

VD_OMNI GE.2023.0173 vom 21. Februar 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-02-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2023.0173

FR: VD_OMNI GE.2023.0173 du 21 février 2024

IT: VD_OMNI GE.2023.0173 del 21 febbraio 2024

Regeste

A. _____ /Police cantonale du commerce | Annulation d'une décision par laquelle la Police cantonale du commerce (PCC) interdit à la société recourante toute activité de prêt sur gage adossée à des cryptoactifs; cette décision n'a pas véritablement de portée claire et déterminée quant à l'étendue des droits et obligations qui en résultent. En outre, l'instruction doit être complétée afin de préciser la nature des différents cryptoactifs que la recourante accepte en garantie des prêts qu'elle accorde.

Erwägungen

E. 1

a) Compte tenu des fêtes d'été, courant du 15 juillet au 15 août inclusivement, prévues par l'art. 96 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (ci-après: LPA-VD; BLV173.36), le pourvoi a été formé en temps utile. Par ailleurs, la décision attaquée apparaît comme une restriction de la liberté économique de la recourante, de sorte que sa légitimation à recourir doit être admise (art. 75 let. a LPA-VD). Il convient ainsi d'entrer en matière sur le fond. b) Il y a lieu néanmoins de s'arrêter sur la détermination de l'objet du recours. La recourante bénéficie d'une autorisation pour une activité de prêt sur gage, délivrée par l'autorité intimée. Or, selon le dispositif de la décision attaquée, il lui serait désormais interdit de pratiquer cette activité en lien avec des prêts adossés à des cryptoactifs au sens large. Cette décision peut tout d'abord être comprise comme une révocation partielle de la décision d'autorisation initiale. Autrement dit, la recourante pourrait poursuivre ses activités de prêt sur gage pour autant que celles-ci ne portent pas sur des prêts adossés à des cryptoactifs; il demeure que, dans l'hypothèse où la recourante ne pratique le prêt sur gage que si l'opération est garantie par des cryptoactifs – ce qui semble être le cas –, l'on se trouve alors, de fait, en présence d'un retrait pur et simple (et non partiel) de l'autorisation délivrée. La décision attaquée pourrait aussi être interprétée en ce sens qu'elle précise simplement la portée de l'autorisation initiale: dans cette approche, la décision attaquée préciserait un point, censé être implicite dans la décision initiale, en ce sens que le prêt sur gage est interdit lorsque l'emprunteur dépose en garantie des cryptoactifs; on aurait ainsi affaire à une décision interprétant la décision initiale et délimitant le périmètre de l'activité autorisée. A ce stade, il n'est pas nécessaire de trancher entre l'une ou l'autre de ces deux approches (étant précisé que la voie de la révocation suppose réunies diverses conditions, dont l'examen est à ce stade réservé; voir aussi art. 908 al. 2 du Code civil suisse (CC; RS 210), évoqué plus bas et ATF 127 II 306, spéc. 313; on retient cependant généralement qu'une autorisation peut être retirée/révoquée dès lors que son titulaire ne remplit plus les conditions de son octroi: voir à ce propos Etienne Poltier, La modification des décisions administratives, in : Res iudicata – e poi ?, CFPD 59, Bâle 2023, p. 43, spéc. p. 46 et 52; l'art. 908 al. 2 CC peut notamment être interprété dans ce sens). On

peut enfin se demander si la décision attaquée interdit purement et simplement les prêts pratiqués par la recourante (soit des prêts dans lesquels l'emprunteur fournit des cryptoactifs en qualité de garantie) ou si l'interdiction vise uniquement l'activité de prêt sur gage avec ce type de garantie; on reviendra plus loin sur cet aspect (ci-après, consid. 2 a)aa). Cela étant, il demeure que la portée de la décision attaquée reste peu claire (s'agissant notamment du périmètre de la notion de cryptoactifs au sens large), la motivation de celle-ci étant par ailleurs hésitante (on se réfère aussi tant au texte de la décision elle-même qu'aux compléments de motivation résultant des écritures de la PCC et notamment de celle du 14 décembre 2023).

