



18.06.2021

Procédure de consultation relative à l'ordonnance sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués

Rapport sur les résultats

Table des matières

1	Situation initiale	3
2	Procédure de consultation.....	3
3	Principaux résultats de la consultation	4
3.1	Remarques générales.....	4
3.2	Avis sur les différentes dispositions	5
3.2.1	Ordonnance sur l'administration des offices de faillite (OAOF).....	5
3.2.2	Ordonnance sur les services financiers (OSFin).....	6
3.2.3	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB)	7
3.2.4	Ordonnance sur les établissements financiers (OEFin)	8
3.2.5	Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA).....	9
3.2.6	Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA (Oém-FINMA).....	11
3.2.7	Ordonnance sur l'infrastructure des marchés financiers (OIMF).....	11

1 Situation initiale

Le 25 septembre 2020, le Parlement a adopté la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués. Cette loi apporte des modifications ponctuelles à dix autres lois fédérales afin d'améliorer encore les conditions permettant à la Suisse de s'affirmer comme une place économique de premier plan, innovante et durable pour les entreprises utilisant la blockchain et la technologie des registres distribués (TRD).

Le Parlement a décidé de procéder aux modifications suivantes:

- Le *code des obligations* (CO; RS 220) inclut désormais la possibilité d'inscrire des droits qualifiés dans un registre électronique, l'inscription leur conférant la même fonction que des papiers-valeurs. Cette adaptation du droit régissant les papiers-valeurs donne une base juridique sûre à la négociation de droits au moyen de registres électroniques, ce qui est essentiel pour faire de la Suisse un lieu d'implantation favorable aux entreprises utilisant la TRD. Les modifications correspondantes ont été effectuées dans la loi fédérale sur les titres intermédiés (LTI; RS 957.1).
- La revendication des cryptoactifs de la masse de la faillite et la revendication des données ont été réglementées expressément dans la *loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* (LP; RS 281.1). La sécurité juridique pour les acteurs du marché s'en trouve augmentée. Les dispositions de la *loi sur les banques* (LB; RS 952.0) relevant du droit de l'insolvabilité des banques ont été adaptées sur la base des modifications apportées à la LP. Par ailleurs, la licence dite «FinTech» prévue par la LB (cf. art. 1b) a été légèrement étendue pour éviter que, du fait des adaptations susmentionnées du droit de la faillite, certains modèles économiques semblables au modèle bancaire, même si leur volume est important, échappent totalement à la surveillance de la FINMA lors du dépôt collectif de cryptoactifs.
- Dans la *loi sur l'infrastructure des marchés financiers* (LIMF; RS 958.1), une nouvelle catégorie d'autorisation a été créée pour les «systèmes de négociation fondés sur la TRD», qui permet de proposer des services non seulement dans le domaine de la négociation, mais aussi dans celui de la compensation, du règlement ou du dépôt centralisé. Cette catégorie est ouverte à la fois aux acteurs des marchés financiers soumis à réglementation et à la clientèle privée. La modification fournit un cadre juridique adéquat et flexible pour les nouvelles formes d'infrastructures des marchés financiers nées de l'évolution technologique. En vue de garantir l'intégrité de la place financière et économique, les systèmes de négociation fondés sur la TRD sont aussi soumis à la loi sur le blanchiment d'argent (LBA; RS 955.0).
- En complément, une modification de la *loi fédérale sur les établissements financiers* (LEFin; RS 954.1) permet dorénavant d'obtenir une autorisation en tant que maison de titres spécialement pour l'exploitation d'un système organisé de négociation.

Ces adaptations ont en outre nécessité des *modifications dans d'autres actes régissant les marchés financiers* (par ex. dans la loi fédérale sur les services financiers [LSFin; RS 950.0]).

Le présent acte modificateur unique traduit au niveau de l'ordonnance du Conseil fédéral les modifications de lois précitées. Dix ordonnances en tout sont concernées, dont sept ont fait l'objet de cette consultation publique.

2 Procédure de consultation

Ouverte le 19 octobre 2020, la procédure de consultation a pris fin le 2 février 2021. Ont été invités à y participer les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, les

associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne, les associations faîtières de l'économie ainsi que les milieux intéressés.

Ont exprimé leur avis (par ordre alphabétique):

- 19 cantons: Appenzell Rhodes-Intérieures (AI), Argovie (AG), Bâle-Campagne (BL), Berne (BE), Fribourg (FR), Glaris (GL), Lucerne (LU), Neuchâtel (NE), Nidwald (NW), Saint-Gall (SG), Schaffhouse (SH), Schwytz (SZ), Soleure (SO), Tessin (TI), Thurgovie (TG), Valais (VS), Vaud (VD), Zoug (ZG), Zurich (ZH);
- 2 partis politiques: le Parti écologiste suisse (Les Verts) et le Parti socialiste suisse (PS);
- 3 associations faîtières de l'économie: Association suisse des banquiers (ASB), economiesuisse, Union suisse des arts et métiers (USAM);
- 25 parties intéressées: Asset Management Association Switzerland (AMA), Bär & Karrer AG (Bär Karrer), Bitcoin Association Switzerland (BAS), CMS von Erlach Poncet AG (CMS), Capital Markets and Technology Association (CMTA), Centre Patronal (CP), Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse (CPPFS), Crypto Valley Association (CVA), Chambre vaudoise du commerce et de l'industrie (CVCI), FRORIEP Legal AG (FRORIEP), les offices des faillites du canton de Lucerne (KA LU), Künzi Hess MacNab Rechtsanwälte (KHM), Meyerlustenberger Lachenal AG (mll), MME Legal AG (MME), Ordre des avocats vaudois (OAV), Swiss Blockchain Federation (SBF), Swiss Fintech (SF), Swiss FinTech Innovations (SFTI), SIX Group AG (SIX), Swiss Trading & Shipping Association (STSA), Swisscom SA (Swisscom), Ticino Blockchain Technologies Association (TBTA), l'association des présidents de commune et des préposé de l'office des poursuites du canton de Zurich (VGBZ), VISCHER AG (VISCHER), Union des Banques Cantoniales Suisses (UBCS).

