

Révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA)

Rapport sur les résultats de l'audition du 8 mars au 10 mai 2022 concernant le projet de révision partielle de l'OBA-FINMA

27 octobre 2022

Table des matières

Éléments essentiels	3
Liste des abréviations.....	5
1 Introduction	8
2 Prises de position reçues	8
3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA	9
3.1 Élargissement du champ d'application aux systèmes de négociation fondés sur la TRD (art. 3 al. 1 nOBA-FINMA), applicabilité du 5 ^e titre (art. 43a nOBA-FINMA et autres) et critères pour les relations d'affaires présentant des risques accrus (art. 72 al. 2 nOBA-FINMA)	9
3.2 Surveillance des relations d'affaires et des transactions (art. 20 al. 5 nOBA-FINMA)	10
3.3 Directive interne relative à l'actualisation périodique des données des clients (art. 26 al. 2 let. I nOBA-FINMA)	11
3.4 Transfert des dispositions d'exécution relatives au système de communication dans l'OBA (art. 30 ss OBA-FINMA, art. 22a nOBA-FINMA)	12
3.5 Précision de la compétence réglementaire de l'OAR-ASA (art. 42 nOBA-FINMA).....	13
3.6 Précisions concernant le seuil pour les opérations en monnaies virtuelles (art. 51a al. 1 ^{bis} , art. 78b nOBA-FINMA)	14
3.7 Complément (art. 65 al. 1 let. d nOBA-FINMA)	17
3.8 Autres préoccupations	17
3.8.1 Introduction d'une disposition transitoire dans l'OBA-FINMA pour l'actualisation des données des clients.	17
3.8.2 Entrée en vigueur simultanée de la LBA, de l'OBA et de l'OBA-FINMA	18
3.8.3 Autres propositions	18
4 Suite de la procédure	19

Éléments essentiels

1. La FINMA a procédé du 8 mars au 10 mai 2022 à l'audition publique relative à la révision partielle de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA). Elle a également tenu compte des prises de position déposées en retard jusqu'au 5 juin 2022 y compris.
2. Les participants de l'audition approuvent la FINMA, qui estime qu'au regard de la clarté de la réglementation légale dans la loi sur le blanchiment d'argent et des explications circonstanciées fournies dans le message du Conseil fédéral concernant la vérification de l'identité de l'ayant droit économique ainsi que l'actualisation des données des clients, aucune disposition d'exécution complémentaire n'est nécessaire dans l'OBA-FINMA.
3. L'élargissement du champ d'application de l'OBA-FINMA dans le 5^e titre aux systèmes de négociation fondés sur la TRD ainsi que les précisions concernant la compétence réglementaire de l'OAR-ASA dans la version révisée de l'art. 42 OBA-FINMA ont été salués par les participants de l'audition.
4. Dans le cadre de la transposition des obligations en cas de soupçons de blanchiment d'argent dans l'OBA, les dispositions correspondantes ont été abrogées dans l'OBA-FINMA et les dispositions prudentielles restantes transférées dans le nouvel art. 22a OBA-FINMA. Des participants de l'audition ont proposé de restreindre l'obligation d'établir des documents (*No-AML Report*) si aucune communication n'est effectuée au MROS. Cette préoccupation est justifiée et peut être mise en œuvre.
5. En lien avec le nouvel art. 26 al. 2 let. I OBA-FINMA prévoyant la promulgation d'une directive interne pour vérifier l'actualité des données des clients sur la base des risques, il a été souligné qu'en principe, les processus ne devraient pas faire partie d'une directive interne. La FINMA tient compte de cet argument et précise désormais dans les commentaires que les intermédiaires financiers sont tenus d'édicter une directive interne concernant les critères et la périodicité à laquelle ils procèdent à une vérification fondée sur les risques de l'actualité des données des clients, mais non concernant les processus.
6. Plusieurs participants de l'audition ont demandé la suppression du nouvel art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA en lien avec la précision du calcul du seuil en cas de transactions en monnaies virtuelles (règle des 30 jours). À titre de variante, ils ont proposé de limiter le champ d'application à la distribution physique (paiement en espèces) des monnaies

virtuelles. Cette demande peut être satisfaite. La disposition est toutefois formulée de manière plus ouverte sur l'avenir et doit s'appliquer, outre aux opérations en espèces, également à d'autres instruments de paiement anonymes.

