

«CLIC INFORMATIQUE»: LA RÉMUNÉRATION DE L'AVOCAT EN BITCOINS – PERSPECTIVES LÉGALES ET DÉONTOLOGIQUES (I)

SÉBASTIEN FANTI

Avocat au Barreau valaisan, certifié OMPI, notaire, Sion

Mots-clés: avocat, rémunération, Bitcoin, risques légaux et déontologiques, blanchiment, financement d'activités criminelles, conseils prudents, jeu de l'avion, pyramide de Ponzi

Le présent article a pour but, après avoir présenté les spécificités de cette nouvelle monnaie (I^{re} partie), d'en analyser les conséquences pour les avocats en matière d'honoraires, tant sur le plan légal que déontologique (II^e partie, à paraître).

I. Prolégomènes

1. Introduction, définition, caractéristiques et spécificités

A) Introduction

«I'll do whatever it takes to accommodate my clients' needs. I'm constantly utilizing technology to enhance my practice for the benefit of my clients. That's why I've decided to accept Bitcoins. Plus, I want to be a step ahead of every other attorney in Texas¹». C'est par ces quelques phrases que l'avocat texan Jay Cohen² a généré une diffusion planétaire³ d'un communiqué de presse⁴, où il annonçait accepter d'être payé en Bitcoins.

L'autre motif invoqué, hormis le désir de satisfaire les attentes de ses clients, a trait à la confidentialité. L'avocat rappelle⁵ qu'«en utilisant des Bitcoins, des transactions anonymes peuvent être effectuées entre les parties, sans l'implication de comptes bancaires ou d'institutions financières. Les gens veulent garder les choses aussi discrètes que possible».

Il précise également, ce qui n'est pas anodin du point de vue légal et déontologique, que lorsqu'un client demande à le payer en Bitcoins, ce dernier doit remplir un contrat comportant une clause où le client déclare que l'argent ne provient pas d'une source illicite. En cas de doute, l'avocat refuserait ce mode de paiement⁶.

A vrai dire, d'autres mandataires professionnels aux Etats-Unis⁷ avaient décidé, avant lui, de consentir à ce nouveau mode de rémunération. Cela signifie que les attentes du public et des consommateurs sont désormais tangibles, respectivement que ce mode de paiement est sur le point d'entrer dans les mœurs⁸.

En Suisse également: les premiers bancomats pour Bitcoins ont été installés au début de l'année 2014 à Zurich⁹. Différents commerces acceptent de surcroît d'ores

et déjà ce mode de paiement. Il existe même une association suisse pour le Bitcoin (Bitcoin Association Switzerland¹⁰) qui milite pour son développement¹¹.

B) Définition

Le Bitcoin¹² est une monnaie électronique distribuée (crypto-monnaie), qui permet le transfert d'unités dénom-

1 Il s'agit d'une reproduction *in parte qua*.

2 <http://www.cohendwilawyer.com>.

3 A titre exemplatif, le communiqué de presse a été publié par les sites numerama.com, abajournal.com, businessinsider.com, etc.

4 <http://www.prweb.com/releases/prwebhoustonlawyer/bitcoins/prweb10683894.htm>.

5 La traduction du communiqué de presse a été opérée par le site numerama.com: <http://www.numerama.com/magazine/25868-un-avocat-propose-d-etre-payé-en-bitcoins.html>.

6 Aux Etats-Unis, il n'est pas illicite de se faire payer «avec la bague en diamants de la grand-mère» pour reprendre textuellement une expression utilisée par Me Cohen. Conséquemment cet avocat considère qu'il n'y a aucune différence notable justifiant un refus de ce moyen de paiement.

7 ANDREW CABASSO, Should Your Law Firm Accept Bitcoin? An Interview with Larry Donahue of Law 4 Small Business, Jul 2nd, 2013: <http://jurispape.com/2013/law-practice-management/should-your-law-firm-accept-bitcoin-an-interview-with-larry-donahue-of-lawyers-4-small-business/>; George D. Greenberg, un avocat de Las Vegas, accepte également d'être rémunéré en Bitcoin et il axe même une partie de son marketing sur sa connaissance de la *bitcoin law*: <http://www.attorneybitcoin.com>.

8 MATTHIEU HOFFSTETTER, L'Uni de Nicosie accepte le Bitcoin pour payer les cours, 21.11.2013: <http://www.bilan.ch/argent-finances/luni-de-nicosie-accepte-le-bitcoin-pour-payer-les-cours>.

9 <http://www.rts.ch/info/economie/5543393-le-premier-bancomat-a-bitcoins-de-suisse-installe-a-zurich.html>.