Les cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures, Bâle-Ville, Grisons, Obwald et Uri, l'Union des villes suisses (UVS), l'Union patronale suisse, ainsi que la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) ont expressément renoncé à donner leur avis.

Les remarques principales sont présentées ci-dessous. Le lecteur qui souhaite connaître les détails peut consulter les différents avis¹.

3 Principaux résultats de la consultation

3.1 Remarques générales

Le projet est largement approuvé. Les ordonnances du Conseil fédéral ayant suscité le plus de commentaires sont l'OAOF, l'OB, l'OBA et l'OIMF.

De façon générale, les critères ayant conduit à réviser certaines dispositions plutôt que d'autres de l'ordonnance sur l'administration des offices de faillite (OAOF) sont jugés hermétiques (TG). Une révision totale de l'OAOF s'imposerait (TG; KA LU); en particulier, les art. 1 à 24a OAOF ne tiendraient pas suffisamment compte de la transformation numérique (TG; CPPFS, VGBZ).

La révision de l'ordonnance sur les banques (OB; RS 952.02) a été largement approuvée. De l'avis de la branche, il faudrait notamment adapter la définition des cryptoactifs sous-jacente au régime d'autorisation; les dérogations devraient être harmonisées avec celles de la

¹ www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées

réglementation en matière de dépôts du public et les systèmes de négociation fondés sur la TRD assimilés, pour l'acceptation de monnaie fiduciaire, aux négociants en valeurs mobilières.

Les modifications de l'ordonnance sur les services financiers (OSFin; RS 950.11) et de l'ordonnance sur les établissements financiers (OEFin; RS 954.11) ont rencontré un large succès. Elles n'ont donné lieu qu'à des propositions ponctuelles d'adaptation ou de formulation plus précise.

La révision de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA; RS 955.01) a été critiquée sur un point précis. Il a été recommandé de ne pas renoncer, à l'art. 4, al. 1, let. b, OBA, au critère de délimitation qu'est le pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dans le domaine des monnaies virtuelles. La définition des monnaies virtuelles (art. 4, al. 1^{bis}, OBA) n'a suscité que des propositions ponctuelles de simplification ou d'adaptation.

La révision de l'ordonnance sur l'infrastructure des marchés financiers (OIMF; RS 958.11) a été largement approuvée. Les critiques se sont focalisées sur l'exclusion générale des produits dérivés conçus comme valeurs mobilières fondées sur la TRD, ainsi que sur les seuils fixés pour les petits systèmes de négociation fondés sur la TRD.

3.2 Avis sur les différentes dispositions

3.2.1 Ordonnance sur l'administration des offices de faillite (OAOF)

La modification proposée de l'*art. 15a, al. 2, OAOF* a reçu le soutien explicite de divers participants (FR, NW, SO, TG, VD, ZG; KA LU; CPPFS, VGBZ).

La révision de l'*art. 31, al. 1, OAOF* est elle aussi expressément approuvée (FR, NW, SO, TG, VD, ZG; KA LU; CPPFS). VGBZ conseille toutefois la prudence avec la suppression du terme «asile de famille» car s'il ne serait plus possible de fonder des asiles de famille, on ne peut exclure qu'il en reste.

Plusieurs participants approuvent la modification proposée à l'*art. 34 AP-OAOF* (FR, NW, SO, VD, ZG; KA LU). Il conviendrait cependant de traiter sur un pied d'égalité les revendications de tiers visées à l'*art. 242b LP*, et donc d'élargir le champ d'application de cette disposition (TG), du moins en ce qui concerne les données réalisables (CPPFS). En outre, en cas de revendication de tiers, il faudrait y inscrire aussi le propriétaire indiqué (ZH).

Trois avis sont favorables à la suppression de l'*art. 38 OAOF* (SO, FRORIEP, mml). Cette proposition a néanmoins suscité de nombreuses critiques: divers participants demandent le maintien de cette disposition (BE, FR, NW, VD). Expérience à l'appui, le réacheminement des envois postaux permet de découvrir l'existence d'actifs non déclarés (BE, FR, NW; CPPFS, VGBZ). En outre, cette disposition fait connaître à l'office des faillites les créanciers qui envoient des factures au débiteur, et qui pourront ensuite être informés de l'ouverture de la faillite, en application de l'*art. 233 LP* (FR; CPPFS). Il faudrait par conséquent maintenir le séquestre au moins pour les personnes morales, car aucune atteinte aux droits de la personnalité n'est à déplorer dans ce cas (BE, VD, ZG; CPPFS). Il en va de même pour les successions répudiées (ZG; CPPFS). Il est également demandé de créer dans la LP une nouvelle base légale formelle pour l'*art. 38 OAOF* (FR, NW, VD; KA LU, CPPFS, VGBZ).

La modification proposée de l'*art. 40, al. 2, let. d, OAOF* a obtenu le soutien explicite de divers participants (FR, NW, SO, TG, VD, ZG; CPPFS). Certains estiment toutefois que la disposition est formulée de manière trop imprécise pour que les offices des faillites puissent juger de l'existence des «indices concrets» requis (KA LU; VGBZ). En outre, il faudrait ajouter à l'énumération le terme «tuteur», étant donné qu'il y a toujours un tuteur en droit de la protection de l'enfant (ZH).

Plusieurs participants approuvent la refonte partielle des art. 45 à 54 AP-OAOF (FR, NW, SO, VD, ZG; KA LU). Deux autres invitent à préciser la procédure en fonction du type de données concernées (CVA, OAV).

Alors que l'actuel art. 45 OAOF fait état de biens trouvés en la détention du failli, le nouvel art. 45 AP-OAOF reste vague (TG; KA LU); il devrait encore (et seulement) englober les données réalisables, et il convient donc de l'adapter dans ce sens (CPPFS).