7. Quelques participants de l'audition ont demandé un délai transitoire de douze mois dans l'OBA-FINMA pour la mise en œuvre de la nouvelle obligation de diligence en lien avec l'actualisation fondée sur les risques des données des clients. Toutefois, la loi sur le blanchiment d'argent ne prévoit aucun délai de cet ordre et aucune loi ni ordonnance fédérale ne délègue explicitement à la FINMA la promulgation de telles dispositions transitoires. Il n'existe par conséquent aucune base légale autorisant la FINMA à introduire un délai transitoire à l'échelon des ordonnances FINMA.
8. Compte tenu de la décision du Conseil fédéral de mettre en application la LBA et l'OBA au 1^{er} janvier 2023, l'OBA-FINMA entrera en vigueur à cette même date.

Liste des abréviations

al.	alinéa
AML	<i>anti-money laundering</i>
art.	article
ASA	Association Suisse d'Assurances
ASB/Swiss Banking	Association suisse des banquiers
ASG	Association Suisse des Gestionnaires de fortune
cf.	<i>confer</i> (voir)
CHF	francs suisses
economiesuisse	association des entreprises suisses
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
Forum-OAR	groupe d'intérêt des organismes suisses d'autorégulation
GAFI	Groupe d'action financière
KYC	<i>know your customer</i>
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment d'argent), version du 1 ^{er} janvier 2022 ; RS 955.0
let.	lettre
Message du Conseil fédéral	Message du Conseil fédéral du 26 juin 2019 concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2019 5237.
MROS	Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent

n	nouvelle version du texte législatif correspondant
nLBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment d'argent), modification du 19 mars 2021 ; RO 2021 656
n°	numéro
OAR	organisme(s) d'autorégulation
OAR-ASA	Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances
OBA	Ordonnance du 11 novembre 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (ordonnance sur le blanchiment d'argent), version du 1 ^{er} août 2021 ; RS 955.01
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 (ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent), version du 1 ^{er} janvier 2021 ; RS 955.033.0
O-LFINMA	Ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers, version du 1 ^{er} février 2020 ; RS 956.11
p.	page(s)
R.	Recommandation du GAFI
resp.	respectivement
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s./ss	et suivant(es) (page/pages)

SFI	Secrétariat d'État aux questions financières internationales
TRD	technologie des registres distribués
VQF	Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen

1 Introduction

La FINMA a procédé du 8 mars au 10 mai 2022 à l'audition publique relative au projet de modification de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA). La présente révision a pour objectif d'intégrer dans l'OBA-FINMA les modifications survenues à la suite de la récente révision de la loi fédérale sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBA) ainsi que les adaptations de l'ordonnance du Conseil fédéral sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (OBA). Par ailleurs, quelques adaptations ponctuelles de l'OBA-FINMA ont été proposées dans le sens d'un *housekeeping*. Le présent rapport examine de manière générale et concise les prises de position reçues des participants sur le projet d'audition et explique certaines dispositions lorsque cela se révèle indiqué.

2 Prises de position reçues

La FINMA a reçu 205 prises de position de personnes physiques ou morales, en plus de celles remises par les personnes et les établissements énumérés ci-dessous par ordre alphabétique. Pour des raisons de place, ces 205 participants supplémentaires de l'audition ne sont pas mentionnés ici, mais leurs prises de position sont publiées, sauf décision explicite d'y renoncer.

- Abbühl Andri
- Amantio GmbH
- Andreotti Fabio
- AsyLex
- ASA SVV
- Bity SA
- BITTR AG
- Bonnard Lawson
- economiesuisse
- Forum OAR
- Jan Brzezek
- Parti libertarien
- Parti Pirate Suisse
- Pocket App GmbH
- Raiffeisen Suisse

- Roussel Alexis
- Swiss Banking
- OAR-ASA
- OAR-Fiduciaire Suisse
- Ville de Zoug
- VärdeX Suisse SA
- ASG
- VQF

3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

Dans le présent rapport, la FINMA dépouille, résume et évalue les prises de position reçues. Le rapport a été approuvé par le conseil d'administration de la FINMA (art. 11 al. 4 O-FINMA). Il est publié simultanément à l'ordonnance arrêtée et aux prises de position résultant de l'audition. En outre, la FINMA publie des commentaires. Ils sont fondés sur le rapport explicatif de l'audition, qui est consacré notamment aux adaptations effectuées à la suite de l'audition. Les commentaires doivent servir aux parties prenantes censées appliquer le droit de document de référence facile d'emploi pour la version finale.