10 <http://bitcoinassociation.ch>.

11 As an Association, we want to pave the way for Bitcoin to flourish and unfold its full potential.

12 Voici le site officiel: <http://bitcoin.org/fr/>.

mées *Bitcoins* au travers du réseau Internet¹³. Leur vocation est d'être utilisés comme devise monétaire et comme moyen de paiement dans cette devise. Il s'agit donc du premier réseau de paiement pair-à-pair décentralisé fonctionnant grâce à ses utilisateurs exclusivement.

Ce concept a été développé en 2009 par une personne connue sous le pseudonyme de Satoshi Nakamoto¹⁴. Il génère des attentes¹⁵, mais également de nombreuses critiques, tant quant à sa volatilité, à l'anonymat qu'il procure ou encore au mode de stockage¹⁶.

C) Caractéristiques et spécificités

Le système bancaire international est fondé sur une communication d'informations bancaires entre deux établissements de crédit qui s'échangent des fonds en fonction des demandes des clients et qui mettent à la disposition de ces derniers des moyens de paiement¹⁷.

Le Bitcoin est à la fois le nom d'une nouvelle monnaie virtuelle décentralisée, totalement indépendante d'une volonté étatique, convertible en devises telles que le dollar et l'euro et un système de paiement reposant sur un protocole d'échange monétaire sécurisé et anonyme. La masse monétaire a été limitée à 21 millions de Bitcoins d'ici 2030, pour des motifs techniques. Actuellement environ 12 millions de Bitcoins sont en circulation dans le monde¹⁸.

Ce système fonctionne donc sans banque centrale ni établissement de crédit et permet, via un réseau informatique, de répartir la gestion de la monnaie virtuelle. Il repose donc sur l'ensemble des utilisateurs et fonctionne au moyen des ressources et de la force de calcul d'ordinateurs s'échangeant des fichiers, à la manière des sites de pair-à-pair.

La validation des transactions signées électroniquement intervient grâce à une vérification de clé publique et de clé privée. Le système est donc dépendant de la robustesse des outils cryptographiques utilisés. Les utilisateurs s'échangent une «*adresse Bitcoin*» qui équivaut à un numéro de compte bancaire, adresse encodée de manière spécifique et fabriquée à partir d'une clé publique¹⁹.

Ces mesures de sécurité, plus étendues que celles prévalant dans les systèmes traditionnels, n'ont pas empêché différents problèmes de survenir tel que le vol de Bitcoins²⁰, les cyberattaques²¹ ou encore d'autres types de fraudes²². Il n'est pas possible, en l'état, de déterminer si le risque généré est supérieur à celui d'un système de paiement classique. Toutefois certains experts soutiennent que l'anonymat garanti par l'utilisation des Bitcoins préserve du piratage de données²³.

2. Les prises de position des Etats et des banques centrales

A) Contexte international

Selon les pays, les prises de position relatives aux Bitcoins varient singulièrement.

L'Allemagne lui a donné le statut de monnaie officielle²⁴. En France, faute de statut légal et de régulation, le Bitcoin est perçu comme une boîte noire par les autorités, dont la commission des Finances du Sénat qui s'est récemment penchée sur cette problématique²⁵. La Banque de

France souligne quant à elle dans une note du 5.12.2013²⁶ que le Bitcoin n'offre aucune garantie de remboursement. Il est également stipulé «*qu'en limitant la quantité maximale de Bitcoins pouvant être créée et en faisant fluctuer le rythme de création au cours du temps, les concepteurs ont organisé la pénurie de cette monnaie virtuelle et lui ont ainsi conféré son caractère hautement spéculatif*». Aux Etats-Unis, l'autorité des marchés financiers (FinCEN, Financial Crimes Enforcement Network) a émis des lignes directrices en mars 2013²⁷ préconisant l'enregistrement de ces entreprises de services monétaires et la mise en place de politiques de contrôle anti-blanchiment²⁸. En Russie, la loi cherche à contrôler ces activités et prévoit que les technologies des établissements de monnaie électronique (centre de compte et centre de clearing/comensation) doivent être localisées sur le territoire russe sous

13 Il s'agit *in parte qua* de la définition qu'en donne Wikipédia : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Bitcoin>.

14 https://en.bitcoin.it/wiki/Satoshi_Nakamoto.

15 L'ancien président de la réserve fédérale américaine Ben Bernanke le considérant comme «*prometteur à long terme*»; la Banque centrale européenne a émis un rapport en octobre 2012 intitulé «*virtual currency schemes*» disponible à cette adresse: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>.