E. 1.3

et les références), il en découle que la décision attaquée, dont on ne voit pas comment ses défauts peuvent être réparés, doit être annulée. Il paraît également nécessaire de compléter l'instruction. Il faut en effet relever que le dossier est assez largement lacunaire quant au modèle d'affaires de la recourante; la consultation de son site apparaît en outre largement insuffisante à cet égard. Avant de statuer à nouveau, il apparaît dès lors judicieux de déterminer la nature des différents cryptoactifs (apparemment à l'exclusion d'autres objets mobiliers, voire de papiers-valeurs ou de créances) que la recourante accepte en garantie des prêts qu'elle accorde. On peut au demeurant se demander si la recourante ne devrait pas produire l'audit qu'elle est tenue de remettre à la FINMA en lien avec sa demande d'autorisation fintech. Il se peut d'ailleurs que la recourante, au cas où une telle autorisation fintech lui serait délivrée, n'ait plus l'utilité d'une autorisation de prêteur sur gage. L'autorité intimée pourrait également recueillir un rapport sur les activités déployées jusque-là par la recourante, notamment s'agissant de la réalisation des "biens" (cryptoactifs) remis en garantie. Il appartiendra ensuite à l'autorité intimée, cas échéant, de statuer à nouveau, si elle estime que tout ou partie des activités de la recourante ne sont pas conformes au droit.

E. 2

Il convient au préalable de donner quelques indications sur le cadre légal déterminant, d'une part s'agissant de la réglementation régissant le prêt sur gage (ci-après a), d'autre part s'agissant des cryptoactifs (b). a) Le prêt sur gage est régi par les dispositions des art. 907 ss CC. Il s'agit d'une forme très particulière du gage mobilier (article 884 ss CC), soit d'une institution destinée à favoriser les prêts d'argent à court ou moyen terme, notamment en faveur de personnes démunies ou temporairement dans l'embarras; le prêteur, en échange de la remise d'un bien mobilier (en principe facilement réalisable), accorde un prêt s'élevant à une fraction de la valeur du bien. L'emprunteur dispose d'un certain délai pour dégager le bien (en remboursant le prêt et les intérêts), sans quoi le prêteur peut procéder à la réalisation de celui-ci. Même si la créance du prêteur n'est pas couverte, celui-ci ne peut pas s'en prendre au reste du patrimoine de l'emprunteur. L'institution est ancienne (on parlait auparavant par exemple de "Mont-de-piété"); la réglementation des art. 907 ss CC vise principalement à protéger l'emprunteur, notamment contre l'usure. Ces dispositions instaurent une forme particulière de gage; le gage des prêteurs sur gage se distingue ainsi du nantissement (voir d'ailleurs ATF 126 III 182, qui exclut une conversion du prêt sur gage en nantissement) ou du gage sur les papiers-valeurs (Pichonnaz/Foëx/Piotet, Commentaire romand CC II [cité ci-après: CR CC II-Auteur] – Foëx art. 907 N 3 ss et 11). Les dispositions des art. 907 ss CC comportent un volet civil et un volet de droit administratif; ces différentes règles peuvent être complétées par le législateur cantonal, conformément à