Il est suggéré de préciser, à l'art. 48 AP-OAOF, que c'est à l'administration de la faillite de juger s'il y a lieu de régler les prétentions avant la seconde assemblée des créanciers (VISCHER). Un canton a encore signalé que l'art. 48, al. 2, et l'art. 50, al. 2, AP-OAOF sont formulés de manière ambiguë (TG). L'art. 53 AP-OAOF laisserait aussi à désirer sur le plan rédactionnel (ZH).

L'art. 52 OAOF aurait lui aussi besoin d'être adapté sur la base des nouveaux articles de la LP (ZH; FRORIEP, mll). Un participant a par ailleurs demandé s'il ne faudrait pas introduire dans l'OAOF des normes spécifiques pour la réalisation des cryptoactifs (CVA). Afin que la masse en faillite ait accès aux cryptoactifs, il faudrait en outre prévoir une base légale permettant à l'administration de la faillite d'obtenir les clés privées des *wallets* (VD; CVA).

Divers cantons sont expressément favorables au nouvel art. 54a AP-OAOF (FR, NW, TG, ZG). Un canton doute qu'il soit justifié, au cas où l'administration de la faillite approuverait une demande d'accès, d'assigner le rôle de demandeur aux créanciers concernés ou aux éventuels tiers intéressés (SO). Il faudrait distinguer entre les données ayant une valeur ou non; la disposition proposée n'aurait de sens que pour les données réalisables et devrait être limitée dans ce sens (CPPFS). Il serait nécessaire de mentionner le type de données concernées et de préciser que s'il s'agit de données de tiers identifiables, ceux-ci devront être informés de leur droit d'accès aux données en question (VD). Un participant se demande si la nouvelle réglementation de l'art. 54, al. 3, AP-OAOF est vraiment nécessaire, ou si l'on ne devrait pas s'en tenir à la procédure de distraction des actifs (SO). Il est encore suggéré de préciser le lien entre l'al. 2 et l'al. 3 de l'art. 54a, AP-OAOF (VISCHER). À l'al. 3, enfin, il faudrait se référer non à l'entrée en force de la décision mais à son caractère exécutoire, et mentionner les mesures provisionnelles (VGBZ).

Plusieurs participants approuvent les modifications proposées à l'art. 78 OAOF (FR, NW, SO, VD, ZG) et à l'art. 89 OAOF (FR, NW, SO, TG, VD, ZG; KA LU; CPPFS).

La modification de l'art. 96, let. c, OAOF convient expressément à de nombreux participants (FR, NW, SO, TG, ZG, ZH; FRORIEP, mml, CPPFS). Elle risque toutefois d'éveiller des convoitises et, partant, de nuire à un déroulement expéditif et peu coûteux de la procédure de faillite; des répartitions provisoires ne devraient par conséquent être possibles que si la procédure de faillite n'a pu être clôturée dans un délai d'un an (TG). D'autres participants aussi, tout en saluant la proposition, font valoir qu'il ne faudrait procéder à des répartitions provisoires qu'à titre exceptionnel et dans des cas dûment justifiés (KA LU; VGBZ). Par ailleurs, il a aussi été dit que lors de l'apurement du texte de l'ordonnance, il convient de biffer les renvois figurant à l'art. 96, let. c, AP-OAOF; ils ont perdu leur raison d'être et le cas échéant pourraient induire en erreur, étant donné que la liquidation sommaire au sens de l'art. 231, al. 3, LP a de toute façon lieu selon les règles de la procédure ordinaire (ZH).

3.2.2 Ordonnance sur les services financiers (OSFin)

Il est proposé d'explicitier l'expression «système de négociation fondé sur la TRD» à la première mention (TG). Il faudrait en outre établir une meilleure distinction entre le concept de registres électroniques distribués et celui de registres non distribués (TI).

3.2.3 Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB)

Art. 4

Il est proposé de limiter la définition de l'activité dans le domaine financier à la fourniture professionnelle, resp. commerciale, de services car sinon, même les plateformes de crédit qui acceptent de petits dépôts et accordent des crédits (*decentralized finance*) seraient déjà considérées comme actives dans le secteur financier (TG).

Il est également signalé que l'activité dans le secteur financier ne peut pas consister à accepter des cryptoactifs. Cette activité ne figure pas à l'art. 1b, al. 1, LB, le législateur ayant réglé séparément les exigences d'autorisation en la matière (SF).

Art. 5a

Al. 1

Il est proposé de distinguer, pour les cryptoactifs, entre les valeurs au porteur et les valeurs nominatives (TI). D'autres participants demandent une utilisation plus générique et en définitive plus étroite de la notion de cryptoactifs: pour être réputés tels, ils devront être détenus collectivement, être comptabilisés à l'actif du bilan de la banque et ne pouvoir être revendiqués dans la faillite (VD, CVA, CVCI, OAV). En outre, il serait souhaitable d'introduire à l'al. 1 une définition technique séparée des cryptoactifs, conforme à la terminologie utilisée par la FINMA pour les jetons de paiement (Bär Karrer). Tout en étant d'accord avec la définition proposée, d'autres participants préconisent, pour faciliter la compréhension, d'employer également la notion de cryptomonnaies conservées en dépôt collectif (BAS; avis analogues de FRORIEP, mll, SF).

Al. 2

D'autres participants demandent que le délai d'exécution de 60 jours visé à l'al. 2, let. b s'applique aussi aux systèmes de négociation fondés sur la TRD (economiesuisse, ASB, CVA, SBF, SFTI), et donc que ce délai soit également valable pour la monnaie fiduciaire des dépôts du public (l'art. 5, al. 3, let. c, OB doit être adapté en conséquence) (economiesuisse, MLL, SBF, SF, SFTI).

Les exceptions énoncées à la notion de cryptoactifs sont expressément saluées comme telles et il est proposé d'introduire par analogie les mêmes exceptions pour les dépôts du public au-delà du domaine des comptes d'exécution (CMS, mll, SF, Swisscom), notamment dans les cas où des banques acceptent des cryptoactifs (mll). Il est ponctuellement demandé que seuls les jetons de paiement soient réputés être des dépôts et que l'interdiction de verser des intérêts soit levée (TBTA).

