

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 : emmanuelle.seingre@vd.ch

Département de l'économie, de l'innovation
et du sport - Secrétariat général
A l'att. de Mme Emmanuelle Seingre
Responsable de missions stratégiques et
juridiques
Rue Caroline 11
1014 Lausanne

Lausanne, 9 juin 2022

Consultation fédérale : modification de l'ordonnance sur les banques

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 courriel du 21 avril 2022 nous invitant à vous faire part de nos déterminations en relation avec le projet de modification de l'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB).

Non sans vous remercier de nous avoir invités à nous déterminer, je vous livre ci-dessous le fruit des travaux menés par la Commission de droit des obligations de l'OAV, sous l'égide de sa Présidente Me Christine Sattiva Spring.

* * *

D'entrée de cause, la Commission tient à relever qu'il ne lui appartient à son sens pas, et à l'OAV non plus probablement, d'entrer en matière et de se positionner dans le débat entourant les fonds propres, domaine dont la technicité échappe en principe aux juristes. Par ailleurs, elle rappelle qu'une modification de la loi sur les banques a été acceptée par le Parlement en décembre 2021, ce qui fait qu'il n'y a pas dans le cadre de l'ordonnance une grande marge de manœuvre, même si le texte légal réserve la compétence de l'exécutif pour la concrétisation des principes.

Dans ce cadre, la Commission s'est arrêtée de manière particulière sur l'art. 42a OB qui définit les dépôts privilégiés, dont on rappelle qu'ils ne sont pas sans impact sur le montant des fonds propres. S'il est opportun de bien distinguer ce qui relève des dépôts privilégiés de ce qui ne l'est pas, c'est en particulier compte tenu de la sécurité qui s'attache à de tels dépôts, comme cela résulte de l'art. 37a LB, relatif aux dépôts privilégiés lors de problèmes financiers, disposition dont on rappelle ici les principes :

- Privilège de 2^{ème} classe dans la faillite jusqu'à concurrence de CHF 100'000.00 pour les dépôts auprès de banques ou d'entreprises au bénéfice d'une autorisation de la FINMA.
- Un seul privilège par créance indépendamment du nombre de titulaires.
- Couverture d'actifs en Suisse à hauteur de 125% des dépôts privilégiés, sauf autorisation de la FINMA.

Les règles énoncées par l'art. 37a LB nécessitent effectivement des clarifications, car elles soulèvent plusieurs questions, par exemple celle de la distinction entre titularité directe d'une créance contre la banque et élément entrant dans la faillite.

La Commission a été particulièrement frappée de constater que l'ordonnance modifiée ne fait aucune mention des cryptoactifs, qui figurent dans la loi sur les banques aux articles 1b, 4sexies et 16. En particulier, cette dernière disposition fait figurer les cryptoactifs au nombre des valeurs déposées bénéficiant d'un privilège de distraction en cas de faillite.

Pourtant, le Message du Conseil fédéral (p. 9) expose que l'ordonnance exclura des dépôts privilégiés (devant apparaître au bilan de la banque) les produits désignés sous forme de matières premières ou de parts de cryptomonnaies.

Il semble dès lors qu'il manque une certaine cohérence entre la loi et l'ordonnance.

Par ailleurs, l'article 42a al. 3 OB (projet) exclut de la notion de dépôts privilégiés les droits ou les prétentions découlant de produits dérivés mais ne fait pas référence aux droits découlant d'autres instruments financiers, tels des certificats ou des produits structurés. La liste non exhaustive de cette disposition n'apparaît pas satisfaisante.

Enfin, l'article 5 al. 3 let. c OB exclut de la définition de dépôts du public les soldes en compte de clients non rémunérés et servant uniquement à exécuter des opérations de clients:

1. auprès de négociants en métaux précieux, de gérants de fortune ou d'entreprises analogues, pour autant que l'exécution ait lieu dans un délai de 60 jours ;
2. auprès de maisons de titres ou de systèmes de négociation pour les valeurs mobilières fondées sur la technologie des registres distribués au sens de l'art. 73a de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (systèmes de négociation fondés sur la TRD).

Le projet d'article 42c al. 2 let. f de l'Ordonnance sur les banques ne fait mention que des clients des maisons de titres au sens de l'art. 41 LEFin qui, dans le cadre de leur activité, ne tiennent, pour les clients, aucun compte servant à exécuter des transactions portant sur des valeurs mobilières. Il s'agirait de clarifier la position des autres prestataires mentionnés à l'article 5 al. 3 let. c OB faisant usage de comptes servant uniquement à exécuter des opérations de clients.

Ainsi, et pour résumer, la Commission propose :

- **De clarifier le statut de la cryptomonnaie et des cryptoactifs, en faisant mieux coïncider les dispositions de la loi et celles de l'ordonnance ;**
- **D'éviter de faire figurer des listes non exhaustives d'exceptions, telle celle qui résulte de l'art. 42a al. 3 OB ;**
- **De clarifier à l'article 42c al. 2 let. f OB (projet) la position des autres prestataires mentionnés à l'article 5 al. 3 let. c OB faisant usage de comptes servant uniquement à exécuter des opérations de clients.**

* * *

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 droit des obligations qui a examiné le projet, se tiennent à votre entière disposition pour poursuivre ces réflexions.

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 :



Eric Ramel