l'art. 915 CC (CR CC II – Foëx art. 907 N 1). aa) Une première remarque s'impose toutefois s'agissant du champ d'application des art. 907 ss CC. A rigueur du texte légal, l'activité consistant à accorder sur une base régulière des prêts garantis par nantissement (fondée dès lors sur l'art. 884 CC) n'est pas visée; néanmoins, au vu du but poursuivi par l'art. 907 CC et compte tenu de l'interdiction de la pratique professionnelle de l'achat avec droit de réméré (art. 914 CC; pour un exemple: ATF 126 III 182), l'on ne peut exclure que, suivant les circonstances, il se justifie d'appliquer par analogie l'art. 907 CC à celui qui fait métier de prêter contre nantissement (CR CC II-Foëx, art. 907 N 11 et art. 914 N 5; il faut préciser cependant que ces règles ne s'appliquent pas aux opérations bancaires garanties par gage ou par achat avec pacte de réméré). bb) Les art. 909 ss CC comportent le cœur des règles de droit civil régissant le prêt sur gage. On note d'ailleurs que l'art. 910 CC, relatif à la réalisation de l'objet remis en gage, doit être compris en lien avec l'art. 45 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1), lequel prévoit une procédure spécifique de réalisation, dont les modalités peuvent être complétées par le droit cantonal. cc) Les art. 907 et 908 CC mettent en place le régime de droit administratif applicable aux établissements souhaitant pratiquer le prêt sur gage. Selon l'art. 907 al. 1 CC, une autorisation cantonale est nécessaire à cet effet; l'art. 908 al. 2 CC prévoit par ailleurs la possibilité d'une révocation, en tout temps, de l'autorisation délivrée dans le cas où les prêteurs sur gage n'observent pas les dispositions auxquelles ils sont soumis. Il appartient au droit cantonal de préciser le régime applicable à ces autorisations. S'agissant du droit vaudois, cette réglementation figure aux art. 58 ss LEAE et 48 ss RLEAE déjà cités. On note également que la réalisation de biens remis en gage à une institution de prêt sur gage est quant à elle régie par les art. 67 ss de la loi, du 18 mai 1955, d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LVLP; BLV 280.05). dd) Sur le plan du droit civil, le prêt sur gage est une opération complexe; si on la décompose, elle recouvre un contrat de prêt (il s'agit d'un prêt de consommation: CR CC II-Foëx, art. 909 N 4; il en découle que la loi fédérale, du 23 mars 2001, sur le crédit à la consommation - LCC; RS 221.214.1 - est applicable à ce type d'opération: dans ce sens, Denis Piotet, Droit privé judiciaire vaudois annoté, Bâle 2021, partie B, art. 60 LEAE N 3), un contrat de gage, un acte de disposition, ainsi que le transfert de possession (CR CC II-Foëx, art. 909 N 1 ss). A teneur du droit vaudois complémentaire, le contrat doit être passé en la forme écrite et le taux d'intérêt octroyé ne doit pas dépasser 12 % l'an (art. 60 al. 1 LEAE). L'opération suppose encore – il s'agit d'une condition de validité du gage – la remise à l'emprunteur d'un reçu, soit d'un document servant à ce dernier de moyen de preuve (CR CC II-Foëx, art. 909 N 16 s.). L'art. 910 CC, on l'a vu, prévoit le mode de réalisation de l'objet remis en gage et précise en outre que le prêteur n'a pas d'action personnelle contre l'emprunteur. S'agissant de la réalisation du gage (il faut prendre en compte à cet égard les art. 45 LP et 67 ss LVLP), celle-ci échappe aux règles de la LP, mais suppose l'intervention d'une autorité compétente; la voie de la vente privée du gage par l'institution de prêt sur gage est ainsi exclue (art. 60 al. 3 LEAE). Concrètement, lorsque le prêt n'est pas remboursé à l'échéance, le prêteur doit procéder, dans un premier temps, à une sommation de payer par voie de publication; celle-ci n'indique que le numéro du reçu délivré à l'emprunteur (art. 67 al. 1 LVLP). Si la sommation s'est révélée infructueuse, le prêteur fait procéder à la réalisation par l'autorité compétente (sur ces différents points, voir CR CC II-Foëx, art. 910 N 3 ss; l'emprunteur n'a donc pas à requérir une poursuite, ordinaire ou en réalisation de gage), laquelle a lieu dans le canton de Vaud par voie d'enchères publiques par les soins du préposé (art. 69 ss LVLP). b) Le droit positif n'emploie guère le terme de cryptoactifs; on ne