Il est encore demandé, à des fins de clarification, que l'OB souligne expressément qu'il est permis de rémunérer les cryptoactifs dans le cadre d'une autorisation Fintech (FRORIEP, mll, SBF).

Art. 6

Il est proposé de fixer à 5 millions de francs le seuil définissant l'exercice d'une activité à titre professionnel, par analogie avec ce qui est prévu pour les gestionnaires de fortune (economiesuisse, ASB, BAS, SBF, SF, SFTI et par analogie mll).

Art. 7b

Il est proposé que l'obligation d'enregistrement ne s'applique pas aux conseillers à la clientèle qui ne conseillent que des clients professionnels, et que les clients puissent être considérés comme tels (*opting-out*), conformément à l'art. 5, al. 1, LSFin (Bär Karrer, et par analogie CMS et VISCHER qui souhaiteraient que ce point soit précisé dans l'ordonnance).

Art. 14f

L'al. 4 est jugé obsolète, la nouvelle formulation des al. 1 et 3 précisant déjà que les cryptoactifs doivent être gardés dans la même monnaie (BAS).

Art. 17a

Pour ne pas pénaliser la place financière suisse, il est proposé de ramener les exigences de capital minimum à 2 % au lieu de 3 % (TI, TBTA), voire de renoncer à toute prescription pour les cryptoactifs (SF).

Délai transitoire

Il est demandé que les établissements nouvellement soumis à l'art. 1b, LB, soient informés à temps et qu'un délai transitoire leur soit accordé (CP, CVA).

3.2.4 Ordonnance sur les établissements financiers (OEFin)

Art. 24

Certains participants estiment que l'obligation faite au gestionnaire de fortune de remettre les valeurs mobilières fondées sur la TRD à une banque, à un établissement financier ou à un système de négociation fondé sur la TRD n'est guère réalisable et comporte de sérieux risques de perte, puisqu'il faudrait communiquer au passage les codes. Un employé de banque pourrait aisément disposer de tous les cryptoactifs d'un client – sans avoir à produire de titre ni laisser de trace des flux financiers. Il convient donc de revoir l'approche pratique formulée dans cette disposition (TG). En outre, il est demandé de préciser quand une surveillance est équivalente à celle exercée en Suisse (TI). D'autres participants exigent que la disposition tout entière soit biffée (USAM). Les obligations imposées au gestionnaire de fortune à l'art. 24 OEFin iraient trop loin. Tant la banque que la maison de titres pourraient entrer en ligne de compte pour la conservation des titres fondés sur la TRD. Il n'y aurait par ailleurs aucune réglementation équivalente à l'étranger dans ce domaine. La limitation à la TRD serait également problématique, sachant que des actifs fondés sur la blockchain (terme correct qui devrait figurer dans la modification de l'OB) peuvent parfaitement reposer sur la technologie CLT (*centralized ledger technology*) et procurer à leurs clients les mêmes fonctions que les systèmes de négociation fondés sur la TRD. D'autres participants encore approuvent la réglementation (VISCHER). Ils proposent toutefois de préciser dans l'acte modificateur unique relatif à la TRD que les systèmes de négociation fondés sur la TRD permettent de conserver non seulement les valeurs mobilières fondées sur la TRD, mais tous les actifs susceptibles d'être négociés sur une telle plateforme.

Art. 82

Il est recommandé d'également réglementer les établissements ayant leur siège à l'étranger et qui proposent des services financiers aux personnes domiciliées en Suisse, afin de ne pas désavantager les prestataires suisses de services financiers (TI). D'autres participants approuvent sur le principe les règles proposées, tout en renvoyant aux explications concernant l'art. 7b OB à propos du traitement des clients privés souhaitant être considérés comme des clients professionnels (*opting-out*) (VISCHER).

En outre, il est suggéré de préciser à l'art. 82 OEFin que l'interdiction faite aux directions de fonds étrangères d'établir une représentation en Suisse (art. 58, al. 2, LEFin) ne concerne que leurs activités soumises à autorisation en rapport avec les services qui, en Suisse, sont exclusivement réservés aux directions de fonds.

Autres

Il est proposé de compléter l'art. 25 OEFin par une disposition prévoyant qu'une formation au sens de l'al. 1, let. b, ch. 1 et 2 équivalente ou supérieure à un MAS universitaire remplace les exigences prévues à l'al. 1, let. a (expérience professionnelle). La FINMA serait habilitée à régler les détails. Cette adaptation rehausserait judicieusement l'attrait de la place économique helvétique, en mettant sur un pied d'égalité les gestionnaires de fortune ou trustees expérimentés avec ceux justifiant d'une formation équivalente (USAM).

3.2.5 Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA)

Art. 4

L'intention du Conseil fédéral de surveiller de près, à l'avenir aussi, les risques de blanchiment et donc l'intégrité de la place financière est expressément saluée (SO, PS, par analogie CVCI).

Al. 1

De nombreux participants demandent instamment de ne pas renoncer, dans le nouvel art. 4, al. 1, P-OBA, au critère de délimitation qu'est le pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dans le domaine des monnaies virtuelles, ainsi que d'introduire d'autres précisions (economiesuisse, ASB, SBF, Swisscom, SF, SFTI, UBCS, CMTA, BAS).

Il est rappelé que le maintien du nouveau critère de délimitation créerait une inégalité de traitement matériellement injustifiée entre le secteur de la TRD et les prestataires classiques de services liés à la conservation des actifs, en plus d'être un facteur d'insécurité juridique (ASB, economiesuisse, SBF, Swisscom, SF, SFTI, UBCS, BAS, MME et par analogie sur le dernier point: CMTA, TBTA, VD, OAV, CVA). VD, OAV et CVA invitent encore à préciser les conditions d'application territoriale, dans le cadre des systèmes décentralisés et des transactions transfrontalières.

Il est également signalé que les licences font qu'en pratique, il n'existe quasiment plus aucun cas de logiciels proposés de façon unique. D'où l'impossibilité de distinguer entre la «mise à disposition de façon unique d'un logiciel» et une «relation d'affaires durable» (FRORIEP, MME, par analogie SBF, SFTI, UBCS, SF).