Les résultats de l'audition et l'évaluation par la FINMA sont présentés ci-après par thèmes. La chronologie des blocs de thèmes correspond à la systématique des ordonnances, à l'exception des thèmes concernant les systèmes de négociation fondés sur la TRD, qui apparaissent sous forme regroupée. Les thématiques qui ne se réfèrent pas directement aux articles révisés ou à l'OBA-FINMA figurent dans un chapitre séparé.

3.1 Élargissement du champ d'application aux systèmes de négociation fondés sur la TRD (art. 3 al. 1 nOBA-FINMA), applicabilité du 5^e titre (art. 43a nOBA-FINMA et autres) et critères pour les relations d'affaires présentant des risques accrus (art. 72 al. 2 nOBA-FINMA)

Prises de position

L'élargissement du champ d'application de l'OBA-FINMA aux plateformes de négociation fondées sur la TRD a été salué par les participants de l'audition. L'un d'entre eux a toutefois fait valoir que les dispositions actuelles au 5^e titre de l'OBA-FINMA n'étaient pas conçues spécifiquement pour les infrastructures fondées sur la TRD. En particulier au vu de l'hétérogénéité des modèles d'affaires de tels systèmes, on ne peut pas déduire automatiquement l'existence de risques accrus en lien avec les relations d'affaires et les

transactions. Dans ce contexte, il faut tenir compte, selon lui, des caractéristiques spécifiques des infrastructures fondées sur la TRD dans le cadre de la pratique d'autorisation et de surveillance.

Appréciation

Le respect des obligations générales de diligence¹, des obligations au 5^e titre de l'OBA-FINMA ainsi que l'élaboration de critères pour les relations d'affaires et les transactions comportant des risques accrus effectuées par des systèmes de négociation fondés sur la TRD ont été salués par la majorité des participants de l'audition. Ces obligations de diligence sont applicables aujourd'hui déjà à des activités LBA hétérogènes. Compte tenu de leur nature générale et abstraite, elles peuvent être utilisées pour différents modèles d'affaires. La FINMA maintient par conséquent les dispositions proposées.

Conclusion

Les propositions soumises dans la version de l'audition sont maintenues.

3.2 Surveillance des relations d'affaires et des transactions (art. 20 al. 5 nOBA-FINMA)

Prises de position

Aucune prise de position n'a été remise concernant l'introduction d'un système de surveillance informatisé des transactions pour les systèmes de négociation fondés sur la TRD. Un participant de l'audition a toutefois demandé que les exigences qualitatives imposées à un tel système ainsi que le type de transactions à surveiller soient précisés dans le rapport d'audition.

Appréciation

Les dispositions de l'OBA-FINMA sont de nature générale et abstraite. Elles ne règlent pas les cas individuels concrets. La FINMA laisse aux assujettis le soin de définir les détails techniques relatifs à la mise en œuvre. Dans le cadre de son activité de surveillance et de l'application de son ordonnance sur le blanchiment d'argent, la FINMA peut au cas par cas, sur la base de l'art. 3 al. 2 OBA-FINMA, tenir compte des particularités des activités commerciales des intermédiaires financiers et, en particulier en raison du risque de blanchiment d'argent d'une activité ou de la taille d'une entreprise, autoriser des allègements ou ordonner des renforcements. Dans ce contexte, les exigences qualitatives ne sont pas précisées.

¹ 1^e titre, art. 1 à 29 nOBA-FINMA.

Conclusion

Les propositions soumises dans la version de l'audition sont maintenues.

3.3 Directive interne relative à l'actualisation périodique des données des clients (art. 26 al. 2 let. I nOBA-FINMA)

Prises de position

De nombreux participants de l'audition ont considéré pertinent le complément de l'art. 26 OBA-FINMA concernant les exigences relatives à l'élaboration d'une directive interne sur la vérification fondée sur les risques de l'actualité des données des clients. Une précision est cependant requise concernant le contenu des directives internes : les commentaires de la FINMA relève que non seulement les critères, mais aussi les processus doivent être intégrés dans une directive. Une partie des participants de l'audition ont signalé que les processus n'avaient pas leur place dans une directive car ils sont trop détaillés et trop sujets à des modifications. En outre, il a été proposé d'ajouter à l'art. 26 al. 2 let. I nOBA-FINMA les termes d'actualisation *périodique et fondée sur les risques*. Un autre participant de l'audition considère que les directives internes sur la base de l'art. 7 al. 1^{bis} nLBA ne devraient pas régler l'actualisation des documents mais la vérification de leur actualité et propose une formulation correspondante. Les documents qui ne sont pas actuels doivent être actualisés.

