un coût raisonnable. D'après ces détracteurs, ces dispositions ne sont ni applicables ni appropriées pour le secteur parabancaire et doivent donc être reléguées dans la partie spéciale de l'OBA-FINMA. Ils ont également avancé le fait qu'étant donné la taille souvent modeste de structures organisationnelles, réduites à l'essentiel, des intermédiaires financiers du secteur parabancaire, ceux-ci ne disposaient pas des moyens nécessaires pour appliquer les dispositions de l'art. 5 Pr.-OBA, ou alors à un coût exagéré. Cela présupposerait tellement de clarifications, que tout cadre raisonnable serait impossible.

L'OA-ASA estime que l'intermédiaire financier concerné doit pouvoir procéder aux clarifications nécessaires à un coût acceptable. Pour le secteur de l'assurance, l'OA-ASA est parti du principe d'une confirmation par la succursale ou la société de groupe étrangère. La lecture des critères formulés à l'art. 5 Pr.-OBA donnait à l'OAR-ASA l'impression que ces dispositions ne pouvaient être appliquées qu'au prix d'une grande charge de travail impliquant un coût exagéré.

L'art. 5 OBA est conservé afin de répondre à la critique du GAFI relative à la recommandation 22. Cet article existait déjà pour le secteur des banques et celui des assurances. Le secteur parabancaire n'est concerné que dans une moindre mesure par cette extension car, dans ce secteur, les intermédiaires financiers qui possèdent des succursales à l'étranger ou dirigent un groupe financier comprenant des sociétés étrangères sont peu nombreux. Pour les mêmes raisons, le renvoi aux pays réputés présenter des risques accrus a été conservé. Pour des raisons de logique, cette phrase est intégrée dans un nouveau paragraphe de l'art. 5 OBA. Le nouveau paragraphe est le suivant:

«Cette disposition vaut aussi en particulier pour les filiales et les succursales établies dans des pays réputés présenter des risques accrus au niveau international.»

La FINMA estime, et ce, pas uniquement parce que l'art. 5 al. 1 Pr.-OBA n'a pratiquement pas été remis en cause, que cette précision ne relativise pas l'obligation, mais apporte simplement un éclairage utile. Ainsi, cette phrase est formellement applicable à tous les intermédiaires financiers, ce qui répond à une critique formulée par le GAFI. C'est l'unique justification de cet ajout. Le nouveau paragraphe n'apporte en soi aucune modification matérielle.

Les arguments des participants à l'audition portant sur l'art. 6 OBA (art. 5 Pr.-OBA) ne sont pas recevables. Au regard de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, il n'y a aucune raison de traiter un groupe bancaire différemment d'un groupe d'assurances. Il en va de même des grands IFDS, très rares, qui dirigent un groupe financier avec des sociétés étrangères. Les sociétés de groupe au sens de l'art. 6 OBA sont des sociétés, qui en vertu de la LB, LBVM, LPCC ou LSA, sont comprises dans le périmètre de consolidation d'un intermédiaire financier au sens de l'art. 3 al. 1 let. a OBA ou des filiales d'un IFDS qui exercent à l'étranger une activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA.

Dans le secteur de l'assurance, il faut prendre en considération les particularités liées à l'organisation des groupes d'assurances. Les compagnies d'assurance-vie étrangères qui appartiennent à un groupe d'assurances suisse sont la plupart du temps détenues directement par la holding ou par la compagnie d'assurances dommages et non par la compagnie suisse d'assurance-vie. L'obligation de surveillance des risques juridiques et de réputation liés au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme fait partie intégrante de l'obligation générale de gestion des risques conformément aux art. 67 et 75 LSA en relation avec les art. 14 et 22 LSA. La plupart du temps, un groupe suisse d'assurances est responsable de déterminer, limiter et surveiller de manière globale en vertu de l'art. 6 OBA les risques juridiques et les risques de réputation liés au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme auxquels il est exposé.

4.2.2 Complexité de la structure comme critère supplémentaire pour les relations d'affaires comportant des risques accrus (art. 12 al. 2 let. h OBA)

Un nouveau critère a été introduit à l'art. 12 al. 2 let. h OBA pour les relations d'affaires comportant des risques accrus: la complexité des structures, notamment en cas d'utilisation de sociétés de domicile.

Plusieurs participants à l'audition ont demandé à ce que ce nouveau critère soit supprimé, mais pas tous pour les mêmes raisons. Un participant estime que, dans le contexte actuel, des structures complexes incluant des sociétés de domicile étaient surtout intéressantes au niveau fiscal. Le simple fait que pour une relation de clientèle on puisse être en présence de structures complexes ou de sociétés de domicile ne signifie toutefois rien, ou très peu de choses, en matière d'appétence au risque en relation avec le blanchiment d'argent ou le financement du terrorisme. En outre, le concept de «complexité des structures» est très imprécis. Dans la plupart des cas, ce critère devrait entraîner des adaptations de l'infrastructure informatique existante, ce qui induit naturellement des coûts non négligeables.

Le rapport explicatif du 8 juin 2000 sur le projet de l'OBA mentionne que les critères de l'art. 12 OBA (art. 13 Pr.-OBA) sont donnés à titre d'exemple et doivent être modulés en fonction des activités. Le critère de l'art. 12 al. 2 let. h OBA prend en compte les derniers développements internationaux. Dans son *Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing*⁵, le GAFI a noté en effet que constituent aussi des relations d'affaires comportant des risques accrus celles dont la structure ou la nature compliquent l'identification du véritable propriétaire ou des intérêts contrôlant la société.

Comme cette disposition n'est pas systématiquement applicable et qu'elle prend en outre en compte un développement international, elle est donc conservée. Une période transitoire a été prévue qui exclut toute application rétroactive de cette disposition.

4.2.3 Systèmes de surveillance des transactions (art. 19 OBA)

L'OA-ASA a avancé que l'obligation ressortant de l'art. 19 al. 2 OBA (art. 20 al. 2 Pr.-OBA) et relative à l'utilisation d'un système informatique aidant à surveiller les transactions est conçue pour l'activité bancaire. Au regard de l'assurance-vie et en relation avec les flux de capitaux survenant lors de la conclusion d'un contrat d'assurance, un tel système n'a aucun sens. Le montant de la prime est défini à la conclusion du contrat d'assurance. L'assureur inscrit dans son encaissement des primes le montant des primes dues et vérifie si les paiements ont été effectués dans les délais impartis. D'après l'OA-ASA, si les paiements sont effectués conformément aux termes du contrat, l'assureur n'a aucune raison de procéder à des éclaircissements complémentaires. Si les paiements encaissés excèdent le cadre convenu contractuellement, leur comptabilisation ne peut alors pas s'effectuer sur le contrat d'assurance existant. Il faut de nouvelles négociations contractuelles entre les parties tout en tenant en compte les obligations de diligence correspondantes relatives au blanchiment d'argent.

