

LE CONSEIL DE L'ORDRE

8, RUE DU GRAND-CHÊNE
CASE POSTALE 7056
CH - 1002 LAUSANNE

TÉL : 021 311 77 39
FAX : 021 311 77 49

info@oav.ch
www.oav.ch

Par courriel à : joanne.kobel@vd.ch

**Département de l'économie, de
l'innovation et du sport**

Madame Joanne Kobel Dubail

Juriste

Rue Caroline 11
1014 Lausanne

Lausanne, 23 décembre 2020

Mise en consultation du projet d'Ordonnance sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués

Madame la Conseillère juridique,

Au nom de l'Ordre des avocats vaudois (OAV) et dans le délai prolongé pour ce faire, je reviens ici sur votre correspondance du 26 octobre 2020 nous invitant à vous faire part de nos observations en relation avec le projet d'Ordonnance sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués.

Non sans vous remercier de nous avoir invités à nous déterminer, je vous livre ci-dessous le fruit des travaux menés par Me Florian Ducommun, en sa qualité de membre de la Commission de Modernisation de l'OAV.

* * *

Le projet d'ordonnance mis en consultation tend à adapter le droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués (TRD). L'acte modificateur mis en consultation entraîne une adaptation de plusieurs ordonnances fédérales (OAOF, OB, OEFIN, OBA, OIMF).

La présente prise de position se focalisera sur les adaptations qui nécessitent selon nous une approche différente, à savoir :

1. Ordonnance sur l'administration des offices de faillite (OAOF)
2. Ordonnance sur les banques (OB)
3. Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA)
4. Ordonnance sur l'infrastructure des marchés financiers (OIMF)

Avant d'entrer dans des considérations spécifiques, il nous apparaît nécessaire de saluer la rapidité avec laquelle le législateur fédéral s'est saisi du sujet pour adapter le droit à une technologie très prometteuse pour la place financière suisse afin de positionner cette dernière à la pointe de la technologie au plan international. Cet élément – qui a été le moteur de la démarche du Conseil fédéral – doit être bien gardé à l'esprit au moment d'adopter les Ordonnances d'application de la nouvelle réglementation, car une loi peut manquer son objectif si sa mise en œuvre est rendue trop compliquée dans les faits par des exigences réglementaires trop élevées.

Ceci étant posé, nous pouvons formuler les remarques suivantes par rapport au projet d'Ordonnance du Conseil fédéral sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués :

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

i. Données

Le nouvel article 242b LP crée un droit d'accès aux données et à la restitution, qui peut être invoqué à l'encontre de la masse en faillite indépendamment des autres prétentions.

Il y a à notre sens lieu de préciser la procédure en fonction du type de données concernées. Il peut effectivement s'agir de données personnelles, de données sensibles, de données financières, de données commerciales, voire de secrets d'affaires. Ainsi, il s'impose à notre sens en premier lieu de définir quel type de données est concerné par cette disposition et de préciser, s'agissant de données qui ne concernent pas la société mais des tiers identifiables, que ces derniers devront être informés de l'accès à leurs données par les créanciers et devraient pouvoir s'y opposer.

Par ailleurs, se référant au message, le rapport explicatif indique que, comme les données revendiquées n'auront pas nécessairement de valeur pécuniaire, il n'y aura souvent pas de cession au sens de l'article 260 LP.

Toutefois, dans une économie de plus en plus basée sur les données (data-driven economy), ceci apparaît éloigné de la réalité et il s'imposera d'évaluer au cas par cas si les bases de données ont une valeur commerciale ou non. Si tel est le cas, une procédure de cession au sens de l'article 260 LP devra être organisée par la masse en faillite.

ii. Revendication et restitution de cryptoactifs

Concrètement, pour pouvoir restituer les cryptoactifs de la société faillie, il s'imposera que la masse en faillite puisse avoir accès aux clés privées des *wallets* sur lesquels les cryptoactifs sont stockés. Il serait donc recommandé de prévoir une base légale pour pouvoir exiger des administrateurs de la société faillie qu'ils communiquent à la masse en faillite lesdites clés privées.

2. Ordonnance sur les banques (OB)

Il convient de rappeler que le but premier du nouvel article 16 ch. 1^{bis} LB est d'étendre la définition et le champ d'application des valeurs déposées pouvant être distraites de la faillite aux fins de protéger les investisseurs. Le but de la loi n'est pas d'étendre le régime d'autorisation pour la détention de cryptoactifs.

La définition de cryptoactifs proposée à l'article 5a OB manque - dans sa formulation actuelle - à notre sens - cet objectif et va à l'encontre du texte clair de la loi pour trois raisons :

Premièrement, au plan formel, la disposition proposée renvoie à l'article 16 al. 1^{bis}, let. b, alors qu'il s'agit dans la loi de l'article 16 al. 1^{bis}, ch.2.