Appréciation

La FINMA précisera dans les commentaires que les directives internes des intermédiaires financiers doivent conserver les critères et la périodicité pour l'actualisation fondée sur les risques des données des clients, mais non les processus correspondants. La formulation actuelle à l'art. 26 al. 2 let I s'appuie sur la formulation figurant dans le message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent et est volontairement succincte. Le texte de l'ordonnance peut par conséquent être maintenu.

Conclusion

La formulation de l'art. 26 al. 2 let. I dans la version de l'audition est maintenue. En revanche, les commentaires sont complétés et précisent désormais que la directive interne doit inclure les critères et la périodicité pour l'actualisation fondée sur les risques des documents des clients, mais non les processus.

3.4 Transfert des dispositions d'exécution relatives au système de communication dans l'OBA (art. 30 ss OBA-FINMA, art. 22a nOBA-FINMA)

Prises de position

Le transfert des dispositions d'exécution relatives au système de communication dans l'OBA n'a pas soulevé de commentaires supplémentaires. En revanche, en ce qui concerne l'obligation d'établir des documents (*No-ALM Report*) figurant au nouvel art. 22a al. 2 OBA-FINMA, quelques participants de l'audition ont soumis la proposition de maintenir la formulation de l'art. 31 OBA-FINMA actuel et, par conséquent, de limiter l'obligation d'établir des documents aux *relations d'affaires douteuses impliquant d'importantes valeurs patrimoniales* en cas de non-exercice d'un droit de communication selon l'art. 305^{ter} al. 2 CP. À titre subsidiaire, ils proposent une limitation de l'obligation d'établir des documents aux cas qui présentent des soupçons réels (un indice concret ou plusieurs suspicions) et dont l'obligation de communiquer a été évaluée au préalable par le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent. Par ailleurs, un participant de l'audition a relevé que les obligations de clarification particulières en lien avec l'art. 6 al. 2 let. c LBA n'étaient pas dues en soi à un soupçon de blanchiment d'argent. Dans la pratique, selon lui, de tels risques sont pris en compte en procédant à des clarifications supplémentaires selon l'art. 15 OBA-FINMA. Pour pouvoir tenir compte d'un éventuel soupçon issu de ces clarifications supplémentaires, l'art. 16 al. 2 OBA-FINMA devrait être complété. Enfin, quelques participants de l'audition ont demandé que soit clarifié le fait que le *No-AML Report* ne constitue pas un document séparé et que la consignation des clarifications et des raisons du défaut de communication sous une forme appropriée soit suffisante.

Appréciation

La formulation à l'art. 31 OBA-FINMA n'a pas été reprise au nouvel art. 22a al. 2 OBA-FINMA car la terminologie « relation d'affaires douteuse » n'est plus utilisée non plus dans les nouvelles dispositions concernant la communication à l'échelon OBA, au motif de ne pas être juridique. De plus, cet article se limite aux relations d'affaires impliquant *d'importantes valeurs patrimoniales*, pour lesquelles il n'est pas fait usage du droit de communication selon l'art. 305^{ter} al. 2 CP. Mais les soupçons pouvant déboucher sur une communication ne résultent pas uniquement en cas de *relations d'affaires douteuses* ou *d'importantes valeurs patrimoniales*. Lorsqu'un intermédiaire financier dispose d'un signe concret ou de plusieurs indices laissant supposer que les critères définis à l'art. 9 al. 1 let. a LBA pourraient être remplis pour les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires, il doit effectuer des clarifications supplémentaires en vertu de l'art. 6 LBA. Si, au terme de ces clarifications, il parvient à dissiper les soupçons initiaux, il n'a pas d'obligation de communiquer faute de disposer de « soupçons fon-