voit d'ailleurs pas qu'il procède de manière expresse à une distinction entre cryptoactifs au sens étroit (il peut s'agir cas échéant de crypto-monnaies) et cryptoactifs au sens large du terme. Néanmoins, cette notion de cryptoactifs est entrée dans le droit positif suite à l'adoption de divers projets de lois regroupés dans le cadre de la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral au développement de la technologie des registres électroniques distribués (voir le message du Conseil fédéral à ce propos, FF 2020 223 ss). Tel est le cas notamment de l'art. 242a LP (cette disposition, résultant de la nouvelle du 25 septembre 2020, est entrée en vigueur le 1^{er} août 2021); il introduit un régime de revendication des cryptoactifs en main du failli, calqué sur le mécanisme prévalant pour la revendication d'objets mobiliers, prévu par l'art. 242 LP. De même, l'art. 1a let. b de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques (dans la version issue de la même révision que celle précitée touchant la LP; ci-après: LB; RS 952.0) mentionne expressément la notion de cryptoactifs (voir aussi art. 16 LB); la notion est par ailleurs précisée à l'art. 5a de l'Ordonnance du 30 avril 2014 d'application de la LB (ci-après: OB; RS 952.02). Son alinéa 1 se lit comme suit (l'al. 2, quant à lui, prévoit des exceptions): « Les cryptoactifs au sens de l'art. 1b, al. 1, let. a, LB sont les actifs visés à l'art. 16, ch. 1bis, let. b, LB (cryptoactifs en dépôt collectif) qui sont utilisés dans une large mesure, effectivement ou selon l'intention de l'organisateur ou de l'émetteur, comme moyens de paiement pour l'acquisition de marchandises ou de services ou qui servent à la transmission de fonds ou de valeurs. » On note encore à ce propos que la qualification en droit civil des crypto-monnaies est délicate et controversée. Un auteur, après comparaison avec les objets mobiliers, les données ou encore les créances, considère – la qualification à retenir en droit civil étant délicate – qu'il s'agit de valeurs patrimoniales sui generis (Lucien Monnerat, *Krypto-Banken*, Zurich 2022, p. 13 ss); il ajoute que les crypto-monnaies peuvent assumer, voire assument la même fonction de moyen de paiement que l'argent (p. 15 ss). La nouvelle législation bancaire précitée a d'ailleurs introduit, dans un but d'innovation, un régime de licence bancaire light (ou autorisation fintech, fondée sur l'art. 1b LB précité). Il en découle que les entités qui souhaitent accueillir en dépôt des cryptoactifs (et notamment des crypto-monnaies) sont soumises à une obligation d'autorisation, si l'ensemble de leurs opérations dépassent un certain montant, sans atteindre un million de francs par an (dans ce dernier cas, une licence bancaire ordinaire est exigée). Dans la foulée de cette révision, le législateur a également adopté de nouvelles règles, créant la notion de " droit-valeur inscrit " (art. 973d ss CO). L'idée du législateur est de mettre en place, pour ce type de droit-valeur, un régime analogue à celui des papiers-valeurs. A teneur de l'art. 973g CO, les droits-valeurs inscrits peuvent d'ailleurs être mis en gage. Néanmoins, le droit positif ne règle pas de manière exhaustive l'ensemble des instruments désignés comme cryptoactifs (au sujet de l'approche retenue par le Conseil fédéral, voir FF 2020 232 s.); certes le message distingue les jetons de paiement (cela vise les crypto-monnaies) des jetons représentant des droits (droits de créances ou droits sociaux; les droits-valeurs en font partie). L'art. 242a LP concerne l'une et l'autre catégories (Message précité, FF 2020 281). Dans la pratique, on retrouve d'ailleurs d'autres tentatives de classification des cryptoactifs, sans que celles-ci aient été reprises en droit positif (voir à ce propos Monnerat, op. cit., p. 11 ss, qui évoque la classification adoptée par la FINMA); cet auteur présente également les données techniques autour des notions de cryptoactifs ou de crypto-monnaies (p. 3 ss).