Deuxièmement, même si le texte de l'article 5a OB se réfère expressément à l'article 1b al. 1^{er} LB, la notion de « cryptoactifs » est également utilisée à l'article 16 ch. 1^{bis} LB et cette référence a pour résultat de créer une définition circulaire, ce qui a pour effet de limiter la portée de l'article 16 ch. 1^{bis} dans sa globalité. Cela nous semble aller à l'encontre de la volonté du législateur.

Troisièmement, cette référence à l'article 16 al. 1^{bis}, ch.2 - dont l'objectif est de soumettre l'acceptation de cryptoactifs à une autorisation selon l'article 1b LB - va à l'encontre du texte légal clair de l'article 16 al. 1^{bis} qui permet de distraire de la faillite les cryptoactifs qui sont attribués à une communauté si la part qui revient au client déposant est clairement déterminée. Dès lors que cette distraction est possible, la protection des investisseurs est assurée au même titre que pour les autres valeurs déposées au sens de l'article 16 LB, il n'est pas nécessaire de soumettre ce type de détention à autorisation.

Ainsi, il nous apparaît que la référence à l'article 16 ch. 1^{bis} ch. 2 LB dans la définition proposée à l'article 5a LB est source de confusion.

Nous relèverons encore que la définition proposée manque de clarté s'agissant de la notion de moyens de paiement « qui servent à la transmission de fonds ou de valeurs ». Cela pourrait théoriquement s'appliquer à des jetons permettant la compensation et le règlement d'opérations sur valeurs mobilières, ce qui n'est évidemment pas souhaitable.

Par ailleurs, les motivations exposées par le Conseil fédéral pour soumettre les jetons de paiement à une autorisation similaire à la détention de monnaie fiduciaire n'apparaissent pas pertinentes.

Le critère déterminant doit être une comptabilisation des actifs au bilan comme cela est la pratique en matière de dépôts du public (FINMA Circulaire 2008/3, n. 10) et non le fait que les jetons de paiement auraient la même fonction que la monnaie fiduciaire.

En effet, contrairement à ce qu'indique le rapport explicatif, il y a une raison objective à distinguer entre monnaie fiduciaire et jetons de paiement, à savoir que les derniers peuvent être distraits dans la faillite en tant que valeurs déposées en vertu de l'article 16 LB, ce qui n'est pas le cas de la monnaie fiduciaire.

Il n'y a donc pas lieu d'ajouter des exigences réglementaires pour la conservation de tels jetons. Cela reviendrait à privilégier les acteurs réglementés par rapport aux autres acteurs du marché, alors qu'un des principaux potentiels de la TRD est précisément d'ouvrir le marché financier à de nouveaux acteurs.

Enfin, nous soulignons que, quelle que soit la position adoptée par le Conseil fédéral à ce sujet, il s'imposera de prévoir un délai de mise en conformité pour les acteurs du marché qui seraient concernés par cette nouvelle obligation d'obtenir une licence « FinTech » en lien avec la détention de cryptoactifs.

En conclusion, pour être cohérente, la définition de « cryptoactifs » devrait :

1. Être générique et ne pas être limitée à l'article 1b al. 1 LB ;
2. Ne pas contenir de référence à l'article 16 ch. 1^{bis} ch. 2, mais au contraire exclure de la définition les cryptoactifs qui peuvent être distraits dans la faillite ;
3. S'attacher à la fonction des jetons, plus qu'à leur utilisation effective ;
4. Préciser que les biens ou les services que les jetons permettent d'acquérir sont autres que ceux mis sur le marché par l'organisateur ou l'émetteur afin de les distinguer des jetons d'utilité ;
5. Préciser que l'autorisation n'est requise que pour les cryptoactifs qui sont comptabilisés à l'actif du bilan.

La définition de cryptoactifs que nous proposons serait donc la suivante :

« 1. Sont réputés cryptoactifs, les actifs qui ont pour vocation, dans une large mesure, effectivement ou selon l'intention de l'organisateur ou de l'émetteur, de fonctionner comme moyens de paiement pour l'acquisition de biens ou de services autres que ceux mis sur le marché par l'organisateur ou l'émetteur, qui sont comptabilisés à l'actif du bilan et qui ne sont pas des valeurs déposées qui peuvent être distraites de la faillite en vertu de l'article 37d LB ».

Nous attirons respectueusement l'attention du Conseil fédéral quant au fait que la définition de « cryptoactifs » telle que proposée aurait pour effet de favoriser les acteurs réglementés et entraînerait une régulation accrue des nouveaux acteurs du secteur sous l'angle de la loi sur les banques (alors que les valeurs déposées peuvent être distraites de la faillite), ce qui irait dans le sens opposé au but recherché par la loi qui est de promouvoir l'innovation dans le domaine de la TRD et dynamiser la place financière grâce à cette nouvelle technologie.

3. L'Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA)

L'OBA établit qu'un intermédiaire financier qui permet le transfert de monnaies virtuelles à un tiers est soumis à la LBA pour autant qu'il entretienne une relation d'affaires durable avec le cocontractant.

Cette adaptation constitue un changement de paradigme en passant du concept actuel du pouvoir de disposer pour s'appuyer désormais sur le critère de la durabilité de la relation d'affaire.