dés ». L'intermédiaire financier doit, en application de l'art. 7 LBA, documenter les clarifications effectuées, afin notamment d'être en mesure de démontrer qu'il n'a pas violé l'obligation de communiquer de l'art. 9 LBA. En ce qui concerne le droit de communication, il est utile de rappeler, comme mentionné dans le message du 26 juin 2019 concernant la modification de la LBA, que le Conseil fédéral et les autorités compétentes le considèrent comme un instrument subsidiaire par rapport à l'obligation de communiquer². En outre, il est précisé dans les commentaires concernant l'OBA-FINMA que l'intermédiaire financier est tenu de documenter sous une forme appropriée et exhaustive les raisons sous-jacentes qui expliquent l'absence de communication. Dans ce contexte, il doit documenter non seulement les clarifications supplémentaires, mais aussi les raisons pour lesquelles il parvient à la conclusion que le soupçon peut être écarté au terme de ses clarifications.

Conclusion

Lorsqu'un intermédiaire financier dispose d'un signe concret ou de plusieurs indices laissant supposer que les critères définis à l'art. 9 al. 1 let. a LBA pourraient être remplis pour les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires, il doit effectuer des clarifications supplémentaires en vertu de l'art. 6 LBA et les documenter. La formulation du nouvel art. 22a al. 2 OBA-FINMA est adaptée en conséquence et les commentaires concernant l'OBA-FINMA, complétés.

3.5 Précision de la compétence réglementaire de l'OAR-ASA (art. 42 nOBA-FINMA)

Prises de position

L'OAR-ASA et l'ASA accueillent favorablement les clarifications concernant l'étendue de la compétence réglementaire de l'OAR-ASA. Les autres participants de l'audition ont pris connaissance sans commentaire de la précision.

Appréciation

La compétence réglementaire de l'OAR-ASA est reprise conformément à la proposition formulée lors de la consultation.

Conclusion

La proposition soumise lors de l'audition est maintenue.

² Cf. rapport explicatif du 1^{er} octobre 2021 relatif au projet mis en consultation portant sur la modification de l'ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, chapitre 1.3. Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA), p. 12, disponible sous le lien suivant : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/68407.pdf> (12 juin 2022).

3.6 Précisions concernant le seuil pour les opérations en monnaies virtuelles (art. 51a al. 1^{bis}, art. 78b nOBA-FINMA)

Prises de position

De nombreux participants de l'audition ont demandé la suppression du nouvel art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA et fait valoir que la limitation du seuil à 30 jours violait la neutralité technologique, la sphère privée ainsi que le principe de proportionnalité. À cela s'ajoute que le change de monnaies *fiat* n'est pas soumis à une telle limitation et que le projet de réglementation ne repose pas sur suffisamment de faits établis. Quelques participants de l'audition ont critiqué le seuil de 1 000 CHF pour les opérations de change avec des cryptomonnaies et demandé son augmentation à 5000 ou 25 000 CHF. Certains d'entre eux ont fait valoir que de nombreuses transactions impliquant des opérations de change n'étaient pas effectuées aux distributeurs automatiques mais en ligne. Selon les informations fournies par un participant de l'audition, 80 % de ses opérations de change portant sur des cryptomonnaies en dessous du seuil de 1 000 CHF sont effectuées en ligne et non aux distributeurs automatiques. Quelques participants ont relevé que les recommandations du GAFI ne comportaient aucune limitation du seuil. Certains se demandaient si, parallèlement au critère des 30 jours, d'autres cas d'application pourraient être considérés comme « liés entre eux ».

L'un d'entre eux a plaidé pour l'abandon du supplément « transactions liées entre elles ». Dans le cas contraire, il pourrait en découler des difficultés pour distinguer les cas où seul le seuil est dépassé et ceux qui paraissent inhabituels en vertu de l'art. 6 al. 2 LBA. Pour d'autres participants de l'audition, il convient de préciser si le seuil de 1 000 CHF s'applique aussi aux relations d'affaires durables. De plus, les termes « cryptomonnaies » et « relations d'affaires durables » devraient être définis dans l'OBA-FINMA.

Enfin, la proposition a été émise de limiter le champ d'application du nouvel art. 51a al. 1^{bis} nOBA-FINMA à la distribution physique des monnaies virtuelles (achat, vente et change de cryptomonnaies, en particulier aux distributeurs automatiques), car elle recèle les plus grands risques.

