



## NEWSLETTER – 18 avril 2019

### Sociétés Fintech et blockchain : droits civil et de l'insolvabilité – aperçu des fondements juridiques et des enjeux législatifs en Suisse

#### I. Introduction

Attachée à sa réputation de place économique innovante et durable, la Confédération helvétique n'a pas manqué l'occasion de développer les nouvelles opportunités liées à la numérisation, en particulier les blockchain et les sociétés Fintech.

Dans ce contexte, en collaboration avec l'Office fédéral de la justice et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, un groupe de travail sur la technologie blockchain et les ICO (« Initial Coin Offering ») a été chargé d'évaluer le cadre juridique relatif aux applications basées sur la technologie des « chaînes de blocs » spécifiques au secteur financier<sup>1</sup>.

Dans les grandes lignes, ce groupe estime qu'une loi spéciale pour les entreprises Fintech n'est, en l'état, pas nécessaire, le cadre législatif suisse se prêtant déjà bien au développement de l'écosystème de la Fintech et de la blockchain.

Certains changements ponctuels du point de vue du droit civil et de l'insolvabilité sont toutefois recommandés par le Conseil fédéral. Ces aspects

seront développés sous ch. III et IV, après un bref rappel des technologies en cause (ch. II).

#### II. Mode de fonctionnement de la technologie blockchain

La blockchain est une base de données décentralisée, compilant toutes les transactions déjà réalisées au sein de la « chaîne de blocs », dans l'ordre chronologique de leur création. Les diverses opérations effectuées (p.ex. transactions) sont ainsi, dans un premier temps, regroupées dans un bloc, qui doit ensuite être validé préalablement à son intégration dans la chaîne de blocs grâce à d'importantes puissances de calculs.

Une fois ces données validées, il est ensuite impossible de les modifier, à moins de déployer à nouveau la même puissance de calculs fournie pour leur validation. Ce processus complexe rend la chaîne quasiment infalsifiable et le système extrêmement sûr.

Pour effectuer une transaction par voie électronique, chaque utilisateur dispose d'une adresse (« clé publique ») correspondant au numéro de compte

<sup>1</sup> Rapport du Conseil fédéral du 14 décembre 2018, *Bases juridiques pour la distributed ledger technology*

*et la blockchain en Suisse* (ci-après : Rapport du Conseil fédéral), Berne.

dans les opérations de paiement<sup>2</sup>. Dite clé publique est liée à une « clé privée », permettant de signer numériquement la transaction. Cette signature peut ainsi être vérifiée par les autres utilisateurs de la blockchain à l'aide de leur propre clé publique. Il s'agit d'un système « peer-to-peer » dans lequel les transactions effectuées via une blockchain ne passent en principe pas par une banque ou un intermédiaire financier.

Les cryptomonnaies (p.ex. le Bitcoin), ainsi que les autres « jetons », peuvent être transférés via une blockchain et, partant, enregistrés au sein de celle-ci.

Les jetons représentent des avoirs numériques qui peuvent connaître diverses fonctions, en ce sens qu'ils peuvent contenir aussi bien des informations que des biens, ou encore même des droits.

### III. La question du transfert des jetons sous l'angle du droit civil

La FINMA distingue les jetons selon leur fonction économique en les classant en trois catégories : les jetons de paiement, d'investissement et d'utilité.

Selon le Conseil fédéral, les jetons de paiement (ou « crypto-monnaies » pures) sont des valeurs patrimoniales incorporelles de fait : leur valeur se consume lors de leur utilisation dans la blockchain. Ils sont acceptés comme moyen de paiement pour l'achat de marchandises ou de services. Leur transfert ne serait soumis à aucune exigence, de sorte qu'une modification législative ne semble pas nécessaire<sup>3</sup>.

Les jetons d'investissement représentent quant à eux des valeurs patrimoniales, telles que des parts de valeurs réelles, d'entreprises ou de revenus, ou des créances comme un droit au versement de dividendes ou d'intérêts<sup>4</sup>.

Enfin, les jetons d'utilité permettent de donner accès à un usage ou à un service numérique<sup>5</sup>.

Les jetons d'investissement et d'utilité doivent permettre de transférer les droits ou les biens qu'ils incorporent et dès lors remplir une fonction similaire à celle attribuée aux papiers-valeurs, dans la mesure où ils sont associés à des droits dont ils sont censés faciliter les échanges.

