



Consultation concernant les travaux du groupe de travail sur la technologie *blockchain* et les ICOs

1. Contexte

Comme il l'a indiqué dans son communiqué du 18 janvier 2018, le Département fédéral des finances (DFF) a créé un groupe de travail sur la technologie *blockchain* et les *Initial Coin Offerings* (ICOs). La mission de ce dernier consiste à évaluer, en collaboration avec notamment l'Office fédéral de la justice (OFJ) et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), le cadre juridique en particulier pour les applications de la technologie *blockchain* spécifiques au secteur financier en considérant également – mais pas exclusivement – les ICOs. Les travaux visent à accroître la sécurité juridique, à permettre l'innovation et à préserver l'intégrité de la place financière suisse. Les clarifications du cadre réglementaire (aussi bien des aspects du droit civil que du droit des marchés financiers) doivent contribuer à ce que la Suisse reste attrayante dans le domaine de la technologie *blockchain* et des ICOs, avec des standards élevés dans la conduite des affaires. Le groupe de travail a été chargé de remettre au Conseil fédéral, avant la fin de 2018, un rapport présentant les éventuels besoins et options d'action. Le Conseil fédéral prendra sa décision concernant la modification du cadre juridique en s'appuyant sur les résultats de ce rapport.

Le groupe de travail se compose de membres du Secrétariat d'État aux questions financières internationales, de l'Office fédéral de la justice, de la FINMA, de la Banque nationale suisse, du Secrétariat d'État à l'économie (SECO), de l'Office fédéral de la police et de l'Administration fédérale des douanes. Durant ces derniers mois, plusieurs membres du groupe de travail ont rencontré des entreprises, des cabinets d'avocats et des experts pour échanger sur les projets en cours dans le domaine *Distributed Ledger Technology* (DLT) de même que sur les défis sur le plan juridique. Le groupe de travail a pris en compte dans ses réflexions la prise de position que le groupe d'initiative privé «*Blockchain Taskforce*» a publiée à la fin avril 2018. La présente consultation donne aux acteurs de la branche la possibilité de prendre position quant à l'orientation des recommandations et, si besoin est, de formuler d'autres remarques.

Le présent document destiné à la consultation ne contient pas d'informations contextuelles ni d'analyses détaillées; il présente des recommandations et des questions envisageables dans les domaines suivants:

- Aspects généraux
- Droit civil
- Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme
- Autres domaines du droit des marchés financiers

Les milieux intéressés sont invités à envoyer leur prise de position écrite par courriel (fin@sif.admin.ch), avant le 20 septembre 2018.



2. Aspects généraux

Scénarios envisageables

Le groupe de travail ne prend sciemment pas position quant à la probabilité d'une large diffusion de la technologie DLT / *blockchain*. À ses yeux, il est important de concevoir le cadre juridique de telle sorte qu'il offre suffisamment de flexibilité et sécurité juridique dans tous les scénarios envisageables en ce qui concerne l'implantation de la technologie DLT / *blockchain* dans le secteur financier (implantation à grande échelle, implantation ponctuelle ou implantation marginale).

- 2.1 Comment évaluez-vous le potentiel de la technologie DLT / *blockchain* dans le secteur financier?
- 2.2 D'après-vous, dans combien de temps ce potentiel se matérialisera-t-il?

Comptes bancaires des entreprises Fintech

Accès aux comptes bancaires: Les acteurs de la branche *Fintech* soulignent régulièrement que les entreprises avec des modèles d'affaire *Fintech*, en particulier celles en lien avec la technologie *blockchain* et les ICOs, ont des difficultés à entamer des relations commerciales avec les banques suisses. Ce problème n'est pas lié directement au cadre juridique, raison pour laquelle il a été étudié par un autre groupe de travail, mis sur pied par l'Association suisse des banquiers. Il est cependant concevable que certaines modifications législatives pourraient ici aussi améliorer la situation et augmenter la confiance.