Appréciation

La neutralité technologique ne signifie pas, précisément, que toutes les technologies doivent être réglées de la même manière. La question déterminante concerne les risques associés aux technologies (*same business, same risks, same rules*). Si une technologie présente des risques accrus par rapport à des circonstances ou à d'autres technologies analogues, ces derniers doivent être examinés en conséquence et, en cas de nécessité, traités différemment. Le pendant du principe *same business, same risks, same rules* est le principe *higher risks, stricter rules*. En cryptofinance, en particulier en lien avec les cryptomonnaies, les risques LBA se trouvent accentués

par l'anonymat potentiellement plus grand et la vitesse ainsi que la nature transfrontière des transactions³. Au vu de ce qui précède, les monnaies virtuelles sont souvent utilisées comme instrument de paiement pour le commerce illicite, notamment le trafic de drogue, sur le *darknet* ou pour le paiement de rançons après des cyberattaques⁴. Comme mentionné dans le rapport explicatif⁵ sur la révision partielle de l'OBA-FINMA, ces risques accrus se sont matérialisés sous forme d'abus dans le domaine des stupéfiants, en particulier lors du change des monnaies virtuelles aux distributeurs automatiques. En qualité d'organisme édictant les standards internationaux en matière de blanchiment d'argent, le GAFI est parvenu à la même conclusion : il a fixé un seuil de 1 000 USD/EUR pour les transactions occasionnelles en lien avec des valeurs patrimoniales virtuelles (cf. la note interprétative relative à la R. 15 du GAFI). Ce thème a également fait l'objet de discussions intensives dans le cadre de l'abaissement du seuil de 5 000 à 1 000 CHF lors de la révision de l'OBA-FINMA en 2020⁶.

Outre les risques accrus liés aux cryptomonnaies, il n'est pas possible de parler ici de mêmes opérations (*same business*). Du point de vue économique, les opérations de change de cryptomonnaies se distinguent fondamentalement des opérations de change classiques, qui consistent à acheter des devises étrangères au guichet, par ex. pour des voyages. En règle générale, l'achat de devises virtuelles est effectué à d'autres fins, comme le placement de valeur. Les opérations de placement reposent habituellement sur une relation d'affaires durable, qui sous-entend la vérification de l'identité du cocontractant. Les opérations en question ici, qui sont effectuées sous le seuil de 1 000 CHF avec une clientèle de passage, visent ainsi d'autres objectifs et recèlent d'autres risques. En résumé, on peut affirmer que l'argument du manque de neutralité technologique (*same business, same risks, same rules*) par rapport aux opérations de change au comptant n'est pas pertinent. L'opération (*business*) n'est pas identique et, compte tenu de sa vitesse, de sa nature transfrontière et de sa mobilité, elle ne recèle pas les

³ Cf. 2^e rapport NRA du groupe interdépartemental de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (GCBF), National Risk Assessment (NRA), octobre 2021 (sous 4.3, p. 54) ; 1^{er} rapport NRA du GCBF, octobre 2018 (p. 23) ; Rapport du GCBF sur le risque de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme par des cryptoactifs et le financement participatif, octobre 2018 (ch. 3.1.1.1, 3.1.2 b et d) ; FATF's updated Guidance for risk-based approach on Vas and VASPs, octobre 21 ; FATF Report on Virtual Assets Red Flag indicator of AML/FT, septembre 2021 ; FATF's Second 12-Month Review of the Revised FATF Standards on VAs and VASPs, juillet 2021 ; Monitoring des risques 2021 de la FINMA, disponible sous le lien suivant : <<https://www.finma.ch/fr/documentation/publications-finma/rapports/risikomonitor/>> (08.03.2022)

⁴ Europol et European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2017) : *Drugs and the Darknet. Perspectives for Enforcement, Research and Policy*. <http://www.emcdda.europa.eu/darknet> ; FATF's Second 12-Month Review of the Revised FATF Standards on VAs and VASPs, juillet 2021 ; FATF's updated Guidance for risk-based approach on Vas and VASPs, octobre 21, Cm 21 ; cf. également la motion 21.4068 de Roger Nordmann, membre du Conseil national, « Cyberpiraterie au détriment des entreprises et des collectivités publiques. Interrompre le circuit financier des rançons via les cryptomonnaies » du 22.09.2021, disponible sous le lien suivant : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20214068>> (08.03.2022).