⁵ GAFI, *Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing*, High Level Principles and Procedures, juin 2007, p. 23

Les arguments de l'OAR-ASA sont convaincants, surtout en ce qui concerne les produits d'assurance traditionnels, où les flux monétaires sont prédéfinis. En fait, une application différenciée se justifie au regard des produits non traditionnels. Comme certains produits sont comparables à ceux du secteur bancaire, une surveillance informatisée des transactions peut dans certaines circonstances s'avérer judicieuse, par exemple pour les produits impliquant des versements flexibles. Un système de surveillance informatisé veille également à ce que les cocontractants soient identifiés lorsque les montants déterminants sont atteints. Dans de tels cas, la FINMA se réserve le droit d'imposer un système informatisé de surveillance des transactions.

L'art. 19 OBA est modifié en conséquence. L'art. 19 al. 4 OBA est doublement adapté, puisqu'il l'avait déjà été à la suite des réactions à l'art. 3 al. 2 OBA (se reporter au point 4.1.2). En outre, le terme de «contrôle approfondi» de l'al. 4 a été remplacé par «contrôle avec garantie de degré élevé» puisque le concept de «contrôle approfondi» n'est pas prévu ainsi dans la nouvelle circulaire relative à l'audit des banques et ne constitue pas non plus un audit approfondi au sens de l'ancienne circulaire sur l'audit des banques⁶, mais un audit obligatoire avec un degré d'assurance «audit».

⁶ Circulaire du 29 juin 2005 de la Commission fédérale des banques: audit des banques et des négociants en valeur mobilière (Audit), dernière modification le 24 novembre 2005.

4.3 Adaptations des seuils

Divers seuils sont mentionnés dans l'ordonnance. Quatre seuils surtout ont été critiqués par les participants à l'audition. Il s'agit du seuil de 1500 CHF pour les ordres de paiement, du seuil des valeurs patrimoniales de faible valeur en cas de leasing (25 000 CHF), du seuil de 10 000 CHF en cas d'opération de change ainsi que de ceux concernant la monnaie électronique.

4.3.1 Seuil de 1500 CHF pour les ordres de paiement (art. 11 al. 1 Pr.-OBA)

L'art. 11 Pr.-OBA (nouvel art. 10 OBA) reprend tel quel le contenu de l'art. 15 de l'OBA-FINMA 1 qui prévoyait à l'al. 1 l'indication par l'intermédiaire financier du nom, du numéro de compte et de l'adresse du cocontractant donneur d'ordre (donneur d'ordre) pour tout ordre de paiement excédant 1500 CHF.

A la date de rédaction du présent rapport, la Principauté de Liechtenstein est en phase de négociation avec l'UE en ce qui concerne le règlement (CE) n°1781/2006 relatif à la communication des informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds. En la matière, l'art. 15 al. 1 OBA-FINMA 1 a été considéré comme «équivalent», et non comme «similaire». Lors de l'audition, la FMA a avancé, qu'en cas de suppression du seuil, les adaptations techniques nécessaires des systèmes de paiement existants étaient réalisables à un coût raisonnable puisque nombre d'intermédiaires financiers communiquent déjà ces informations pour des paiements inférieurs au seuil de 1500 CHF. D'après elle, la Suisse peut aussi profiter d'une telle mesure en ce sens que les prestataires suisses de services de paiement n'auraient à craindre aucune répercussion négative du fait de leur non-reconnaissance lors des autres transactions avec les pays membres de l'UE et de l'EEE. En outre, si les règles suisses sont reconnues comme identiques, la Principauté de Liechtenstein pourrait continuer de se reposer sur l'infrastructure existante et poursuivre la coopération existante. Dans le cas contraire, les adaptations techniques s'accompagneraient vraisemblablement de coûts et de charges de travail supplémentaires élevés pour les clients, mais aussi pour les prestataires. Les associations bancaires confirment largement ce constat. Selon l'UBCS, la plupart des banques cantonales seraient prêtes à renoncer à ce seuil; elles ne sont que quelques-unes à vouloir le maintenir. D'après l'UBSC, un quart des toutes les banques cantonales appliquerait le seuil. L'ASB avance que les banques qui ont été contactées à ce sujet n'appliquent pas le seuil de 1500 CHF. De surcroît, une telle limite n'a pas vraiment de sens pour les paiements transfrontières.

Le seuil est donc supprimé, car seules six ou sept banques cantonales avaient effectivement appliqué cette possibilité d'allègement. En outre, la suppression du seuil simplifie les paiements entre la Suisse et la Principauté de Liechtenstein. Une période de transition est prévue pour les quelques rares intermédiaires financiers qui appliquaient ce seuil.

4.3.2 Renonciation au respect des obligations de diligence en cas de leasing (art. 11 al. 3 OBA)

En vertu de l'art. 11 al. 3 OBA, il n'est pas nécessaire de se plier aux obligations de diligence en cas de relations d'affaires durables avec des clients dans le domaine du leasing financier selon l'art. 1 al. 2 let. a de la loi fédérale sur le crédit à la consommation⁷, dans la mesure où la contre-valeur des biens en leasing n'excède pas 25 000 CHF par client (art. 12 al. 3 Pr.-OBA).

Lors de l'audition, certains ont avancé que pour le leasing financier en général (et pas uniquement pour les contrats de leasing qui relèvent de la loi fédérale sur le crédit à la consommation), il fallait appliquer un seuil de 25 000 CHF (hors TVA) aux flux de paiements par année civile, puisqu'il est reconnu que le risque de blanchiment d'argent est relativement faible avec les contrats de leasing. D'après eux, l'art. 11 al. 3 OBA doit reprendre au moins la 3^e directive sur le blanchiment de l'UE⁸ qui permet aux Etats membres, comme l'Allemagne, de prévoir une exception à l'application des obligations de diligence pour les contrats de leasing portant sur des mouvements pouvant atteindre jusqu'à 15 000 CHF par an (à ce sujet, consulter §25d de la loi allemande sur le crédit en relation avec §5 de la loi allemande sur le blanchiment d'argent). Et ce non seulement pour les contrats de leasing à la consommation, mais aussi pour les «contrats... qui servent au financement de choses ou à leur utilisation et pour lesquels la propriété de la chose ne passe pas au cocontractant ou à l'utilisateur tant que le contrat n'est pas exécuté» (§25d de la loi allemande sur le crédit). En tous les cas, rien ne justifie objectivement le fait de n'exempter des obligations de diligence que les contrats de leasing assujettis à la LCC.