D'autres participants trouvent les critères de délimitation proposés «prudents», tout en signalant qu'un tel changement de paradigme leur paraît peu praticable. Par ailleurs, le changement serait trop important pour pouvoir être opéré par voie d'ordonnance. À moins d'un changement de l'art. 2, al. 3, let. b, LBA, l'interprétation faite de la loi serait trop large, pour ne pas dire *extra legem* (OAV, CVCI, CVA, SF, par analogie VISCHER, constat analogue de mll, FRORIEP, MME).

Il est encore signalé que le champ d'application de la LBA connaîtrait une extension massive et qu'à l'avenir, de très nombreux prestataires de services seraient considérés comme des intermédiaires financiers (par ex. opérateurs de télécommunication, fournisseurs de systèmes d'exploitation sur abonnement, voire même selon CMTA les avocats et les conseillers), sans que le principe de surveillance basée sur les risques du GAFI ne l'exige (economiesuisse, ASB, SBF, SFTI, UBCS, Swisscom; constat identique de VISCHER, CMTA, MME, ainsi que

mll et FRORIEP). Les deux derniers demandent expressément de ne pas soumettre à la LBA les fournisseurs de *non-custody wallets* purs).

Par ailleurs, faute de relation contractuelle ou de lien avec le pouvoir de disposer de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, certaines obligations importantes figurant dans la LBA seraient négligées, à l'instar de l'identification de l'ayant droit économique ou du blocage d'avoirs. Il pourrait en résulter une interdiction complète des activités en question (economiesuisse, ASB, SBF, SFTI, UBCS, Swisscom, CMTA et FRORIEP; par analogie: CVA et mll).

De nouvelles formulations sont suggérées afin d'établir une équivalence avec la réglementation européenne et les normes du GAFI. Une telle solution épargnerait aux entreprises suisses un grave handicap compétitif (economiesuisse, ASB, SBF, SFTI, UBCS, CMTA).

Il est proposé d'introduire, lors d'une future révision législative, une obligation de conservation des données ainsi que le devoir de renseigner les autorités compétentes, pour autant que les «prestataires de services techniques» disposent de données pertinentes, ceci afin de soutenir la lutte contre le blanchiment. L'introduction d'un tel régime serait possible au prix d'un effort raisonnable (BAS, FRORIEP, mll avec proposition de nouvelle base légale, en dehors de la LBA le cas échéant).

Sont aussi proposés de nouveaux articles de loi sur les activités liées aux cryptomonnaies. Il s'agirait notamment de reconnaître les avantages des portefeuilles numériques identifiés par des institutions autorisées (leur titulaire étant identifié comme client par la procédure KYC). Ces articles permettraient notamment l'échange anonyme d'informations KYC entre institutions (voire d'autres informations, moyennant l'accord du détenteur du portefeuille) et feraient diminuer les frais de compliance (TBTA).

De plus, il est demandé de vérifier et de confirmer que dans le domaine de la blockchain, les règles de transmission d'informations ne s'appliquent aux ordres de paiement que s'il y a eu des flux de paiements entre intermédiaires financiers. L'argument sous-jacent à cette requête étant que pour soumettre à de nouvelles règles les paiements à des tiers ou émanant de tiers, il faut une nouvelle base légale, élaborée dans le respect des possibilités usuelles de participation démocratique. Il a encore été dit que les exigences de la FINMA relatives aux transactions (Communication FINMA sur la surveillance 02/2019) vont au-delà des recommandations du GAFI et donc compliqueraient l'utilisation et le développement de telles technologies en Suisse, tout en limitant les échanges avec l'étranger (CVA, SFTI, UBCS; constat analogue de BAS et TBTA).

Il est encore proposé de biffer l'art. 4, al. 1, let. b, rendu obsolète par le nouvel art. 4, al. 1^{bis}, let. c, selon lequel les monnaies virtuelles font partie des «moyens de paiement non liquides» (TG).

Al. 1^{bis}

Il est signalé à l'art. 4, al. 1^{bis}, let. c, P-OBA, que le terme «monnaies virtuelles» indique déjà que l'on a affaire à des valeurs patrimoniales cryptographiques pouvant être utilisées comme moyens de paiement. Il serait donc souhaitable de ne conserver que l'expression «monnaies virtuelles» (CMS).

Il est signalé que la formulation utilisée («monnaies virtuelles») peut être une source d'insécurité juridique: dans l'optique du blanchiment, les actifs déclenchant les obligations au sens de la LBA ne sont pas des monnaies. Il convient donc de vérifier si l'on peut être traité

comme intermédiaire financier en prenant en charge le transfert de jetons qui ne sont pas qualifiés de jetons de paiement (CVA).

La tentative de préciser dans le contexte du blanchiment d'argent la notion de moyen de paiement est jugée bienvenue. Il serait toutefois souhaitable de mieux prendre en compte la convertibilité des jetons. Concrètement, il ne serait justifié de soumettre les jetons (Token) à l'OBA qu'à partir du moment où ils ont été développés et reconnus comme moyen de paiement à part entière (moyen d'échange, unité de compte et réserve de valeur) (KHM).

Il est recommandé de n'indiquer ici, outre les monnaies virtuelles servant explicitement de moyen de paiement, que les monnaies virtuelles sur lesquelles un consensus général s'est dégagé quant à la possibilité de les utiliser comme moyen de paiement. Il serait aussi envisageable de publier une liste exhaustive de telles monnaies virtuelles qui fasse l'objet de mises à jour régulières, lors d'auditions (VISCHER).

Autres dispositions

Un changement terminologique proposé ne concerne que l'allemand: il est demandé d'adapter un terme suranné au contexte général de la réglementation des marchés financiers, lors de la prochaine révision de la LBA (USAM).

Il est proposé de préciser dans la loi que les opérations de change dans une relation tripartite sont considérées comme activités de négoce au sens de l'art. 5, al. 1, let. a, OBA (Swisscom).