- 2.3 Existerait-il des modifications du cadre juridique qui pourraient contribuer à faciliter les relations commerciales entre les entreprises *Fintech* et les banques?

3. Droit civil

3.1. Qualification sous l'angle du droit civil et transfert de jetons

Pour qualifier les jetons cryptographiques (*tokens*) sous l'angle du droit civil, les rapports juridiques qui sous-tendent l'émission et le négoce de ces jetons sont déterminants. En tant que tel, un jeton n'est rien d'autre qu'une inscription sur un registre décentralisé et ne produit, à ce titre, aucun effet juridique. Les obligations juridiques n'existent en effet qu'entre des personnes qui utilisent les jetons et prêtent une importance juridique à leurs échanges. La qualification des jetons dépend donc fortement de la nature spécifique du cas concerné.



Lors de l'émission et de l'utilisation de jetons, il y a régulièrement une intention d'associer des valeurs ou des droits avec une inscription dans un registre décentralisé. Le rapport prévu pour la fin de 2018 indiquera, d'une part, les valeurs et les droits dont il est question pour une telle association et, d'autre part, les dispositions légales devant être respectées dans le cadre du droit en vigueur. Il convient d'observer en particulier les limites fixées par le droit en vigueur en ce qui concerne le transfert de valeurs et de droits. En accord avec plusieurs publications à ce sujet, le groupe de travail considère que l'obligation de la forme écrite dans le cadre du transfert de créances simples (art. 165, al. 1, CO) et de droits-valeurs (art. 973c, al. 4, CO) peut constituer une entrave au transfert de jetons. Dans certains cas, la représentation et le transfert de droits peuvent être soumis à d'autres prescriptions légales spécifiques, par exemple des prescriptions du droit des sociétés.

Les jetons qui représentent des droits doivent en vertu de la volonté des utilisateurs remplir une fonction traditionnelle comparable à celle actuelle des papiers-valeurs. Ces jetons doivent être associés de droits, d'une part, et viser à faciliter le négoce de ces droits, d'autre part. La doctrine connaît différentes approches permettant de concilier le négoce de droits sur une *blockchain* avec la législation en vigueur. Toutefois, ces approches n'ont, non seulement pas été éprouvées dans la pratique, mais sont aussi entachées d'incertitudes juridiques.

Le groupe de travail envisage donc de proposer une modification et un développement du droit régissant les papiers-valeurs afin de simplifier le négoce de droits sur une *blockchain*. Du fait que l'inscription sur un registre décentralisé et accessible aux milieux intéressés est, à l'instar d'un papier-valeur, de nature à assurer une certaine publicité, il semble – à première vue – justifié d'attribuer à cette inscription des effets juridiques comparables. Le cas échéant, il faudrait veiller à maintenir autant que faire se peut les principes du droit des papiers-valeurs qui ont fait leurs preuves. La représentation et le transfert numériques seraient ainsi possibles pour les droits pouvant aussi figurer sur des papiers-valeurs et être transférés librement.

- 3.1.1 Quels genres de droits devraient pouvoir être négociés et transférés sur une *blockchain*?
- 3.1.2 Quelles entraves (supplémentaires) concernant le transfert de droits ont été décelées dans la pratique?
- 3.1.3 Peut-on identifier les risques que pourrait entraîner la simplification du transfert de droits sur une *blockchain* et contre lesquels il conviendrait de mettre en place des garde-fous juridiques?
- 3.1.4 Est-il nécessaire de soumettre la conception d'une *blockchain* à des exigences légales minimales? À quoi ressembleraient celles-ci?



3.2 Traitement des jetons au cours d'une procédure d'insolvabilité

En cas de faillite, les valeurs patrimoniales du failli sont inventoriées et réalisées. À ces fins, il est souvent difficile de déterminer quelles sont les valeurs qui appartiennent au débiteur, notamment lorsque des valeurs patrimoniales qui lui appartiennent sur le plan économique sont mises en dépôt auprès de tiers et lorsque le débiteur a le pouvoir de disposer de valeurs patrimoniales pour lesquelles des tiers font valoir leurs droits¹.