D'une manière générale, les participants à l'audition avancent deux arguments. D'une part, ils recommandent de prendre en considération le modèle allemand qui prévoit une exception systématique à l'application des obligations de diligence pour les contrats de leasing portant sur des mouvements pouvant atteindre jusqu'à 15 000 CHF par an pour ensuite étendre l'applicabilité de l'art. 11 al. 3 OBA à tous les types de leasings financiers. A cet égard, il faut mentionner que l'Allemagne a été critiquée par le GAFI en ce qui concerne ses dispositions relatives aux exceptions contenues dans les scénarios à faible risque. Une harmonisation avec le modèle allemand va trop loin. En revanche, on ne peut rien opposer aux arguments qui prônent une extension de la renonciation au respect des obligations de diligence à tous les types de leasings financiers. La disposition a donc été adaptée en ce sens. Dans le domaine du leasing, le faible risque de blanchiment concerne aussi bien le leasing à la consommation que le leasing financier en raison de la durée incompressible du contrat. Le rapport explicatif du 8 juin 2010 indiquait notamment que le domaine du leasing peut être considéré comme à faibles risques de blanchiment en raison de la durée incompressible du contrat. Un blanchisseur

⁷ Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC; RS 221.214.1).

⁸ Directive n°2005/60/EG du 26 octobre 2005 ainsi que la directive 2006/70/CE édictée sur la base de son art. 40 al. 1 let. a, b et d, et en particulier Cm 9).

d'argent ne devrait avoir aucun intérêt à immobiliser ses fonds dans une marchandise qu'il ne peut pas revendre.

4.3.3 Opérations de change (art. 45 al. 1 et art. 51 al. 1 OBA)

Des allègements ont été introduits dans les premiers paragraphes des art. 7 et 13 annexe 1 Pr.-OBA (nouveaux art. 45 al. 1 et art. 51 al. 1 OBA): ils prévoient le relèvement du seuil de 5000 CHF à 10 000 CHF pour les opérations de change. Le rapport explicatif mentionne que ce seuil reste inférieur à celui de 25 000 CHF applicable aux opérations de caisse normales, pour tenir compte des risques de blanchiment élevés liés à cette activité. Pourtant, certains participants à l'audition ont critiqué ce relèvement, notamment les autorités de poursuite pénale. Plusieurs estiment que le seuil de 10 000 CHF est trop élevé, car l'expérience montre que le risque de blanchiment est très prononcé. Les opérations de change, en tant qu'opérations de caisse classiques, offrent de bonnes opportunités, surtout en matière de trafic de stupéfiants, de changer de petites coupures en de grosses coupures de monnaie étrangère et constituent ainsi le premier pas vers la dissimulation d'argent d'origine criminelle. L'annexe de l'OBA désigne également au point A10 les «opérations de change d'importance, sans comptabilisation sur le compte d'un client» (soit le change du client occasionnel classique) comme risque possible de blanchiment d'argent. Rien ne permettrait d'expliquer la raison pour laquelle la FINMA a décidé de doubler le seuil actuel de 5000 CHF.

Considérant les oppositions des autorités, la FINMA a ramené le seuil à 5000 CHF dans l'OBA-FINMA. La fourchette des seuils pratiqués dans les autres pays est très large: 8000 EUR pour la France, 15 000 EUR en Italie et en Autriche, et seulement 2500 EUR en Allemagne et 1000 USD aux Etats-Unis. Au sein des pays membres du GAFI, la fourchette va de 0 EUR à 15 000 EUR. Etant donné le risque élevé de blanchiment d'argent et au vu des prises de position reçues, le montant d'origine de 5000 CHF semble le plus approprié.

4.3.4 Monnaie électronique (art. 11 al. 1, art. 45 al. 3 et art. 51 al. 3 OBA)

Un participant à l'audition a signalé que, s'agissant des supports de données non rechargeables dans le domaine des moyens de paiement électroniques, l'art. 45 al. 3 OBA (art. 7 al. 4 annexe 1 Pr.-OBA) prévoit un renforcement de la législation à double titre par rapport à la réglementation et à la pratique actuelles ainsi que par rapport aux dispositions de la nouvelle directive sur la monnaie électronique, alors que la LBA n'a subi aucune modification dans ce domaine: dans la nouvelle directive sur la monnaie électronique, 250 EUR suffirait, alors que les différents pays membres pourraient aller jusqu'à 500 EUR (mise en œuvre le 30 avril 2011). Le participant s'interroge, en ce qui concerne les supports de données non rechargeables, sur les raisons de la fixation d'un seuil réglementaire nettement inférieur à celui de l'UE. En la matière, la limite du montant et son niveau ne serait pas tellement déterminants en tant que tels. En revanche, l'interdiction de l'acquisition de plusieurs supports de données avec un montant chargé de 250 CHF sans procéder à l'identification de l'acquéreur constituerait une restriction inappropriée, voire insensée.

Afin de s'aligner sur la réglementation de l'UE, la FINMA supprime l'exigence selon laquelle le montant ainsi chargé et disponible sur les cartes non rechargeables doit être calculé par transaction et par client (art. 45 al. 3 et art. 51 al. 3 OBA). Par contre, il est précisé que le montant s'applique par support de données. Afin de définir des règles claires concernant un cumul des limites de montant dans le domaine des opérations de caisse ne nécessitant pas d'identification du cocontractant, on a supprimé le critère selon lequel les transactions ne doivent pas sembler liées entre elles. A la place, il a été rajouté que le montant mis à disposition ne devait pas excéder 1500 CHF par opération et par client. Ce montant correspond à la pratique actuelle de la FINMA dans le domaine des opérations de caisse avec moyens de paiement électroniques (jusqu'à 10 cartes de 150 CHF max.), tout en laissant une certaine flexibilité à l'intermédiaire financier (par ex. il est également possible d'accorder 6 cartes de 250 CHF max.).

4.4 Remarques complémentaires

Un grand nombre d'autres remarques ont été formulées, elles portent en particulier sur les définitions, la préservation de la sphère privée, la surveillance efficace des relations d'affaires, l'obligation d'établir et de conserver des documents, le recours à des tiers, les modalités d'un tel recours, les relations d'affaires douteuses, l'information de la FINMA après une communication, le droit de communication, les possibilités en matière d'information, la transmission de fonds et de valeurs ainsi que les obligations de vérification d'identité incombant aux sociétés d'investissement cotées en bourse.

4.4.1 Insertion de la définition des sociétés de groupe (art. 2 OBA)

L'art. 6 Pr.-OBA a renoncé à intégrer la définition des sociétés de groupe. L'art. 1 let. d OBA-FINMA 1 contenait une telle définition.

Trois des participants à l'audition regrettent que cette définition n'ait pas été reprise et estiment qu'il faudrait reprendre la définition de l'OBA-FINMA 1 adaptée à la nouvelle ordonnance. Cela n'a pas été fait, car, en raison de l'élargissement du domaine d'application des art. 5 et 6 OBA, la définition de l'OBA-FINMA 1 n'était plus adaptée et l'insertion d'une définition transectorielle aurait soulevé davantage de questions qu'elle n'aurait apporté de réponses. Nous vous renvoyons également aux explications du point 4.2.1).