Autre souhait exprimé, il faudrait prévoir la possibilité de remplacer, en cas d'achat aux enchères de biens meubles ou immeubles, le versement d'un acompte en espèces ou par chèque bancaire jusqu'à concurrence de 100 000 francs par des promesses de paiement irrévocables de banques suisses (TG).

3.2.6 Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA (Oém-FINMA)

Art. 19a

On ne sait rien aujourd'hui des coûts effectifs de la FINMA résultant de son activité de surveillance des systèmes de négociation fondés sur la TRD. Il convient donc de les fixer à un bas niveau, selon les principes de l'équivalence et de la couverture des coûts. La FINMA pourrait percevoir des taxes supplémentaires pour couvrir un surcroît de charges, mais il n'est pas possible de restituer les taxes déjà perçues si les charges sont moins élevées. Les émoluments perçus pour les systèmes de négociation fondés sur la TRD doivent être alignés sur ceux perçus par les bourses et les systèmes multilatéraux de négociation (SF).

Les émoluments ne sont pas soumis au marché et de ce fait, seules les grandes entreprises existantes comme SIX seraient à même d'offrir de telles prestations de service, à l'exclusion de toute nouvelle société. Une réduction massive des émoluments s'impose également pour permettre aux acteurs locaux d'affronter la concurrence étrangère: al. 1, let. f: de 300 000 à 150 000 francs (ch. 1), de 100 000 à 50 000 francs (ch. 2) et de 15 000 à 7500 francs (ch. 3); al. 1, let. g: de 550 000 à 250 000 francs (ch. 1), de 225 000 à 125 000 francs (ch. 2) et de 100 000 à 50 000 francs (ch. 3); al. 2: de 7500 à 2500 francs (let. a) et de 50 000 à 10 000 francs (let. b) (TBTA).

3.2.7 Ordonnance sur les infrastructure des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (OIMF)

Art. 2, al. 1

Il est proposé de compléter la fin de l'art. 2, al. 1 de la manière suivante: «, ne soient émises par des sociétés commerciales sur le marché primaire ou ne permettent pas d'acquérir des biens ou des services» (VD, CVCI, OAV, CVA).

Un participant à la consultation juge nécessaire d'adapter la définition proposée: «Sono considerati valori mobiliari standardizzati e idonei a essere negoziati su vasta scala ~~le carte valori, i diritti valori, in particolare i diritti valori semplici di cui all'articolo 973c del Codice delle obbligazioni~~¹⁷ (CO) e i diritti valori registrati di cui all'articolo 973d CO, nonché i derivati e i valori contabili i diritti finanziari emessi in qualsiasi forma offerti pubblicamente in uguale struttura e taglio o collocati presso più di 20 clienti, sempre che non siano stati creati specialmente per singole controparti.» (TBTA).

Art. 12, al. 2

Le rapport explicatif a traité de manière adéquate la question de l'externalisation, et le critère servant à déterminer s'il y a externalisation – à savoir si un contrat d'outsourcing avec un tiers identifiable peut être conclu ou non – apparaît pertinent dans le cadre d'une blockchain privée. En revanche, il y a lieu de préciser que ni l'entité responsable d'un réseau distribué public, ni les différents nœuds faisant partie de ce réseau ne sauraient être considérés comme des tiers identifiables. Par rapport aux *smart contracts*, la question n'est pas de savoir si le code a été fourni par un développeur identifiable, mais plutôt qui en a la maîtrise effective (CVCI, OAV, CVA).

Art. 12, al. 2, let. g

Il convient de modifier le texte de l'ordonnance afin qu'elle mentionne également la fourniture de services cumulés prévue dans le rapport explicatif («Si un système de négociation fondé sur la TRD fournit à la fois des services de négociation de valeurs mobilières fondées sur la TRD et des services de conservation centralisée, de compensation ou de règlement de ces dernières, sont considérés comme essentiels tous les services cumulés des let. f et g») (VISCHER).

Art. 13

La technologie TRD réduit les risques en intégrant certains aspects de surveillance. Le capital minimal exigé devrait en tenir compte. Concrètement, sachant que les risques liés aux systèmes de négociation fondés sur la TRD sont moindres que dans le cas des plateformes de négociation, il est proposé de ramener en leur faveur le capital minimal de 1 million de francs à 500 000 francs (TBTA).

Art. 24, al. 2

L'insertion proposée «et majoritairement indépendants des participants et des émetteurs» doit être biffée. Car au-delà des systèmes de négociation fondés sur la TRD, la nouvelle disposition affecterait aussi les systèmes multilatéraux de négociation et les bourses. Or il est inutile de durcir les exigences d'indépendance en vigueur pour permettre aux organes chargés des tâches de régulation de s'acquitter au mieux de leurs tâches (ASB, SFTI, SIX, UBCS).

Art. 58b, al. 1, let. b

Le complément «ne se limitant pas à une activité unique» doit être biffé, car il est redondant. Le verbe «entretient» indique déjà qu'il s'agit d'une relation durable (BAS).

En outre, il est demandé d'augmenter de 20 à 500 le nombre de participants nécessaire pour qu'on puisse parler d'exercice d'une activité à titre professionnel (TBTA).

Art. 58b, al. 2

Le système de négociation fondé sur la TRD doit annoncer dans les dix jours à la FINMA le dépassement d'un des seuils mentionnés à l'al. 1 et lui présenter dans les 60 jours une demande d'autorisation conformément aux dispositions de la LIMF. Il convient d'examiner et de corriger l'incohérence entre les dispositions de l'ordonnance (30 jours) et le rapport explicatif (60 jours) (VISCHER).

Art. 58c

Il faudrait décrire à titre d'exemple dans la documentation les mécanismes qui, selon l'état actuel des connaissances, ont un effet économiquement comparable d'après le législateur (SIX).

Art. 58e, al. 2

Cet alinéa doit être biffé (USAM).

Art. 58f, al. 2

Ne concerne que l'allemand.