Quand bien même ce changement de paradigme fondé sur les risques nous apparaît prudent, le critère de « relation d'affaire durable avec le cocontractant » nous apparaît vague et peu praticable, en particulier s'agissant de systèmes décentralisés et de transactions qui peuvent être uniques.

Par ailleurs, nous doutons que ce changement important de paradigme puisse être opéré par voie d'ordonnance. Il relève selon nous du législateur, lequel n'a pas jugé utile de modifier l'article 2 al. 3 let. b LBA dans le cadre de la Loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués. L'interprétation faite des « services de dans le domaine du trafic des paiement » dans le cadre de l'ordonnance nous semble large, pour ne pas dire *extra legem*.

En outre, les conditions d'application territoriale des obligations applicables aux intermédiaires financiers actifs dans le cadre de systèmes décentralisés nous semblent faire défaut, ce qui est source d'insécurité juridique importante. Il s'impose donc de clarifier les conditions d'application territoriale de cette règle en cas de systèmes décentralisés et de transactions *cross border*.

4. Ordonnance sur l'infrastructure des marchés financiers (OIMF)

S'agissant tout d'abord de la définition proposée à l'article 2 al. 1^{er} LIMF, il nous semblait nécessaire d'exclure de la définition :

- les offres qui sont faites directement par les sociétés qui émettent (émission primaire) leurs titres sous forme de droits-valeurs – simples ou inscrits – afin d'éviter que ce type d'émission faites dans le but de lever des capitaux auprès d'investisseurs privés ne soient soumises aux règles de la LIMF, lesquelles sont destinées au marché secondaire ;
- les jetons d'utilité qui sont émis sous forme de droits-valeurs inscrits au sens de l'article 973d CO comme cela est possible à teneur du Message du Conseil fédéral. En effet, il n'est pas souhaitable que tels jetons d'utilité ne puissent être échangés que sur un système de négociation fondé sur la TRD.

Ainsi, nous proposons d'ajouter à la fin du projet d'article 2 al. 1^{er} LIMF «, ne soient émises par des sociétés commerciales sur le marché primaire ou ne permettent pas d'acquérir des biens ou des services ».

S'agissant de la question de l'externalisation au sens de l'article 11 LIMF et 12 OIMF, la question a été traitée à satisfaction dans le rapport explicatif et le critère pour déterminer s'il y a externalisation – à savoir si un contrat d'outsourcing avec un tiers identifiable peut être conclu ou non - nous 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.

Pour le reste, les principales modifications de l'OIMF ont trait aux conditions d'autorisation et aux obligations imposées par les systèmes de négociation fondés sur la TRD. Le projet d'Ordonnance adopte une approche modulaire et flexible pour les petits systèmes de négociation fondés sur la TRD. Cette approche doit être saluée.

En revanche, les remarques suivantes s'imposent dans ce cadre :

- Article 58i LIMF : il s'impose de prévoir une exception à l'obligation de mettre à disposition des participants le prospectus ou la feuille d'information lorsque l'on se trouve dans une des exceptions

de l'article 36 à 38 LSFIN. Une référence à ces dispositions doit donc être ajoutée à l'article 58i LIMF.

- 58j / 58l LIMF : il s'impose de fixer des règles allégées plus importantes en matière de conservation pour les petits systèmes de négociation fondés sur la TRD qui fournissent des services visés à l'article 73a al. 1 let. b ou c LIMF. Les dérogations prévues (art. 66 et 67 LIMF) ne sont pas suffisantes. De manière générale, il s'impose également de 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 lit. 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.
- Article 73d al. 3 LIMF : pour justifier une exclusion des produits dérivés conçus comme valeurs mobilières fondées sur la TRD, le rapport explicatif semble assimiler ces derniers à des valeurs patrimoniales qui rendent leur traçabilité plus difficile par des mesures techniques. Cette justification ne nous apparaît pas pertinente dès lors que le fait que des produits dérivés soient émis sous forme de jetons est plutôt de nature à augmenter leur traçabilité que le contraire. Une approche neutre du point de vue technologique devrait être adoptée à cet égard et les produits dérivés (asset tokens) qui représentent potentiellement un nombre important de produits financiers émis sous forme de droits-valeurs inscrits devraient être admis à la négociation au même titre que d'autres jetons d'investissement. Le fait que la technologie soit récente et que le marché des dérivés n'en est qu'à ses balbutiements ne sont pas des motifs d'exclusion valables de notre point de vue.

* * *

Telles sont les réponses de l'Ordre des avocats vaudois dans le cadre de la consultation à laquelle vous l'avez associé.

Le Conseil de l'Ordre, ainsi que la Commission de Modernisation qui a examiné le projet, se tiennent à votre entière disposition pour poursuivre ces réflexions.

Une copie des présentes observations est adressée au Département fédéral des finances (DFF).

Vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, je vous prie de croire, Madame la Conseillère juridique, à l'assurance de ma parfaite considération.

Pour le Conseil de l'Ordre :

Nicolas Gillard