Le Conseil fédéral y décèle toutefois une insécurité juridique : les règles propres au droit des papiers-

valeurs, qui se fondent sur l'association entre un droit incorporel et un objet matériel, paraissent difficilement applicables dans le contexte de la numérisation<sup>6</sup>.

Ces jetons pourraient également être assimilés à des droits-valeurs (art. 973c CO), la loi exigeant cependant expressément que leur cession fasse l'objet d'une déclaration écrite (art. 973c al. 4 CO). Les droits-valeurs peuvent notamment revêtir la forme de titres intermédiés lorsqu'ils sont inscrits par un dépositaire dans un registre centralisé (art. 4 et 6 de la Loi fédérale sur les titres intermédiés [LTI]<sup>7</sup>) et peuvent dès lors être transférés au moyen d'une écriture numérique permettant d'accroître leur négociabilité. Une telle centralisation est toutefois contraire à l'essence même du système de la blockchain, qui est un registre décentralisé.

Afin d'appréhender de manière plus satisfaisante le transfert des jetons en cause dans l'ordre juridique suisse, le Conseil fédéral préconise une adaptation législative basée sur une modernisation des droits-valeurs : l'exigence de la forme écrite en cas de transfert des droits-valeurs serait remplacée par des inscriptions portées dans des registres décentralisés, comme la blockchain<sup>8</sup>. Cela permettrait aux droits-valeurs de devenir une nouvelle catégorie à part entière des papiers-valeurs fonctionnant de manière indépendante de la LTI.

### IV. La question du sort des crypto-actifs en cas de faillite du dépositaire (fournisseur de *wallet*)

Comme évoqué, les cryptomonnaies sont généralement des biens. Cela étant, ils peuvent être saisis dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité au sens de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)<sup>9</sup>.

Dans le contexte de la cryptomonnaie, il convient cependant de se demander si ces biens virtuels sont gardés par des tiers, appelés fournisseurs de « *wallet* », ou si, au contraire, ils sont détenus par leurs ayants droit économiques. Le droit suisse ne règle actuellement pas le sort des cryptomonnaies dans la faillite, raison pour laquelle les règles générales de la LP s'appliquent en l'état.

En conséquence, en cas de faillite du fournisseur de *wallet*, il faudrait distinguer plusieurs situations dépendant de la nature du dépôt, à savoir si l'actif est, ou non, détenu par un tiers. Ainsi, pour le Conseil

<sup>2</sup> Rapport du Département fédéral des finances DFF du 5 juillet 2017, *Modifications de l'ordonnance sur les banques (FinTech)*, p. 5.

<sup>3</sup> Rapport du Conseil fédéral, *op. cit.*, p. 67.

<sup>4</sup> FINMA, Guide pratique pour les questions d'assujettissement concernant les *initial coin offerings* (ICO), Edition du 16 février 2018, p. 3.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Rapport du Conseil fédéral, *op. cit.*, p. 60.

<sup>7</sup> RS 957.1.

<sup>8</sup> Rapport du Conseil fédéral, *op. cit.*, p. 68.

<sup>9</sup> RS 281.1.

fédéral, dans l'hypothèse où le client du dépositaire failli garde un accès direct à ses crypto-actifs, soit que la clé d'accès n'est connue que du client et que, partant, lui seul peut en disposer directement et engager une transaction sur la blockchain, l'actif n'est pas détenu par un tiers<sup>10</sup> ; les crypto-actifs ne feraient donc pas partie de la masse en faillite<sup>11</sup>.

Il en irait de même lorsque l'accès aux crypto-actifs nécessite plusieurs clés et que tant le dépositaire que l'ayant droit économique disposent d'une clé. Dans ce contexte, le pouvoir de disposition des actifs n'est pas effectif et exclusif, mais il est partagé, de sorte qu'il doit être admis que les crypto-actifs n'entrent pas dans la masse en faillite (art. 242 al. 3 LP)<sup>12</sup>.