E. 3

La décision attaquée s'appuie principalement sur le fait que le prêt sur gage devrait avoir pour objet une chose mobilière ou, plus précisément, un bien susceptible d'être remis en

nantissement, ainsi des bijoux ou d'autres objets de valeurs, usuellement dans le passé auprès du "Mont-de-piété"; il peut cependant s'agir également, aux yeux de l'autorité intimée, de papiers-valeurs, mais non pas d'autres droits de créances, non incorporés dans des papiers-valeurs. a) La recourante fait valoir que, dans la mesure où les cryptoactifs ne seraient pas des choses et dès lors ne pourraient pas faire l'objet d'un prêt sur gage, les activités qu'elle déploie sous forme de prêts adossés à de tels cryptoactifs échapperaient au champ d'application des règles des art. 907 ss CC. Autrement dit, à ses yeux, accorder des prêts avec de telles garanties ne constituerait plus une activité de prêt sur gage, de sorte qu'elle échapperait à l'exigence de l'autorisation cantonale. Là aussi, la décision attaquée n'est pas très claire. Interprétée selon sa lettre, elle se borne à interdire l'activité de prêt sur gage adossée à des cryptoactifs; en conséquence, l'activité de la recourante, si elle ne peut être qualifiée de prêt sur gage, apparaît libre de toute contrainte. Peu importe en outre qu'elle soit considérée comme une activité professionnelle de prêt sur nantissement ou encore d'opération sui generis, non limitée par quelque règle que ce soit (selon le Message du CF, « le droit civil n'oppose aucune exigence [et donc aucun obstacle] à leur transfert »). On a néanmoins le sentiment que l'autorité intimée entend interdire cette activité de manière générale; cette solution pourrait se justifier pour autant que l'on retienne, suivant certains auteurs, une interprétation extensive du régime prévu par les art. 907 ss CC (CR CC II-Foëx, art. 907 N 11 et 914 N 5) et que l'activité de la recourante puisse être qualifiée de pratique professionnelle de prêt sur nantissement (le nantissement sur des sommes d'argent est possible à certaines conditions: CR CC II-Foëx, art. 884 N 32, selon lequel le gage peut également porter sur une somme d'argent remise en espèces, non close et non scellée et qui parle à ce sujet de "gages-espèces"; la question se pose ainsi s'agissant du nantissement portant sur des crypto-monnaies). b) L'autorité intimée, on l'a vu, admet le prêt sur gage de papiers-valeurs, mais elle l'exclut sur d'autres droits de créances, non incorporés dans des papiers-valeurs; elle s'appuie à cet égard sur un avis de doctrine (Zürcher Kommentar-Oftinger/Bär, Art. 909 N 3). Il s'agit d'un avis de doctrine isolé, qui n'est à vrai dire ni confirmé, ni démenti par d'autres auteurs; il faut néanmoins relever que l'art. 899 CC prévoit que les créances et autres droits aliénables peuvent être constitués en gage (spécialement les créances ordinaires, relevant de l'art. 900 CC; sur les objets susceptibles d'être remis à l'institution de prêt sur gage, voir aussi CR CC II-Foëx, art. 909 N 9 et art. 884 N 26 ss et, sur le "gages-espèces", N 32). aa) Les développements qui précèdent indiquent que les cryptoactifs constitués comme droits-valeurs inscrits sont traités par le droit positif comme des papiers-valeurs et l'art. 973d CO prévoit expressément la possibilité de les remettre en gage. Le prêt sur gage devrait être possible sur de tels cryptoactifs; et l'autorité intimée, dans sa dernière écriture, paraît en convenir, tout en maintenant ses conclusions tendant à la confirmation pure et simple de la décision attaquée (laquelle, on le rappelle, prohibe toute activité de prêt sur gage adossée à des cryptoactifs au sens large). Cette dernière adopte sur ce point une position contradictoire, sauf à retenir une interdiction générale, telle qu'évoquée ci-dessus (let. a). Il convient de relever toutefois que les droits-valeurs inscrits impliquent une attribution individuelle à un titulaire déterminé. Or, le prêt sur gage est conçu sur le modèle de l'anonymat de l'emprunteur, constituant du gage (supra, consid. 2a dd). Cependant, le fait que l'emprunteur connaisse le prêteur n'est pas nécessairement un obstacle empêchant le prêt sur gage; en tout cas, l'autorité intimée n'en dit rien. Enfin, on ignore si la recourante entend procéder ou non à des prêts adossés à des droits-valeurs inscrits; son modèle d'affaires n'est en effet pas présenté en détail dans le dossier. bb) On relève par ailleurs que le droit positif tend à traiter les jetons de paiement