16 Nous y reviendrons ultérieurement.

17 FRÉDÉRIC FORSTER, Le système Bitcoin, centre d'attention de la Banque centrale européenne, 13. 2. 2013: <http://www.alain-bensoussan.com/le-systeme-bitcoin-centre-attention-de-la-banque-centrale-europeenne/2013/02/13/>.

18 LAURENT LAMBRECHT, L'anonymat préserve les utilisateurs du piratage de données, 21. 1. 2014: <http://www.lalibre.be/economie/actualite/l-anonymat-preserve-les-utilisateurs-du-piratage-de-donnees-52d76284357029ad9fc72496>.

19 Pour de plus amples informations: FRÉDÉRIC FORSTER, Le système Bitcoin, centre d'attention de la Banque centrale européenne, 13. 2. 2013: <http://www.alain-bensoussan.com/le-systeme-bitcoin-centre-attention-de-la-banque-centrale-europeenne/2013/02/13/>.

20 Un utilisateur de Bitcoin s'est fait dérober l'équivalent de 500 000 dollars: <http://www.01net.com/editorial/534430/un-utilisateur-de-bitcoin-pirate-perd-l-equivalent-de-500-000-dollars/>.

21 BIPS.me, une solution de paiement en Bitcoins, a été victime d'une cyberattaque entraînant le vol de 1295 deniers virtuels, soit l'équivalent d'un million de dollars: <http://www.clubic.com/antivirus-securite-informatique/virus-hacker-piratage/cybercriminalite/actualite-603212-bitcoin-victime-cyberattaque-bips-perd-dollars.html>.

22 JEAN ELYAN, La fraude aux Bitcoins se développe, Le Monde informatique, 6. 12. 2013: <http://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-la-fraude-aux-bitcoins-se-developpe-55907.html>.

23 Notamment Garrick Hileman, économiste et historien à la London School of Economics et fondateur de MacroDigest.com: <http://www.lalibre.be/economie/actualite/l-anonymat-preserve-les-utilisateurs-du-piratage-de-donnees-52d76284357029ad9fc72496>.

24 GRÉGORIE RAYMOND, Bitcoin: l'Allemagne lui donne le statut de monnaie officielle, 19. 8. 2013, Le Huffington Post: http://www.huffingtonpost.fr/2013/08/19/bitcoin-allemande-monnaie-tva-taxe-hack-or_n_3779668.html.

25 PHILIPPE GUERRIER, La France pays d'accueil du Bitcoin?, 18. 1. 2014: <http://www.itespresso.fr/france-pays-accueil-bitcoin-71756.html>.

26 http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/publications/Focus-10-stabilite-financiere.pdf.

27 <http://www.fincen.gov>.

28 CAMILLE POTIER, Le Bitcoin, monnaie virtuelle et criminogène, 20. 12. 2013, Le Huffington Post: http://www.huffingtonpost.fr/camille-potier/blanchiment-dargent-bitcoin_b_4471438.html.

peine d'être exclus du marché russe par la banque centrale²⁹. La Chine, l'Inde et la Thaïlande, notamment, sont défavorables au Bitcoin respectivement actifs en vue de son interdiction³⁰. Le sort du Bitcoin est donc des plus incertains, ce qui justifie d'ores et déjà une prudence particulière, sur le principe. Personne ne sait, en réalité, si le processus de reconnaissance initié par l'Allemagne va se propager ou si, au contraire, les craintes exprimées par les banques centrales vont provoquer des mesures non seulement de régulation, mais tout simplement de prohibition.

B) Contexte helvétique

Le Conseiller national Jean-Christophe Schwaab a déposé un postulat³¹ le 11.9.2013 en vue de solliciter du Conseil fédéral une évaluation des risques de la monnaie en ligne bitcoin, «*en particulier en ce qui concerne son utilisation à des fins de blanchiment d'argent et de financement d'activités criminelles, ou sa licéité au regard de l'interdiction du jeu de l'avion ou de la pyramide de Ponzi*». Ce postulat, qui circonscrit adéquatement les principaux risques identifiés à ce jour, a été adopté par le Conseil national le 13.12.2013³². Le Département des finances (DFF) procède donc actuellement à une évaluation.

Le 26.9.2013, le Conseiller national Hans Kaufmann a, quant à lui, soumis une interpellation portant spécifiquement sur le respect des normes en matière de blanchiment d'argent³³. Il y évoquait, notamment, les problèmes d'application de la loi, de surveillance et de sanction. Le Conseil fédéral y a répondu le 20.11.2013, de manière succincte, mais précise, très certainement en raison des travaux déjà entrepris par le DFF depuis l'adoption du postulat Schwaab. Cette réponse fera l'objet d'un exposé et d'une analyse subséquente³⁴.