4.4.2 Préservation de la sphère privée (art. 15 al. 3 Pr.-OBA)

L'art. 15 al. 3 Pr.-OBA stipulait que dans le cadre des clarifications complémentaires en cas de risques accrus, la sphère privée des personnes concernées devait être préservée. Lors de l'audition, il a été souligné que cette disposition pouvait soit établir de manière déclaratoire la notion déjà reconnue de l'obligation de l'intermédiaire financier de garder le secret et de protéger les données, soit qu'elle pouvait être interprétée en ce sens que les clarifications de l'intermédiaire financier se heurtent à une limite, dans la mesure où le client met en avant le respect de sa sphère privée conformément à l'art. 15 al. 3 Pr.-OBA pour refuser de fournir les informations nécessaires dans le cadre des clarifications.

La loi sur la protection des données s'applique en Suisse pour les dispositions en matière de blanchiment. L'art. 33 LBA stipule déjà de manière déclaratoire que le traitement des données personnelles est régi par la loi sur la protection des données. En ce sens, la reprise de cette règle, qui n'avait pas d'équivalent dans l'OBA-FINMA 2, ni l'OBA-FINMA 3, semble être plus problématique qu'utile. Comme aucune utilité ne ressort de l'adoption de cette disposition issue de l'OBA-FINMA 1, elle n'est donc pas reprise.

4.4.3 Surveillance efficace des relations d'affaires (art. 19 al. 1 OBA)

L'art. 19 al. 1 OBA (art. 20 al. 1 Pr.-OBA) reprend la première phrase de l'art. 12 al. 1 OBA-FINMA 1 et de l'art. 28 al. 1 OBA-FINMA 3. Cette disposition stipule que l'intermédiaire financier veille à la mise en place d'une surveillance efficace des relations d'affaires et des transactions et assure ainsi la détection des risques accrus.

Plusieurs participants à l'audition ont critiqué le fait que cette formulation laisse faussement penser que non seulement les transactions, mais aussi les relations d'affaires doivent être surveillées par un système informatique.

La FINMA précise que l'OBA ne contient pas d'exigence généralisée en matière de surveillance informatisée des relations d'affaires. L'al. 2 du présent article stipule simplement que, pour la surveillance des transactions, l'intermédiaire financier doit utiliser un système informatique aidant à détecter les transactions présentant des risques accrus au sens de l'art. 13 OBA. Pour clarifier cette idée, le titre «Systèmes de surveillance» repris de l'OBA-FINMA 1 et portant à confusion a été adapté. Cette disposition évoque essentiellement les systèmes de surveillance des transactions, mais désormais plus de manière exclusive. C'est la raison pour laquelle le titre a été repris de l'art. 28 OBA-FINMA 3: «Surveillance des relations d'affaires et des transactions». Nous vous renvoyons également aux explications figurant au point 4.2.3.

4.4.4 Obligation d'établir et de conserver des documents (art. 20 OBA)

L'art. 20 OBA (art. 21 Pr.-OBA) stipule que l'intermédiaire financier établit, organise et conserve sa documentation de manière à ce que la FINMA ou une société d'audit agréée par elle ou un chargé d'enquête nommé conformément à l'art. 36 LFINMA puisse se faire dans un délai raisonnable une opinion fiable sur le respect des obligations en matière de prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme. En outre, il établit, organise et conserve sa documentation de manière à pouvoir donner suite dans un délai raisonnable, documents à l'appui, aux demandes d'information et de séquestre des autorités de poursuite pénale ou d'autres autorités habilitées. Cette disposition est complétée par une disposition dans chacun des chapitres spécifiques de l'ordonnance (art. 36, 37 et 62), afin de tenir compte des particularités de chaque domaine.

Plusieurs participants à l'audition ont remis des prises de position sur l'art. 20 OBA ainsi qu'en partie sur l'art. 36 OBA. D'après la principale critique, il ressort de la formulation que l'obligation existante a été étendue à tous les documents d'un intermédiaire financier, ce qui alourdirait exagérément la bureaucratie pour toutes les personnes impliquées. Une telle réglementation qui grèverait de trop le déroulement normal des affaires pénaliserait la Suisse en tant que place financière et irait donc trop loin. L'art. 20 al. 1 OBA devrait donc se limiter à régir la fourniture de renseignements.

La FINMA estime injustifiées les remarques des participants à l'audition. Dans le cadre du principe général de proportionnalité, on peut dire que l'étendue de l'obligation d'établir et de conserver des documents est variable en fonction du but. Ne sont concernés que les documents au sens de l'art. 7

LBA. La présente disposition ne vise aucun autre document, ni explicitement, ni implicitement. La disposition n'a donc pas été modifiée.

4.4.5 Recours à des tiers (art. 26 et 27 OBA)

L'art. 26 al. 1 OBA fixe les conditions d'une délégation à des intermédiaires financiers et à d'autres tiers. Cette disposition reprend les exigences de la convention écrite et des trois *curae* au sens de l'art. 19 al. 1 OBA-FINMA 1, chiff. 21 al. 1 CDB 08, art. 20 al. 1 OBA-FINMA 2 et art. 31 al. 2 OBA-FINMA 3. Ceci correspond aussi aux trois *curae* de l'art. 1 al. 2 let. f chiff. 1 OIF. La formulation des *curae in instruendo* et *in custodiendo* (let. b et c) a été reprise du chiffre 21 al. 1 CDB 08.

Plusieurs participants à l'audition ont avancé que l'art. 26 al. 1 let. c OBA ne devait pas imposer un contrôle, mais une simple surveillance du respect des obligations de diligence. Les petits intermédiaires financiers qui dépendent des délégations des obligations de diligence ne pourraient justement pas garantir de réel contrôle.

Comme la formulation, en particulier le terme «contrôler» est conforme avec la CDB 08, l'OBA-FINMA 1, l'OBA-FINMA 2 et l'OBA-FINMA 3, cette norme a été reprise sans subir de modification aucune.

De plus, deux participants à l'audition ont avancé le fait qu'à l'art. 26 OBA et à l'art. 27 OBA (art. 27 et 28 Pr.-OBA), différents termes avaient été utilisés pour la même chose (recours à des tiers, déléguer, confier). Une terminologie homogène serait souhaitable; l'un des participants à l'audition estimant que le terme neutre de «recours» semble le plus approprié.

La FINMA précise à ce sujet que les différences dans la terminologie sont voulues. Le 1^{er} alinéa évoque une délégation de tâches, le 2^e le fait de confier des tâches («reliance») au sens de la recommandation n°9 du GAFI. Ces deux concepts relevant du concept générique de «recours». En revanche, le terme allemand de «Delegation» a été supprimé complètement. L'art. 26 al. 3 OBA a donc été adapté et reprend globalement la formulation de la version française du Pr.-OBA⁹:

«Le tiers auquel il est fait recours ne peut faire à son tour appel à un tiers.»