Art. 58f, al. 2, let. a

Plusieurs participants ont demandé de ne pas exclure en bloc les dérivés conçus comme des valeurs mobilières fondées sur la TRD (ASB, VD, economiesuisse, BAS, CMS, CVCI, OAV, CVA, FRORIEP, mll, MME, SBF, SFTI, UBCS, VISCHER).

Les justifications fournies diffèrent considérablement: il a parfois été dit qu'une exclusion n'était en soi pas nécessaire, étant donné que le règlement décrivant les valeurs mobilières fondées sur la TRD fait partie intégrante de la demande d'autorisation. La FINMA peut ainsi identifier les éventuels risques menaçant la stabilité ou l'intégrité du système financier (ASB, SBF, SFTI, economiesuisse, MME).

Par ailleurs, la notion de dérivés n'est pas définie clairement dans la LIMF (ASB, SBF, SFTI).

Il est parfois avancé que la TRD constitue la catégorie de produits offrant le plus grand potentiel de gains d'efficacité (SBF, SFTI, economiesuisse, FRORIEP).

Certains participants considèrent que l'émission de produits dérivés sous forme de jetons augmente même leur traçabilité (VD, CVCI, OAV et CVA).

D'autres approuvent d'une part l'exclusion des dérivés, au motif que les clients sont incités à prendre des risques à court terme, et signalent d'autre part l'utilité de couvrir les risques. À partir de là, il est proposé d'adapter la let. a de la façon suivante: a. les dérivés conçus comme des valeurs mobilières fondées sur la TRD qui servent avant tout à la spéculation à court terme [en donnant les précisions suivantes: les dérivés d'une durée inférieure à un mois à compter de la date d'émission sont considérés comme étant à court terme. Un dérivé est réputé «spéculatif» s'il est soumis à des fluctuations de valeur sensiblement plus marquées que sa valeur de base] (BAS).

Il est également proposé de modifier la let. a de la manière suivante: «a. les dérivés conçus comme des valeurs mobilières fondées sur la TRD qui pourraient davantage affecter la stabilité et l'intégrité du système financier ou la protection des investisseurs et des autres acteurs des

marchés financiers que les valeurs mobilières fondées sur la TRD qui peuvent être admises sans autres conditions dans le cadre de l'al. 1».

D'autres participants admettent que la stabilité et l'intégrité du système financier pourraient être compromises. Mais le Conseil fédéral parle d'une technologie récente et se développant à vive allure, alors que les dérivés sont un instrument qui a fait ses preuves depuis longtemps. Son argumentation paraît donc difficile à suivre.

À supposer que l'exclusion des dérivés soit maintenue, un participant préconise d'appliquer à l'art. 58f, al. 2, let. a les exceptions figurant à l'art. 94 LIMF (MME).

Art. 58f, al. 2, let. b

Il est ponctuellement demandé d'éviter le terme «*privacy coins*», dont il n'existe pas de définition uniforme (Bär Karrer).

Les *privacy coins* ne constituent pas en soi un problème et devraient être autorisés (CVA).

Art. 58f, al. 3

L'al. 3 doit être biffé. Il convient d'indiquer dans la documentation les valeurs de référence, au lieu de laisser la FINMA définir comme elle l'entend de telles valeurs (SIX).

Art. 58g

Il est demandé de supprimer cette disposition, qui créerait une inégalité de traitement entre les infrastructures en place des marchés financiers et les systèmes de négociation fondés sur la TRD (SIX).

Art. 58h, al. 2

Selon l'art. 58h, al. 1, les valeurs mobilières fondées sur la TRD ne peuvent être admises auprès d'un système de négociation fondé sur la TRD que si les exigences relatives aux registres électroniques distribués fixées à l'art. 973d, al. 2, CO sont respectées. Or il n'existe aucun organe de contrôle qui autorise ou évalue les registres de droits-valeurs. En outre, l'ordonnance ne précise pas la disposition du CO. Pour éviter qu'un système de négociation fondé sur la TRD ne soit d'un autre avis (estimant qu'un registre répond aux exigences), voire que la justice ne s'en mêle, il faudrait créer ici la sécurité juridique en apportant dans l'ordonnance une telle précision (VISCHER).

Art. 58h, al. 3

Cette disposition doit être adaptée. Il suffit de mettre à disposition les informations (par ex. en les publiant sur son site Web) et il n'y a pas lieu d'informer activement les participants (SIX).

Art. 58i

Une remarque générale invite à réexaminer en détail, avant de modifier la présente ordonnance, les obligations supplémentaires imposées à un système de négociation fondé sur la TRD en cas d'admission de participants visés à l'art. 73c, al. 1, let. e, LIMF. Elles devraient notamment faire l'objet d'un alinéa ou d'un article à part entière, pour une meilleure visibilité. Il faudrait également vérifier le bien-fondé d'une disposition interdisant expressément aux systèmes de négociation fondés sur la TRD de proposer des services de conseil en placement ou de gestion de fortune selon la LSFIn (SIX).

Une exception à l'obligation de mettre à la disposition des participants le prospectus ou la feuille d'information doit être prévue lorsque l'on se trouve dans l'un des cas mentionnés aux art. 36 à 38 LSFIN (VD).

Art. 58i, al. 1

Il faudrait inclure une référence aux art. 36 à 38 LSFIN (VD, CVCI, OAV, CVA).

La renonciation à toute instance de recours indépendante semble être un allègement excessif (dans une optique d'égalité de traitement). Au lieu d'y renoncer complètement, il semble plus adéquat de désigner le cas échéant celle d'une autre plateforme de négociation (par analogie avec le concept de l'art. 27, al. 2, OIMF-FINMA) (SIX).

Art. 58i, al. 3

L'obligation d'informer prévue à l'al. 3 est incongrue, car elle a trait aux spécificités d'un registre des droits-valeurs dont le système de négociation fondé sur la TRD n'est pas nécessairement lui-même l'exploitant. Il faudrait donc préciser à l'al. 3 que cette obligation ne vaut que si le système de négociation fondé sur la TRD exploite ou met en place lui-même le registre en question. Sinon, cette obligation pourrait être remplie par un renvoi aux tiers compétents. En outre, il convient de limiter l'obligation à une information sur les risques, et donc de biffer la let. a (Bär Karrer).

