

CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Monsieur le Conseiller fédéral
Ueli Maurer
Chef du Département fédéral des finances
Bundesgasse 3
3003 Berne

Par courrier électronique à :
rechtsdienst@sif.admin.ch
(une version Word et une version PDF)

Réf. : CS/15025489

Lausanne, le 26 juin 2019

Consultation fédérale – Loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués

Monsieur le Conseiller fédéral,

Le Conseil d'Etat vaudois a l'honneur de vous adresser sa prise de position en réponse à la mise en consultation du projet de loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués.

S'il salue le fait que le projet de loi renforce la sécurité juridique en lien avec l'émission de titres digitaux émis sur la base de la technologie du registre distribué tout en stimulant positivement le développement des start-up et des entreprises actives dans le domaine des nouvelles technologies, ce qui présente l'avantage de dynamiser la place économique suisse et de la hisser au rang des acteurs mondiaux de l'innovation, le Conseil d'Etat vaudois souhaite néanmoins attirer votre attention sur les éléments suivants qui, à son sens, méritent d'être adaptés.

Code des obligations

A titre liminaire, il y a lieu de constater que le droit actuel permet déjà à un débiteur d'émettre des droits directement sous la forme de droits-valeurs et d'y associer contractuellement des jetons, lesquels représenteront une preuve de la possession des dits droits-valeurs (art. 973c, al. 1 CO)

Article 622 al. 1 CO

Cette disposition ne devrait pas se limiter à préciser que les statuts peuvent prévoir que les actions peuvent être émises sous forme de droits-valeurs. En effet, l'art. 973c, al. 1 CO prévoit également que de tels droits peuvent être émis si les conditions de l'émission le prévoient ou si les déposants ont donné leur consentement. L'art. 622, al. 1 CO devrait ainsi avoir la teneur suivante :

1 Les actions sont nominatives ou au porteur. Elles peuvent être émises sous forme de papiers-valeurs. Elles peuvent être émises sous forme de droits-valeurs en respectant les conditions prévues par les art. 973c ou 973d ou sous forme de titres intermédiés en respectant les conditions de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés.

Article 973c al. 1, 2 et 4 CO

Il serait préférable de conserver la terminologie actuelle qui prévoit que les droits-valeurs ont la même fonction que des papiers-valeurs afin d'éviter tout risque de confusion entre la forme et la fonction des papiers-valeurs.

Afin de pouvoir potentiellement tenir le registre des droits-valeurs au moyen d'une blockchain publique de type Ethereum, la seconde phrase de l'art. 973c, al. 2 CO devrait avoir la teneur suivante :

Le registre n'est pas public à moins d'être tenu dans un registre électronique distribué au sens de l'art. 973d al. 1 CO.

S'agissant de l'alinéa 4 de l'art. 973c CO, le Conseil d'Etat vaudois propose la modification suivante afin de permettre un transfert des droits-valeurs par le biais de transactions sécurisées :
Le transfert des droits-valeurs exige une cession écrite ou une transaction électronique sécurisée. Une inscription dans un registre électronique distribué équivaut à une cession écrite.

Articles 973d à h CO

Afin d'éviter d'introduire un biais technologique en se référant à une technologie en particulier, il aurait été préférable de préciser à l'art. 965 CO que « *sont des papiers-valeurs tous les titres, physiques ou digitaux, auxquels un droit est incorporé d'une manière telle qu'il soit impossible de le faire savoir ou de le transférer indépendamment du titre* ».

L'alinéa 6 de l'art. 973e CO devrait être supprimé. Il n'y a aucune raison de protéger les titulaires de papiers-valeurs au détriment des titulaires de jetons digitaux. En effet, cette disposition permettrait de déposséder les seconds de leurs droits par le simple transfert de papiers-valeurs à des tiers de bonne foi ce qui est source d'insécurité juridique.

Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite

Article 242a al. 2 LP

L'exigence que les cryptoactifs ainsi que les droits-valeurs en question soient enregistrés sur une adresse blockchain de manière ségréguée empêcherait le déposant de conserver les titres digitaux sur une adresse blockchain globale (« *pooling* ») ce qui est généralement le cas en pratique. Il n'y a pas lieu de différencier les titulaires de titres digitaux par rapport aux titulaires de titres physiques. De plus, cette condition impose aux déposants conservant ces titres digitaux de manière non-ségréguée de disposer des fonds propres suffisants pour couvrir les risques liés à la détention de ces titres dans leurs bilans ce qui n'est manifestement pas le but recherché par le projet de loi qui est d'encourager le déploiement de la TRD et des modèles d'affaires en faisant usage. La modification suivante est ainsi proposée :

2 La revendication est fondée lorsque le failli a le pouvoir de disposer pour le compte du tiers des cryptoactifs ou des droits-valeurs inscrits dans un registre distribué et qu'ils sont en tout temps attribués à ce tiers dans le registre ou dans les livres du failli.

Article 16 LB

En lien avec ce qui précède, il est proposé de modifier l'art. 16 LB de la manière suivante :
Sont réputées valeurs déposées selon l'art. 37d :

1bis les cryptoactifs dont la banque a le pouvoir de disposer pour le compte des clients déposants et dont l'appartenance aux clients déposants peut être déterminée en tout temps dans le registre ou dans les livres de la banque.

Loi sur l'infrastructure des marchés financiers

Article 10 LIMF

Dans une logique de neutralité technologique, il nous semblerait opportun de prévoir que l'exploitation d'un système organisé de négociation en utilisant la TRD n'entraîne pas d'obligation d'obtenir une autorisation en qualité d'infrastructure des marchés financiers.

Article 73f al. 1 LIMF

Le projet prévoit que le Conseil fédéral ou la FINMA pourront accorder des allègements ciblés pour les petits systèmes de négociation fondés sur la TRD par le biais d'ordonnances. Il nous apparaîtrait préférable de prévoir un régime de « bac à sable » plus réactif et adapté dans la perspective de conditions-cadres favorables à l'innovation et aux FinTech.

Article 41 let. b ch. 3 LEFin

L'art. 41, let. b, ch. 3 LEFin assimile les plateformes d'échange basées sur la TRD à des négociants en valeurs mobilières. Afin de lever toute incertitude, il faut clarifier si ces derniers doivent obtenir une licence auprès de la FINMA en qualité d'infrastructure des marchés financiers ou en qualité de négociants en valeur mobilières.

Loi fédérale sur la protection des données

La TRD est fondée sur un modèle de gestion des données décentralisé et le nombre de participants qui interviennent dans le traitement de ces données complexifie la définition des rôles et des responsabilités de chacun. De plus, le caractère immuable des données inscrites sur une TRD soulève également la question des droits consacrés dans la législation en vigueur notamment en ce qui concerne le droit à la rectification et à la suppression des données personnelles. Le Conseil d'Etat vaudois, sensible à ces questions, s'interroge donc sur l'opportunité d'adopter des mesures législatives concrètes afin d'assurer la préservation des prérogatives actuelles.

Neutralité technologique

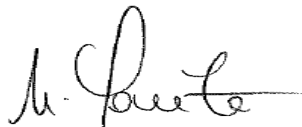
Lors des échanges avec les principales organisations actives dans le domaine des nouvelles technologies sur sol vaudois, la question de la neutralité technologique a plusieurs fois été abordée. Le Conseil d'Etat vaudois partage les inquiétudes des acteurs précités quant aux risques de monopoles liées à l'utilisation des TRD publiques.

En effet, ces plateformes contiennent des « nœuds » qui sont en mains de « mineurs » dont le rôle est de valider les transactions. La problématique se pose essentiellement lorsqu'apparaît une concentration de nœuds en mains d'une minorité d'acteurs, alors devenus dominants, un déséquilibre qui a pu être constaté notamment dans le cas du bitcoin. On assiste à un phénomène de monopole qui a pour conséquence de menacer l'intégrité de la chaîne de blocks, c'est-à-dire des droits liés à la détention d'actifs numériques sur ces plateformes. Le Conseil d'Etat vaudois enjoint donc votre Département à mener une réflexion visant à adopter des dispositions concrètes dans la législation afin de garantir de manière efficiente la neutralité technologique et à préserver, de ce fait, la sécurité juridique.

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien porter à nos déterminations, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE



Nuria Gorrite

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

Copies

- OAE
- SG-DEIS