⁵ Révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA), rapport explicatif du 8 mars 2022, ch. 5.7.

⁶ Audition sur les dispositions d'exécution de la FINMA concernant la LSFIn et la LEFin, rapport explicatif du 7 février 2020, ch. 8.2.4 et dispositions d'exécution de la FINMA concernant la LSFIn et la LEFin, rapport du 4 novembre 2020 sur les résultats de l'audition effectuée du 7 février au 9 avril 2020, ch. 3.5.4.

mêmes risques (*risks*). Par conséquent, d'autres règles (*rules*) sont nécessaires. Pour que le principe de proportionnalité soit garanti, trois conditions doivent être cumulativement remplies : la mesure doit être appropriée, indispensable et tolérable. Dans le cadre de son activité de surveillance, la FINMA a constaté une utilisation abusive de la valeur seuil pour des opérations de change en cryptomonnaies aux distributeurs automatiques ; la mesure est donc appropriée pour traiter des cas similaires. L'intérêt public en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme l'emporte sur l'intérêt d'une clientèle de passage à effectuer anonymement ses opérations de change en cryptomonnaies sur des automates au-delà d'un seuil de 1 000 CHF par mois. Enfin, les clients peuvent se soumettre à une vérification de leur identité et être ainsi exemptés d'une limitation du seuil de 1 000 CHF dans les 30 jours. Par conséquent, la mesure est acceptable telle quelle. La notion de « transactions liées entre elles » est définie de manière générale au niveau de la loi pour les opérations de caisse (art. 3 al. 2 LBA). L'objectif de ce complément répond à l'identification de cas de *smurfing*. En définitive, il ressort clairement de la disposition qu'elle concerne les *opérations n'impliquant aucune relation d'affaires durable*. Une précision se révèle ainsi superflue (art. 2 let. b OBA-FINMA). La notion de monnaies virtuelles est déjà utilisée dans l'OBA et ne requiert dès lors aucune définition dans l'OBA-FINMA.

La proposition de limiter le champ d'application du nouvel art. 51a al. 1^{bis} nOBA-FINMA à la distribution physique des monnaies virtuelles (achat, vente et change de cryptomonnaies, en particulier aux distributeurs automatiques) semble justifiée dans la perspective d'une approche fondée sur les risques avec concentration sur les risques les plus importants. Toutefois, la disposition est formulée de manière plus ouverte sur l'avenir et doit couvrir aussi d'autres instruments de paiement anonymes comme certaines cartes de prépaiement. Les modèles d'affaires, qui proposent le change de cryptomonnaies à la clientèle de passage seulement en relation avec un compte bancaire ou une carte de crédit au nom du client, doivent continuer de respecter le seuil de 1 000 CHF (et ainsi éviter le *smurfing*). Ces prestataires peuvent toutefois renoncer à des mesures techniques destinées à éviter que le seuil ne soit dépassé dans les 30 jours par des transactions liées entre elles. D'une part, l'identité de ces clients a en effet déjà été identifiée lors de l'ouverture du compte ou de l'émission de la carte de crédit et d'autre part, les fonds utilisés pour le change présentent de plus faibles risques de provenir de sources criminelles.

Conclusion

Le champ d'application du nouvel art. 51a al. 1^{bis} nOBA-FINMA est limité aux paiements en espèces ou à l'acceptation d'autres instruments de paiement anonymes pour la vente ou l'achat de monnaies virtuelles.

3.7 Complément (art. 65 al. 1 let. d nOBA-FINMA)

Prises de position

Lors de la dernière révision partielle de l'OBA-FINMA, l'exigence d'une surveillance équivalente à l'étranger n'a pas été transposée dans l'art. 65 al. 1 let. d nOBA-FINMA. Un participant de l'audition a requis que l'exception de demander une déclaration écrite relative à l'ayant droit économique prévue à l'art. 65 al. 1 OBA-FINMA soit étendue aux gestionnaires de fortune et aux *trustees* selon l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA, car ce sont des intermédiaires financiers régis par une loi spéciale au sens de la LFin.