Art. 58j

Des allègements plus importants doivent être prévus pour les petits systèmes de négociation fondés sur la TRD qui fournissent des services visés à l'art. 73a, al. 1, let. b LIMF. Les dérogations prévues (art. 66 et 67 LIMF) ne sont pas suffisantes. Il faut également prévoir des allègements en matière de défaillance d'un participant (art. 68 LIMF) dès lors que les systèmes de négociation fondés sur la TRD seront ouverts à des participants privés desquels le système concerné ne peut pas répondre, et en matière de liaisons entre dépositaires centraux et en particulier d'interopérabilité (art. 70, let. a, LIMF) ou d'accès par liaison (art. 70, let. b, LIMF) entre dépositaires centraux dès lors que la TRD ne sera pas nécessairement compatible avec les technologies employées par les dépositaires centraux jusqu'à présent (VD, CVCI, OAV, CVA, MME, SBF, SFTI).

Un autre participant demande par contre que le système de négociation fondé sur la TRD soit soumis aux mêmes règles que les plateformes de négociation. Une dérogation ne se justifierait à ses yeux que si le système de négociation fondé sur la TRD n'admet comme participants que des personnes physiques (SIX).

Art. 58k, al. 1

Plusieurs participants préconisent de s'en tenir au volume des valeurs conservées. À supposer que le volume de négociation et celui de règlement restent mentionnés dans cette disposition, il faudrait les revoir à la hausse (ASB, SBF, SFTI).

Il faudrait par ailleurs examiner en détail les points suivants: le volume de transactions de 250 millions de francs par an a clairement été fixé trop bas (comme les frais de transaction des cryptobourses sont peu élevés, le volume de négociation doit être d'autant plus important pour dégager un rendement économique comparable). En outre, il serait judicieux de prévoir comme critère le volume de négociation quotidien et non annuel (SBF).

Il faudrait introduire un al. 1^{bis} ayant la teneur suivante: «Dès qu'un seuil est atteint à 90 %, le système de négociation fondé sur la TRD en informe aussitôt la FINMA» (SIX).

Art. 58k, al. 2

L'al. 2 doit être adapté comme suit: «Le système de négociation fondé sur la TRD doit annoncer dans les dix jours à la FINMA le dépassement de l'un des seuils mentionnés à l'al. 1. Il doit lui présenter dans les 90 jours une demande d'autorisation *adaptée* conformément aux dispositions de la LIMF» (SIX).

Art. 58l

La correction suivante est proposée: «a. la maggioranza dei membri degli organi per l'alta direzione, la vigilanza e il controllo ~~non~~ può appartenere all'organo per la gestione (art. 8 cpv. 2 secondo periodo LInFi)» (TBTA).

Art. 58n

Il convient de s'aligner, pour le capital minimal des petits systèmes de négociation fondés sur la TRD, sur les dispositions de l'UE et donc de fixer les fonds propres à 2 % (au lieu de 5 %) du capital conservé (TBTA).

Art. 126

Les précisions apportées à ce point devraient aussi être introduites dans l'ordonnance pour les systèmes multilatéraux de négociation (ASB, SIX).

Liste des participants

I. Cantons

1.	Staatskanzlei des Kantons Zürich	ZH
2.	Staatskanzlei des Kantons Bern	BE
3.	Staatskanzlei des Kantons Luzern	LU
4.	Staatskanzlei des Kantons Schwyz	SZ
5.	Staatskanzlei des Kantons Nidwalden	NW
6.	Staatskanzlei des Kantons Glarus	GL
7.	Staatskanzlei des Kantons Zug	ZG
8.	Chancellerie d'État du Canton de Fribourg	FR
9.	Staatskanzlei des Kantons Solothurn	SO
10.	Landeskanzlei des Kantons Basel-Landschaft	BL
11.	Staatskanzlei des Kantons Schaffhausen	SH
12.	Ratskanzlei des Kantons Appenzell Innerrhoden	AI
13.	Staatskanzlei des Kantons St. Gallen	SG
14.	Staatskanzlei des Kantons Aargau	DI
15.	Staatskanzlei des Kantons Thurgau	TG
16.	Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino	TI
17.	Chancellerie d'État du Canton de Vaud	VD
18.	Chancellerie d'État du Canton du Valais	VS
19.	Chancellerie d'État du Canton de Neuchâtel	NE

II. Partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale

20.	Parti écologiste suisse	Les Verts
21.	Parti socialiste suisse	PS

III. Associations faîtières de l'économie

22.	economiesuisse	economiesuisse
23.	Association suisse des banquiers	ASB
24.	Union suisse des arts et métiers	USAM

IV. Autres milieux intéressés

25.	Asset Management Association Switzerland	AMA
26.	Bär & Karrer AG	Bär Karrer
27.	Bitcoin Association Switzerland	BAS
28.	CMS von Erlach Poncet AG	CMS
29.	Capital Markets and Technology Association	CMTA
30.	Centre Patronal	CP
31.	Chambre vaudoise du commerce et de l'industrie	CVCI
32.	Crypto Valley Association	CVA
33.	FRORIEP Legal AG	FRORIEP
34.	Konkursämter des Kantons Luzern	KA LU
35.	Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse	CPPFS
36.	Künzi Hess MacNab Rechtsanwälte	KHM
37.	Meyerlustenberger Lachenal AG	mll
38.	MME Legal AG	MME
39.	Ordre des avocats vaudois	OAV
40.	Swiss Blockchain Federation	SER
41.	Swiss Fintech	SF
42.	Swiss FinTech Innovations	SFTI
43.	SIX Group AG	SIX
44.	Swiss Trading & Shipping Association	STSA
45.	Swisscom SA	Swisscom
46.	Ticino Blockchain Technologies Association	TBTA
47.	Verband der Gemeindeammänner und Betriebsbeamt des Kantons Zürich	VGBZ
48.	VISCHER AG	VISCHER
49.	Union des Banques Cantionales Suisses	UBCS