Deux participants à l'audition estimaient qu'il fallait intégrer l'art. 28 al. 4 Pr.-OBA dans l'art. 26 OBA. Au regard de la structure de l'ordonnance, cela est effectivement davantage pertinent. De plus, le titre de l'art. 26 OBA a été adapté et s'intitule désormais «Conditions».

⁹ «Beigezogene Dritte dürfen ihrerseits keine weiteren Personen oder Unternehmen beiziehen».

4.4.6 Modalités de recours à des tiers (art. 27 OBA)

Après avoir critiqué l'al. 4 (se reporter au point 4.4.5), plusieurs participants à l'audition ont également formulé des remarques sur les al. 1 et 2 de l'art. 27 OBA (art. 28 Pr.-OBA). Il a été constaté que l'al. 1 ne mentionnait pas assez clairement ses relations avec l'art. 26 OBA (art. 27 Pr.-OBA). La formulation suivante a donc été adoptée:

«L'intermédiaire financier continue de répondre au regard du droit de la surveillance, dans tous les cas, de la bonne exécution des tâches pour lesquelles il a recouru aux services de personnes et d'entreprises en vertu de l'art. 26.»

4.4.7 Doute sur la qualité d'une relation d'affaires et droit de communication (art. 29 OBA)

Le rapport explicatif mentionne que l'art. 29 al. 1 OBA (art. 30 al. 1 Pr.-OBA) reprend l'art. 27 al. 1 OBA-FINMA 1. A la suite d'une intervention du MROS, l'art. 29 OBA a été adapté. C'est la raison pour laquelle la phrase «des capitaux légaux sont utilisés à des fins criminelles» n'a pas été reprise, elle a été remplacée par «servent au financement du terrorisme», ce qui rend la disposition plus précise.

Au sujet de l'art. 29 al. 1 OBA, des participants à l'audition ont soulevé la question de savoir s'il existe un fondement légal pour le droit de communication en cas de soupçons de financement du terrorisme.

En accord avec le message du Conseil fédéral, la FINMA estime que l'art. 305^{ter} al. 2 CP couvre également le financement du terrorisme.¹⁰ En comparaison avec l'art. 27 al. 1 OBA-FINMA 1, la disposition a simplement été restreinte en ce sens que les «capitaux légaux sont utilisés à des fins criminelles» a été remplacé par «servent au financement du terrorisme». Comme nous l'avons déjà mentionné, ceci résulte d'une intervention du MROS. La disposition se veut donc plus précise puisque, par exemple, lesdites caisses noires ne relèvent plus en ce sens du droit de communication.

L'al. 2 de la disposition n'élève pas le droit de communication au rang d'obligation. La seule obligation consiste à examiner l'exercice de ce droit et, en cas de renonciation, d'en documenter les raisons. La formulation a été précisée dans ce sens.

¹⁰ Se reporter aussi au message relatif à la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI) du 15 juin 2007 (07.064; p. 5956), d'après lequel la proposition de modification de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP vise à faire du bureau de communication le destinataire unique des communications de soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme adressées sur la base du droit de communication..

4.4.8 Information (art. 31 al. 1 OBA)

L'art. 31 al. 1 OBA (art. 32 al. 1 PR.-OBA) stipule que l'intermédiaire financier informe la FINMA des communications adressées au Bureau de communication qui concernent des relations d'affaires comportant d'importantes valeurs patrimoniales ou lorsqu'il y a lieu de penser, au vu des circonstances, que l'affaire ayant entraîné la communication aura des conséquences sur la réputation de l'intermédiaire financier ou sur celle de la place financière. L'al. 1 a été repris tel quel de l'OBA-FINMA 1 (art. 30 OBA-FINMA 1). L'al. 2 de cette disposition précise que lorsque l'intermédiaire financier informe un autre intermédiaire financier en vertu de l'art. 10a LBA, il consigne ce fait sous une forme appropriée.

Divers participants à l'audition estiment que la FINMA fait partie du cercle des personnes et des institutions concernées par l'interdiction d'informer. Conformément à l'art. 10a LBA, lorsqu'il a effectué une communication en vertu de l'art. 9 LBA et initié un blocage des avoirs, l'intermédiaire financier ne doit informer ni les personnes concernées ni des tiers (en conséquence, pas la FINMA non plus). Sur ce point, l'ordonnance irait donc à l'encontre de la loi. Cette information à la FINMA devrait donc être rendue anonyme. Cela permettrait de rester en conformité avec l'art. 10a LBA.

Cette interprétation de l'art. 10a LBA de quelques participants à l'audition ne peut pas être suivie. La loi prévoit un échange d'informations entre la FINMA et le MROS ainsi qu'entre l'intermédiaire financier et la FINMA.¹¹ En outre, la FINMA et ses collaborateurs sont astreints au secret professionnel. Comme la FINMA est aussi responsable du respect de l'obligation de communiquer dans le cadre de la surveillance, elle ne peut remplir ses obligations que si elle obtient ces informations. Le message sur la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI¹² ne comprend pas non plus de remarques qui permettraient d'interpréter cette disposition différemment de la FINMA. Pour ces raisons, la disposition demeure inchangée par rapport à celle du projet.

4.4.9 Obligations de vérification d'identité incombant aux sociétés d'investissement cotées en bourse (art. 47 OBA)

Lors de l'audition portant sur la nouvelle circulaire FINMA «Activité d'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent»¹³, un participant a fait remarquer qu'en vertu des dispositions de la circulaire, les sociétés d'investissement qui ne sont pas soumises à la LPCC (art. 2 al. 3 LPCC)

¹¹ Se reporter à l'art. 29 LFINMA (Obligation de renseigner et d'annoncer): les assujettis, leurs sociétés d'audit et organes de révision ainsi que les personnes et entreprises détenant une participation qualifiée ou prépondérante au sein des établissements assujettis doivent fournir à la FINMA les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. Les assujettis renseignent sans délai la FINMA sur tout fait important susceptible de l'intéresser; ainsi qu'à l'art. 29 al. 1 LBA (Echange d'informations entre les autorités): la FINMA [...] et le bureau de communication peuvent échanger tous les renseignements et documents nécessaires à l'application de la présente loi.

¹² 07.064 Message sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAF), p. 5936s.