Une insécurité juridique entoure aujourd'hui les revendications de tiers fondées sur l'art. 242 LP en ce qui concerne les données. Il en va de même pour le traitement des clés d'accès et autres éléments liés aux cryptomonnaies et aux jetons. Cette problématique est également abordée par l'initiative parlementaire 17.410 déposée par Marcel Dobler («Les données étant le bien le plus précieux des entreprises privées, il convient de régler leur restitution en cas de faillite»). Le 3 mai 2018, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a donné suite à l'unanimité à l'initiative déposée, reconnaissant ainsi la nécessité d'intervenir. Le groupe de travail estime lui aussi qu'il est nécessaire d'agir sur le plan législatif.

Le groupe de travail étudie une solution liée à la revendication de tiers des jetons cryptographiques qui ont été mis en possession auprès du failli, mais qui appartiennent à un tiers sur le plan économique. Néanmoins, des données qui n'ont aucune valeur patrimoniale objective peuvent aussi être (indirectement) concernées par une procédure de faillite. Le groupe de travail envisage d'élaborer une procédure visant à obtenir la restitution de ce type de données également.

Pour prétendre à la restitution des données ou des jetons, le tiers devrait pouvoir justifier d'un droit légal ou contractuel sur ces derniers. Il devrait disposer d'un droit qualifié sur ceux-ci afin que l'attribution de l'autorisation se fasse sans équivoque. Ce droit de restitution ne doit pas aller au-delà des prétentions économiques analogues relevant des droits réels. Lorsqu'une attribution sans équivoque des données au requérant n'est pas possible (d'une manière analogue au domaine des droits réels), on peut partir du principe qu'il demeure seulement un droit de restitution obligatoire. Selon le groupe de travail, on pourrait également examiner la possibilité d'élaborer une réglementation des coûts prévoyant que les coûts générés par le transfert des données sont à la charge de l'ayant droit.

3.2.1 Comment la conservation de jetons auprès d'un dépositaire est-elle organisée dans la pratique sur les plans technique et juridique?

3.2.2 La solution liée à la restitution des jetons cryptographiques présente-t-elle des risques et ces derniers devraient-ils être réglés sur le plan législatif?

¹ Des questions correspondantes peuvent également se poser en cas de saisie.



4. Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

4.1 Remarques préliminaires

Le champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) englobe déjà de nombreuses activités dans le domaine crypto, car la loi est neutre sur le plan technologique. Ainsi, à titre d'exemple, les fournisseurs de *custodian-wallet*, les plateformes de négoce (pour autant qu'elles détiennent l'accès à la clé privée du client, c'est-à-dire le droit de disposer des valeurs patrimoniales), les bureaux de change et les émetteurs de jetons de paiement sont dans la pratique courante soumis à la LBA. Dans ce contexte, le groupe de travail estime qu'il n'est pas nécessaire de remanier la loi en profondeur. Néanmoins, au vu de l'identification des risques potentiels, la question se pose s'il ne serait pas judicieux de soumettre aux règles de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme certaines activités dans le domaine crypto qui n'entrent aujourd'hui en principe pas dans le champ d'application de la législation sur le blanchiment d'argent, par exemple les fournisseurs de *non-custodian wallet* et les plateformes de négoce décentralisées qui ne possèdent pas la clé privée du client, c'est-à-dire qui ne possède pas le droit de disposer de ses valeurs patrimoniales.

4.2 Questions

- 4.2.1 Les plateformes de négoce décentralisées qui n'ont pas le pouvoir de disposer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers doivent-elles être soumises à la loi sur le blanchiment d'argent, de manière analogue à celles qui en ont le pouvoir, et ainsi respecter des obligations de diligence?
- 4.2.2 Les fournisseurs de *non-custodian wallet* doivent-ils être soumis à la loi sur le blanchiment d'argent et ainsi respecter des obligations de diligence?
- 4.2.3 Est-il nécessaire d'imposer des obligations de transparence semblables à celles définies à l'art. 697i CO aux personnes morales (en particulier les fondations) qui émettent des jetons? Si oui, sous quelle forme?