(ou crypto-monnaies) de manière analogue à des objets mobiliers (voir p. ex. art. 242 s. LP). Il paraît ainsi envisageable de retenir que le prêt sur gage puisse porter sur de tels « biens ». La même solution pourrait découler du régime du « gage-espèces », pour autant que les conditions d'application de celui-ci puissent être transposées aux crypto-monnaies. cc) Enfin, on ne voit guère à quoi se réfère la décision attaquée lorsqu'elle prévoit une interdiction de l'activité de prêt sur gage adossée « à des cryptoactifs au sens large ». La question se pose ainsi de savoir si elle englobe dans cette prohibition d'autres cryptoactifs que ceux évoqués ci-dessus (let. aa et bb). c) Les développements qui précèdent permettent ainsi de retenir que la décision attaquée n'a pas véritablement de portée claire et déterminée, aussi bien pour la recourante que pour la juridiction de céans. En outre, les échanges d'écritures n'ont pas permis de mieux cerner l'étendue des droits et obligations résultant de cette décision pour la recourante. De surcroît, dans la mesure où la décision attaquée constituerait une révocation de l'autorisation antérieure, il faudrait démontrer que celle-ci est irrégulière (l'irrégularité étant originaire ou subséquente, par exemple parce que son titulaire ne remplissait pas/ne remplit plus les conditions d'octroi de celle-ci); la révocation suppose en outre une pesée d'intérêts (sur ces conditions de la révocation, voir Poltier, op. cit., p. 50 ss). Outre la question de l'irrégularité, ici controversée, l'autorité ne paraît pas avoir procédé à une telle pesée; concrètement, les opérations sur cryptoactifs présentent indéniablement des risques, mais ceux-ci résultent au premier chef de la décision de l'investisseur de les acquérir, bien plus que de celle, subséquente, de les remettre en gage et, plus spécifiquement, de les déposer auprès d'un prêteur sur gage. Il n'apparaît ainsi pas évident que l'emprunteur (le constituant et investisseur) – contrairement au prêteur – soit exposé dans une telle opération à un risque si élevé que cela commande une intervention de l'autorité pour l'en protéger. Il reste ainsi à déterminer les conséquences de ces vices que présentent tant la décision du 21 juillet 2023 de la PCC elle-même que son dispositif. Conformément à la jurisprudence (voir à cet égard les nombreux arrêts cités par Bovay/Blanchard/Grisel Rapin, Procédure administrative vaudoise annotée, 2^{ème} éd., Bâle 2021, art. 42 LPA-VD n os 4.3.1 et 4.3.2; dans le même sens, voir aussi, art. 3 LPA-VD, n°

E. 4

Les considérations qui précèdent conduisent à l'admission partielle du recours. La recourante l'emportant sur le principe, le présent arrêt doit être rendu sans frais; la recourante, qui a procédé avec le concours d'un mandataire professionnel, a au surplus droit à des dépens (art. 49 et 55 LPA-VD).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.