Un deuxième postulat³⁵ a été déposé le 5.12.2013 par le Conseiller national Thomas Weibel avec pour objectif d'établir la sécurité juridique concernant le Bitcoin. Il constitue, en réalité, une demande de complément aux questions soumises au Conseil fédéral dans le postulat Schwaab. A sa lecture, on perçoit que son auteur est favorable à ce que les monnaies électroniques (dont le Bitcoin) soient traitées comme des devises étrangères, ce qui permettrait de les soumettre à un cadre juridique existant³⁶ et, partant, de renforcer la sécurité juridique. Ce postulat n'a pas encore été traité, mais le Conseil fédéral propose son acceptation.

3. Les normes légales et réglementaires applicables au Bitcoin en droit suisse

A) La réponse du Conseil fédéral à l'interpellation de Hans Kaufmann

Le 20.11.2013, le Conseil fédéral a répondu aux légitimes interrogations du Conseiller national Kaufmann en matière de blanchiment d'argent. Il a mis en exergue le fait que certains modèles d'affaire³⁷ recourant aux Bitcoins pourraient être soumis à la loi sur le blanchiment d'argent et partant, à la surveillance de la FINMA ou à un organisme d'autorégulation reconnu. «*Selon la forme qu'elles prennent concrètement, les activités liées à l'utilisation du Bitcoin en Suisse pourraient nécessiter une autorisation de la FINMA et de-*

*vraient satisfaire aux conditions fixées par la législation sur les marchés financiers, y compris celles concernant l'entrée sur le marché. Sur la base du rapport et des conclusions de la FINMA, le Conseil fédéral sera à même d'évaluer s'il est nécessaire de prendre des mesures en liaison avec le Bitcoin*³⁸». La FINMA procède donc actuellement à une analyse très certainement calquée sur celle de ses homologues européens à tout le moins.

Le Conseil fédéral émet toutefois un bémol d'importance en ce sens que si les prestataires de service se trouvent à l'étranger, la surveillance (fondée sur la LBA) par des autorités helvétiques ne saurait alors trouver application en raison du principe de territorialité. Par contre, les autorités de poursuite pénale seraient compétentes pour intervenir en cas de procédure et elles pourraient recourir à l'entraide judiciaire internationale.

Ces questions devront être résolues très rapidement, car il est déjà possible de payer avec des Bitcoins en Suisse. Si une autorisation préalable devait s'avérer légalement nécessaire (pour autant que le Bitcoin soit évalué positivement pas la FINMA et les autorités politiques), un travail important devrait alors être accompli pour y soumettre tous les prestataires concernés, ce qui paraît complexe à diligenter compte tenu notamment de l'anonymat déjà évoqué. Le temps presse donc.

B) Le postulat de Thomas Weibel

Comme il a été indiqué précédemment, la prohibition des Bitcoins n'empêchera pas que des citoyens helvétiques puissent y avoir recours pour acquérir des biens ou des services. Il ne s'agira tout simplement pas d'une monnaie (ou d'une devise étrangère selon le postulat Weibel) reconnue officiellement. Ce qui empêcherait la perception de taxes telle que la TVA. La Confédération pourrait donc perdre une manne financière intéressante tout en étant dans l'impossibilité d'interdire ce mode de paiement. Cela devrait inciter à une intense réflexion tant il est vrai que le choix opéré par l'Allemagne notamment (l'Angleterre taxe également les transactions en Bitcoins) paraît raisonné et pragmatique.

²⁹ Idem.

³⁰ <http://www.latribune.fr/actualites/economie/20131227trib000802906/apres-la-chine-l-inde-demonetise-le-bitcoin.html>; celle-ci ne paraît toutefois pas réaliste à l'aune de l'anonymat qu'offre le Bitcoin; si une reconnaissance officielle fait défaut, l'utilisation deviendra «souterraine».

³¹ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20133687.

³² http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4911/428637/d_n_4911_428637_428852.htm; le Conseil fédéral avait proposé d'accepter ce postulat.

³³ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20133854.

³⁴ Confer § 3/a.

³⁵ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20134070.

³⁶ La loi sur le blanchiment d'argent, la loi sur les placements collectifs, la loi sur la TVA et, selon le texte du postulat, les autres lois pertinentes.

³⁷ Sans préciser lesquels.

³⁸ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20133854.