¹³ <http://www.finma.ch/f/regulierung/anhoerungen/pages/laufende.aspx>

relèveraient en fait de l'art. 2 al. 3 LBA. D'après lui, pour les sociétés d'investissement cotées en bourse, cela impliquerait – et c'est là le problème – l'identification du cocontractant, c'est-à-dire de l'actionnaire, pour les actionnaires qui excèderaient le seuil de 3% (art. 20 al. 1 LBVM), et donc une obligation correspondante de gestion documentaire. Du fait de la cotation en bourse surtout, non seulement le fait d'atteindre le seuil ou de se situer en dessous du seuil serait soumis à des fluctuations constantes, mais même une identification ne serait pas toujours vraiment possible. Il estime qu'il faut donc se demander si une soumission à la LBA n'irait pas au-delà du but recherché, et si les obligations d'annoncer relevant de la LBVM ainsi que les informations livrées dans ce cadre ne suffiraient pas.

Dans ce domaine, la FINMA tient compte de l'extrême difficulté à procéder à l'identification du cocontractant. Dans la mesure où les dispositions ressortant de la loi sur les bourses prévoient déjà une surveillance, entraînant ainsi un risque moins élevé de blanchiment, un assouplissement peut donc être introduit ici. La renonciation à l'attestation d'authenticité a donc été ajoutée dans l'article correspondant (art. 47 OBA; art. 9 annexe 1 Pr.-OBA).

4.4.10 Obligation en cas de rupture d'une relation d'affaires (art. 58 OBA)

Un participant à l'audition regrettait l'absence d'une disposition générale qui stipule quand une relation d'affaires doit être rompue.

L'art. 6 al. 3 et al. 4 CDB 08 régit l'obligation de rompre une relation d'affaires existante pour les banques, les directions de fonds, les sociétés d'investissement et les gestionnaires de fortune au sens de la LPCC ainsi que les négociants en valeurs mobilières. Pour l'IFDS, les art. 42 et 43 OBA-FINMA 3 correspondaient à ces dispositions. L'art. 42 OBA-FINMA 3 répond à une exigence du GAFI (recommandation 5, al. 5). Or, le projet d'OBA-FINMA ne prévoyait à tort pas de telle disposition. Les dispositions correspondantes ont donc été réintroduites à l'art. 30 al. 3 OBA et, pour l'IFDS, à l'art. 58 OBA. Par contre, aucune rupture de la relation d'affaires n'est autorisée lorsqu'il existe des signes concrets de l'imminence de mesures de sûreté d'une autorité. En ce sens, l'art. 30 al. 2 prévaut sur l'art. 58 OBA.

Pour le secteur de l'assurance, l'OFAP s'était penché sur cette question dans le cadre du processus de suivi du GAFI et était arrivé à la conclusion qu'une telle disposition n'était pas nécessaire. Si les mesures prévues à l'art. 14 OBA-FINMA 2 ne donnent pas de résultat, la compagnie d'assurances attend l'expiration du contrat pour récolter les informations nécessaires avant de verser la prestation et procéder, le cas échéant, à une communication pour cause de soupçon au sens de l'art. 9 LBA. La FINMA tient compte des spécificités du contrat d'assurance-vie et s'abstient d'introduire une règle générale qui s'appliquerait au secteur financier dans son ensemble.

4.4.11 Transmission de fonds et de valeurs (art. 61 OBA)

Dans la disposition sur la transmission de fonds et de valeurs (art. 61 OBA; art. 40 Pr.-OBA), un alinéa a été ajouté selon lequel un IFDS qui agit au nom et pour le compte d'autres intermédiaires financiers autorisés ou affiliés ne peut procéder à des opérations de transmissions de fonds et de valeurs que pour un seul intermédiaire financier. Ce point a été abordé dans le cadre de l'audition portant sur la circulaire FINMA «Activité d'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent»¹⁴. Cette disposition a été rédigée en raison du risque de blanchiment élevé lié à la transmission de fonds et de valeurs et afin de prévenir les possibilités de *smurfing*. Elle a pour but d'éviter l'utilisation en parallèle de plusieurs systèmes de *moneytransmitting* et de faciliter l'identification de l'intermédiaire financier responsable de répondre aux demandes d'information des autorités pénales. Elle reflète le sens et le but de l'art. 1 al. 2 let. f chiff. 5 OIF.

4.4.12 Dispositions transitoires (art. 66 OBA)

L'intermédiaire financier dispose d'une année à compter de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance pour se conformer aux nouvelles exigences. Les banques et intermédiaires financiers qui avaient utilisé la possibilité offerte par les art. 15 al. 1 OBA-FINMA 1 et 13 al. 1 OBA-FINMA 3 de ne pas indiquer les données concernant le donneur d'ordre pour les virements en-dessous de 1500 CHF auront une année pour adapter leur système. A noter que le délai transitoire de l'art. 66 al. 1 concernant l'art. 10 OBA ne porte que sur la nouvelle exigence pour les virements inférieurs à 1500 CHF. Les organismes d'autorégulation sont tenus de signaler les divergences de leurs règlements au plus tard dans un délai d'un an à compter de la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance. Les IFDS disposent d'une année à compter de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance pour appliquer les dispositions de l'art. 5 OBA (succursales et sociétés de groupe à l'étranger). Ce délai ne concerne que les IFDS, car ces dispositions sont déjà applicables aux autres secteurs. Les institutions d'assurances et les IFDS disposent d'une année à compter de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance pour appliquer les dispositions de l'art. 6. De plus, les intermédiaires financiers disposent d'une année à compter de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance pour appliquer l'art. 12 al. 2 let. h OBA. La disposition n'est applicable qu'à partir de cette date et seulement pour les nouvelles relations d'affaires (pas d'obligations rétroactives).

¹⁴ <http://www.finma.ch/f/regulierung/anhoerungen/pages/laufende.aspx>

4.5 Modifications de nature technique

La Chancellerie fédérale surtout, mais parfois aussi d'autres participants à l'audition ont formulé des remarques ou émis des suggestions en vue d'améliorer la grammaire, la structure ou le style de l'ordonnance. Les modifications reprises sont en partie présentées brièvement ci-après, à moins qu'elles n'aient déjà été traitées dans le présent rapport dans le cadre des différentes prises de position.