À l'inverse, ce ne serait que lorsque le client n'a pas accès lui-même aux actifs, et que seul le fournisseur de *wallet* failli détient toutes les clés permettant d'accéder et de disposer des actifs, qu'il faudrait considérer que ceux-ci entrent dans la masse en faillite. Dans le cadre d'une action en revendication du client, la question qui se pose de ce fait est celle de la qualité de revendicateur, soit de propriétaire de la chose revendiquée. Or, conformément à l'opinion dominante en Suisse, les données et les informations ne peuvent faire l'objet d'une propriété réelle en raison de leur absence de matérialité<sup>13</sup> ; si l'on suit ce raisonnement, une action en revendication de crypto-actifs fondée sur l'art. 242 LP ne serait pas possible.

Néanmoins, une doctrine récente soutient que, contrairement aux données, les crypto-actifs peuvent être attribués grâce à la blockchain et qu'ils ne peuvent être ni falsifiés, ni reproduits, ce qui a pour conséquence qu'en dépit de leur absence de matérialité, ceux-ci doivent bénéficier d'une protection quasi réelle, permettant ainsi de distraire les crypto-actifs de la masse en faillite sur la base des règles de la LP<sup>14</sup>.

Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu à trancher la question, de sorte qu'une grande insécurité règne actuellement sur ce sujet. Le Conseil fédéral admet qu'il est dès lors nécessaire de clarifier la situation juridique s'agissant de la revendication de tiers sur les crypto-actifs. Ainsi, il propose d'inscrire dans la loi une action en revendication visant uniquement les biens qui peuvent être attribués avec certitude au fiduciaire<sup>15</sup>. Il faudrait en revanche éviter d'étendre cette action aux situations dans lesquelles il est impossible d'attribuer avec certitude les crypto-actifs

à une personne déterminée. Tel est le cas par exemple lorsque les actifs déposés chez le fournisseur de *wallet* ne peuvent plus être distribués à des adresses individuelles de la blockchain, de sorte que le client n'est plus directement identifiable (mélange de plusieurs actifs)<sup>16</sup>.

A noter que malgré le silence du Conseil fédéral à ce sujet, une action en revendication devrait également pouvoir trouver application à l'encontre d'un fournisseur de *wallet* sujet à la poursuite par voie de saisie (art. 106 à 109 LP).

## V. Conclusion

Le rapport du Conseil fédéral du 14 décembre 2018 laisse apparaître que la législation suisse se prête d'ores et déjà bien à l'utilisation des nouvelles technologies, y compris la blockchain. Il reconnaît toutefois la nécessité d'adapter le cadre législatif à certains aspects dont l'importance en pratique est considérable, comme la question de la transmission juridiquement sûre de jetons représentant des droits, ou encore la question de la séparation des crypto-actifs de la masse en faillite du fournisseur de *wallet*.

Les adaptations développées et proposées par le Conseil fédéral devraient permettre de créer un cadre juridique optimal permettant à la Suisse de devenir un leader innovant et durable pour les sociétés Fintech et la blockchain, ainsi que de lutter de manière efficace et systématique contre les abus et de préserver ainsi l'intégrité et la bonne réputation de la place économique et financière suisse.

<sup>10</sup> ATF 110 III 87, 90.

<sup>11</sup> Rapport du Conseil fédéral, *op. cit.*, pp. 70 ss.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>13</sup> Rapport du Conseil fédéral, *op. cit.*, p. 47 ; FRÖHLICH-BLEULER, *Eigentum an Daten?*, in : Jusletter du 6 mars 2017.

<sup>14</sup> GRAHAM-SIEGENTHALER/FURRER, *The Position of Blockchain Technology and Bitcoin in Swiss Law*, in : Jusletter du 8 mai 2017.

<sup>15</sup> Rapport du Conseil fédéral, *op. cit.*, p. 72.

<sup>16</sup> Rapport du Conseil fédéral, *op. cit.*, pp. 71-72.

Pascal de Preux  
Avocat associé  
[depreux@resolution-lp.ch](mailto:depreux@resolution-lp.ch)

Marc-Henri Fragnière  
Avocat associé  
[fragniere@resolution-lp.ch](mailto:fragniere@resolution-lp.ch)

Julien Gafner  
Avocat associé  
[gafner@resolution-lp.ch](mailto:gafner@resolution-lp.ch)

Françoise Martin Antipas  
Avocate associée  
[martinantipas@resolution-lp.ch](mailto:martinantipas@resolution-lp.ch)

Resolution Legal Partners  
Av. de l'Avant-Poste 4  
CP 5747  
1002 Lausanne

T. +41 21 312 59 40  
F. +41 21 312 59 41