Appréciation

La demande d'étendre l'exception aux gestionnaires de fortune et aux *trustees* qui sont titulaires d'une autorisation de la FINMA selon la LFin a déjà été discutée en 2020 dans le cadre de la révision de l'OBA-FINMA. À ce sujet, il est fait référence au rapport d'audition sur les dispositions d'exécution de la FINMA relatives à la LFin et à la LFin, chapitre 3.5.7.

Conclusion

L'art. 65 al. 1 let. d nOBA-FINMA est complété par l'exigence d'une surveillance équivalente à l'étranger. Il n'est procédé à aucune autre modification de fond.

3.8 Autres préoccupations

3.8.1 Introduction d'une disposition transitoire dans l'OBA-FINMA pour l'actualisation des données des clients

Prises de position

Une partie des participants de l'audition demandent, en vue de la mise en œuvre périodique et fondée sur les risques des données des clients, l'introduction d'un délai transitoire de douze mois dans l'OBA-FINMA, car la mise en œuvre de cette nouvelle obligation de diligence implique des dépenses substantielles pour les intermédiaires financiers. En outre, il n'était pas clair jusque-là que la FINMA n'entendait pas apporter de nouvelles précisions dans ce domaine. Dans ce contexte, les intermédiaires financiers auraient attendu de mettre en œuvre cette nouvelle obligation de diligence et auraient désormais besoin de plus de temps pour adapter les directives, approuver les concepts de mise en œuvre et définir les cycles d'actualisation. De plus, la nécessité d'introduire un délai transitoire est reconnu dans le message du Conseil fédéral⁷, même s'il a été renoncé à une réglementation

⁷ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2019 5505 : « [...] Il n'est pas escompté que toutes les relations d'affaires aient déjà été mises à jour au

explicite dans la LBA. Enfin, le message n'exclut pas la possibilité de régler les délais transitoires pertinents dans l'OBA-FINMA et l'autorégulation.

Appréciation

La LBA ne prévoit aucune base pour introduire une disposition transitoire. Par conséquent, elle ne peut pas être définie dans l'OBA-FINMA. La disposition légale n'exige pas que toutes les données des clients soient mises à jour à l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, mais elles doivent l'être au fil du temps dans le cadre d'une approche fondée sur des risques.

Conclusion

Aucun délai transitoire n'est prévu.

3.8.2 Entrée en vigueur simultanée de la LBA, de l'OBA et de l'OBA-FINMA

Prises de position

De nombreux participants de l'audition ont demandé, pour des raisons de sécurité juridique, l'entrée en vigueur simultanée de la loi révisée sur le blanchiment d'argent, de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent ainsi que de l'OBA-FINMA.

Appréciation

La LBA, les ordonnances du Conseil fédéral ainsi que l'OBA-FINMA entreront en vigueur simultanément le 1^{er} janvier 2023.

Conclusion

L'entrée en vigueur de l'OBA-FINMA aura lieu en même temps que la LBA et l'OBA le 1^{er} janvier 2023.

3.8.3 Autres propositions

Prises de position

Un participant de l'audition propose qu'en plus de la vérification de l'identité par vidéo et le transfert d'argent sur un compte bancaire, une troisième variante plus simple pourrait être introduite pour vérifier l'identité de la clientèle privée TRD. On pourrait envisager par ex. la remise de documents d'identité

moment de l'entrée en vigueur ; en revanche, à partir de ce moment, il existe une obligation explicite de vérifier et le cas échéant d'actualiser régulièrement les relations d'affaires. L'intermédiaire financier dispose de sa propre appréciation en ce qui concerne la fréquence des vérifications. Cette approche tient ainsi aussi compte du droit à une réglementation transitoire appropriée [...] ».

scannés ou d'un *selfie* de l'utilisateur. Par ailleurs, un autre participant de l'audition demande que la révision de l'OBA-FINMA ne crée pas d'obstacles pour les ouvertures de compte des personnes réfugiées, en particulier celles qui possèdent un permis N, F et S.

Appréciation

La révision de la circulaire FINMA 2016/7 « Identification par vidéo et en ligne » ne peut pas être effectuée dans le cadre de la présente révision de l'OBA-FINMA.

En outre, il faut tenir compte du fait que les obligations de diligence formelles en matière d'ouvertures de compte sont régies dans la CDB 2020

Conclusion

Il n'est pas possible d'entrer en matière sur les propositions susmentionnées dans le cadre de la présente révision.

4 Suite de la procédure

La révision partielle de l'OBA-FINMA entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2023.