4.5.1 Modifications de l'ordre des articles

A la suite de diverses prises de position, la structure a été adaptée, puisqu'à présent les dispositions de l'annexe 1 du projet sont intégrées dans le texte de l'ordonnance. L'annexe a dû être intégrée dans le corps même de l'ordonnance, car elle contenait des dispositions qui sont bien plus que de simples directives techniques. En outre, cette nouvelle structure facilite la lisibilité de l'ordonnance. Différents titres ont alors été adaptés et la structure légèrement modifiée. La structure du projet pour l'audition de l'ordonnance était la suivante:

Chapitre 1: Dispositions générales
Section 1: Objet et champ d'application
Section 2: Définitions
Section 3: Principes
Section 4: Obligations de diligence générales
Section 5: Obligations de diligence accrues
Section 6: Obligations d'établir et de conserver des documents
Section 7: Mesures organisationnelles
Section 8: Recours à des tiers
Section 9: Rupture de la relation d'affaires et communication

Chapitre 2: Dispositions particulières
Section 1: Banques, négociants en valeurs mobilières et directions de fonds
Section 2: Institutions d'assurance
Section 3: IFDS

Chapitre 3: Dispositions finales

Annexe 1: Obligations d'identification incombant aux IFDS dans le cadre de la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (art. 3-5 LBA)

Annexe 2: Indices de blanchiment d'argent

La nouvelle structure de l'ordonnance se présente comme suit:

Chapitre 1: Dispositions générales

Section 1: Objets et définitions

Section 2: Champ d'application

Section 3: Principes

Section 4: Obligations de diligence générales

Section 5: Obligations de diligence accrues

Section 6: Obligation d'établir et de conserver des documents

Section 7: Mesures organisationnelles

Section 8: Recours à des tiers

Section 9: Rupture de la relation d'affaires et communication

Chapitre 2: Dispositions particulières pour banques, négociants
en valeurs mobilières et directions de fonds

Chapitre 3: Dispositions particulières pour les
institutions d'assurance

Chapitre 4: Dispositions particulières pour les IDFS

Section 1: Vérification de l'identité du cocontractant (art. 3 LBA)

Section 2: Identification de l'ayant droit économique (art. 4 LBA)

Section 3: Renouvellement de la vérification de l'identité du
cocontractant ou de l'identification de l'ayant droit
économique (art. 5 LBA)

Section 4: Relations d'affaires et transactions présentant des risques
accrus

Section 5: Obligation d'établir et de conserver des documents

Section 6: Mesures organisationnelles

Chapitre 5: Dispositions finales

Annexe: Indices de blanchiment de capitaux

Quelques articles ont été déplacés, raccourcis ou développés. Le tableau de concordance a été adapté en ce sens. La colonne rajoutée permet de suivre toutes les modifications. Le tableau de concordance se trouve au point 5 du présent rapport.

4.5.2 Risques juridiques et de réputation

Des participants à l'audition affirment qu'en ce qui concerne le secteur parabancaire, la surveillance selon la LBA se limite à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Selon eux, aucune disposition légale ne ressort de la LBA qui introduirait des obligations de diligence dans le secteur parabancaire au regard d'autres risques juridiques et de réputation.

Le concept de «risques juridiques et de réputation» est mentionné dans le projet à l'art. 5 (plusieurs fois), à l'art. 13 al. 1, art. 14 al. 1 et à l'art. 28 al. 1.

L'art. 13 al. 1 et l'art. 14 al. 1 Pr.-OBA ont été adaptés (nouvel art. 12 al. 1 et art. 13 al. 1 OBA). Le paragraphe de l'art. 28 al. 1 Pr.-OBA qui contenait le concept en question a été supprimé (nouvel art. 27 al. 1, se reporter au point 4.4.6). Pour l'art. 5 Pr.-OBA (art. 6 OBA), se reporter aux explications du point 4.2.1.

4.5.3 Harmonisation de la terminologie

La révision du texte par la Chancellerie fédérale a permis de mettre en évidence le fait que, dans le cadre des efforts effectués pour l'égalité de traitement, la féminisation des appellations n'était pas toujours systématique, puisqu'elles étaient tirées des ordonnances précédentes. Ceci a été corrigé dans la version allemande du texte de l'ordonnance et dans l'annexe. En outre, dans le nouveau chapitre 4 qui comprend les dispositions particulières pour les IFDS, le terme d'«intermédiaire financier» a été remplacé par «IFDS».

4.5.4 Suppression de l'art. 10 Pr.-OBA

L'art. 10 Pr.-OBA a donné lieu à différentes remarques sur plusieurs sujets, dont des observations sur la logique de la structure. Comme les obligations de diligence relevant des différents alinéas ne concernaient que certains groupes d'intermédiaires financiers à la fois, l'art. 10 Pr.-OBA a été supprimé, et les alinéas 1 et 2 insérés dans le chapitre 2 (art. 32 OBA). L'al. 3 n'est plus nécessaire puisque l'annexe 1 Pr.-OBA a été intégrée dans le corps de l'ordonnance. De plus, lors de l'audition, certains ont souligné que, du fait du renvoi à la CDB, cette dernière revêt alors le même caractère contraignant que des règles de droit, raison pour laquelle la disposition doit clairement définir la version considérée, un renvoi dynamique étant insuffisant. Les dispositions correspondantes ont donc été adaptées en ce sens.

4.5.5 Diverses autres adaptations

Suite aux remarques formulées par plusieurs participants à l'audition, l'énonciation selon laquelle les relations entretenues avec des banques correspondantes sont en fait des relations d'affaires présentant des risques accrus a été déplacée dans l'article correspondant (art. 12 OBA). Cela semble plus logique en termes de structure.

A l'art. 11 al. 3 OBA, le terme «vraisemblable» a été supprimé, car cet élément est inutile et porte à confusion; celui de «pertinentes» dans l'art. 37 OBA a été supprimé pour les mêmes raisons. L'art. 38 OBA a été reformulé dans un souci d'améliorer sa clarté. La nouvelle formulation suggérée par un participant à l'audition a été reprise.

L'OAR-ASA a remanié son règlement. Le 8 décembre 2010, la FINMA a reconnu comme standard minimal le règlement de l'OAR-ASA relatifs aux obligations de diligence. L'art. 37 OBA a été adapté et se réfère désormais explicitement à ce règlement.

L'art. 5 al. 2 OBA-FINMA 3 n'avait pas été repris dans le projet, ce qui était une erreur. Les art. 48 et 56 OBA ont été complétés en conséquence par l'ajout d'un paragraphe.

5 Tableau de concordance des ordonnances de la FINMA sur le blanchiment d'argent

Ordonnance BA Art.(/ al.)/(/ let.)	Projet d'ordonnance BA Art.(/ al.)/(/ let.)	OBA1 : (évtl. CDB 08) Art.(/ al.)/(/ let.)	OBA2 Art.(/ al.)/(/ let.)	OBA3 Art.(/ al.)/(/ let.)
1/1	1/1		1/a*	1/2*
1/2	1/2*		<i>nouveau</i>	
1/3	1/2*		<i>nouveau</i>	
2/1/a	6/a	1/a	3/1	2/d
2/1/b	6/b	CDB art. 4	10/3	17/2
2/1/c	6/c	CDB point 7		2/a
2/1/d	6/d			2/b
2/1/e	6/e			2/e*
2/1/f	6/f	1/b		
2/2	6/b	CDB art. 4	10/3	17/2
3/1/a	2/1/a	2/1	2/1/a	
3/1/b	2/1/b			1/1
3/2	2/2	2/2*		
3/3	-	2/3		
4/1	3/1*	2/4*		
4/2	3/2	2/5		
5/1	4/1	3/1	2/2	
5/2	5/1*	nouveau		

5/3	4/2	3/2	2/3	
5/4	4/3	3/3		
6	5*	9*		
7/1	7/1	4/1		
7/2	7/2	4/3		
8/a	8/a	5		4/2
8/b	8/b	5 ^{bis}		4/1
9	9*	14/3*		
-	10/3	<i>nouveau</i>		
10/1	11/1	15/1		13/1
10/2	11/2	15/2		13/2
10/3	11/3	15/4		13/3
10/4	11/4	15/3		
11	12*	<i>nouveau (application de l'article 7a LBA)</i>		
12/1	13/1*	7/1		26/2*
12/2/a	13/2/a	7/2/a		26/3/a
12/2/b	13/2/b	7/2/b		26/3/b
12/2/c	13/2/c	7/2/c		26/3/c
12/2/d	13/2/d	7/2/d		26/3/d
12/2/e	13/2/e	7/2/e		26/3/e
12/2/f	13/2/f	7/2/f		26/3/f
12/2/g	13/2/g	7/2/g		26/3/g
12/2/h	13/2/h*	<i>nouveau</i>		

12/3	13/3*	7/3		26/1
12/4	13/4	7/4		26/4
13	14	8		27
14/1	15/1	17/1	16*	25/2*
14/2/a	15/2/a	17/2/a		
14/2/b	15/2/b	17/2/b	16/b	29/2/a
14/2/c	15/2/c	17/2/c		29/2/b
14/2/d	15/2/d	17/2/d*		29/2/c*
14/2/e	15/2/e	17/2/e	16/e	29/2/d
14/2/f	15/2/f	17/2/f	16/c	29/2/e
14/2/g	15/2/g	17/2/g		
14/2/h	15/2/h	17/2/h	16/f	29/2/g
-	15/3	18/2		
15/1	16/1	18/1		30/1
15/2	16/2	18/3		30/2
16	17	20		29/1*
17	18	21		26/5*
18/1	19/1	22/1	17*	26/5*
18/2	19/2	22/2		
19/1	20/1	12/1 (début de la phrase)	23*	28/1
19/2	20/2	12/1 (2 ^e partie de phrase)		
19/3	20/3	12/2		

19/4	20/4	12/3		
19/5	20/5*			28/3
20/1	21/1		18*	34
20/2	21/2	23*	19/3*	
21	22	11 ^{bis}		28/2
22/1	23/1	13/1	22/1*	38/1 et 38/2/c*
22/2	23/2	13/2/a et c	22/2	38/2/a et b
23/1	24/1		22/1*	39/1*
23/1/a	24/1/a	13/2/b		
23/1/b	24/1/b	13/2/d		
23/1/c	24/1/c	13/2/e		
23/1/d	24/1/d	13/2/f		
23/1/e	24/1/e	13/2/g		
23/2	24/2*			39/2*
23/3	24/3	13/3		
24/1	25/1	10/1 et 10/3	22/2	37/1, 37/3 et 37/4
24/2/a	25/2/a	10/2/a		37/2/g
24/2/b	25/2/b	10/2/b	22/3/d et e	37/2/h
24/2/c	25/2/c	10/2/d		37/2/i
24/2/d	25/2/d	10/2/e		37/2/a
24/2/e	25/2/e	10/2/f	22/3/f	
24/2/f	25/2/f	10/2/g	22/3/c	
24/2/g	25/2/g	10/2/h	22/3/g	

24/2/h	25/2/h	10/2/c	22/3/b	
24/2/i	25/2/i	10/2/i		
24/2/j	25/2/j			37/2/j
25	26	11		36
26/1	27/1	19/1	20/1	31/2
26/2/a	27/2/a	Point 19 et 21/4 CDB	8/1/c	32
26/2/b	27/2/b			31/1
26/3	28/4*	19/2	20/2	33/3
27/1	28/1*		20/5*	33/1*
27/2	28/2		20/3*	33/2
27/3	28/3	19/4	20/4	
28	29	26		44
29/1	30/1	27/1		
29/2	30/2*	27/2		
29/3	30/3	29		30/4*
30/1	31/1	28/1		42* et 45*
30/2	31/2	28/2		43*
30/3	-			43/1
31/1	32/1	30	21/2*	
31/2	32/2			46

Banques, négociants en valeurs mobilières et directions de fonds
-> OBA-FINMA
1

Ordonnance BA Art.(/ al.)/(/ let.)	Projet d'ordonnance BA Art.(/ al.)/(/ let.)	OBA-FINMA 1
CHAPITRE 2		
32/1	10/1*	14/1
32/2	10/2	14/2
33	33	16
12/3	34/1	7/3
34/1	34/2	6/1
34/2	34/3	6/2
34/3	34/4	17/2/i et <i>nouveau</i>
34/4	34/5	<i>nouveau</i>
35	35	8/3/b
36	36	23

Annexe	Annexe 2	Annexe
---------------	-----------------	--------

Institutions d'assurance
-> OBA-FINMA 2

Ordonnance BA Art.(/ al.)/(/ let.)	Projet d'ordonnance BA Art.(/ al.)/(/ let.)	OBA-FINMA 2
CHAPITRE 3		
37	37*	<i>nouveau</i>
38	38*	4/2*

IFDS
-> OBA-FINMA 3

Ordonnance BA Art.(/ al.)/(/ let.)	Projet d'ordonnance BA Art.(/ al.)/(/ let.)	OBA-FINMA 3
CHAPITRE 4		
39	1 Annexe 1	6
40	2 Annexe 1	7
41	3 Annexe 1	8
42	4 Annexe 1	9
43	5 Annexe 1	10
44	6 Annexe 1	11
45	7 Annexe 1*	12
46	8 Annexe 1	14
47	9 Annexe 1	nouveau
48/1	-	5/2*
48/2	10 Annexe 1	15
49	11 Annexe 1	16
50	12 Annexe 1	17
51	13 Annexe 1*	18
52	14 Annexe 1	19
53	15 Annexe 1	20
54	16 Annexe 1	21
55	17 Annexe 1	22
56/1	-	5/2*
56/2	18 Annexe 1	23

57	19 Annexe 1	24
58	-	42 et 43
59	20 Annexe 1*	32
60	39	26/2 et 26/4
61/1	40/1	27/3/b
61/2	40/2	<i>nouveau</i>
61/3	-	<i>nouveau</i>
62	41	34/2, 34/3 et 35
63/1	42*	39/1
63/2	42*	39/3
64/1	43*	37/1
64/2	43*	37/5

Légende:

CDB : Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08)

Pr.-OBA: Projet d'ordonnance harmonisé du 8 juin 2010 remis lors de l'audition

OBA1: Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs (ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent 1, OBA-FINMA 1)

OBA2 : Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur des assurances privées (ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent 2, OBA-FINMA 2)

OBA3: Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le reste du secteur financier (ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent 3, OBA-FINMA 3)

*: Norme reprise par analogie ou en partie.