5. Autres domaines liés au droit des marchés financiers

5.1 Remarques préliminaires

Les applications basées sur la *blockchain* peuvent présenter des liens avec le droit bancaire (par ex. l'obligation d'obtenir une autorisation d'exercer une activité bancaire), le droit sur l'infrastructure des marchés financiers (par ex. les règles relatives à la négociation de valeurs mobilières et de dérivés ou aux plateformes de négoce), le droit des placements collectifs ainsi que la future loi sur les services financiers (par ex. les exigences applicables aux prospectus dans le domaine des ICOs) et la future loi sur les



établissements financiers (par ex. l'autorisation d'opérer en tant que maison de titres). Plusieurs nouveautés axées sur les modèles d'affaires *Fintech* ont récemment été introduites dans le domaine bancaire (l'espace d'innovation [bac à sable ou *sandbox*] et l'extension du délai pour l'exception du compte d'exécution) ou sont sur le point de l'être (la licence *Fintech*). Dans d'autres domaines (par ex. à le droit sur l'infrastructure des marchés financiers), le secteur crypto a en particulier proposé d'instaurer un *carve-out* réglementaire (seules les exigences en matière de prospectus et les règles en matière de blanchiment d'argent devraient s'appliquer, et non les règles émanant de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers). Jusqu'ici, le secteur n'a pas fourni – ou d'une manière uniquement ponctuelle – une présentation détaillée des exigences en matière de droit des marchés financiers qui engendrent actuellement des défis spécifiques pour le domaine de la *blockchain* et des ICOs. C'est pourquoi le groupe de travail estime que, en principe, le droit des marchés financiers ne contient actuellement aucune disposition susceptible de faire spécifiquement obstacle à l'utilisation d'applications basées sur la *blockchain*. En revanche, le groupe de travail est d'avis qu'il existe des besoins d'action ponctuels dans le domaine du droit sur l'infrastructure des marchés financiers, notamment en ce qui concerne les exigences posées envers les infrastructures des marchés financiers.

5.2. Questions

Généralités

5.2.1 Un bac à sable (ou *sandbox*) peut être considéré comme un *carve-out* réglementaire, qui permet, à l'aide de valeurs seuils définies (par ex. montant en franc, durée, etc.), de tester de nouveaux modèles d'affaires. Actuellement, il existe déjà un bac à sable dans le droit bancaire, auquel s'appliquent des valeurs seuils clairement définies et dont l'utilisation ne peut pas être fixée par la branche elle-même. Serait-il justifié de prévoir d'autres bacs à sable pour les applications basées sur la *blockchain*? Si oui, quelles exigences juridiques ayant actuellement pour effet de restreindre la capacité d'innovation, en particulier dans le domaine de la *blockchain*, pourraient être assorties de bacs à sable supplémentaires? Quelles valeurs seuils objectives serait-il indiqué d'appliquer concrètement à de tels bacs à sable?

Droit bancaire

5.2.2 Les mesures *Fintech* prises récemment dans le cadre du droit bancaire ou sur le point de l'être (l'espace d'innovation [bac à sable ou *sandbox*], la licence *Fintech*, des clarifications pour les comptes d'exécution) sont-elles suffisantes en ce qui concerne les applications basées sur la *blockchain* ou est-il opportun de procéder à d'autres adaptations? Si oui, auxquelles et pourquoi?



Droit de l'infrastructure des marchés financiers

- 5.2.3 Actuellement, les jetons peuvent, en fonction de leur structure, être considérés comme des valeurs mobilières ou des dérivés au sens du droit sur l'infrastructure des marchés financiers. Existe-t-il suffisamment de clarté, quand un jeton constitue ou non une valeur mobilière ou un dérivé (dans la négative, pourquoi)? Comment pourrait-on accroître la sécurité en matière de droit et de planification?
- 5.2.4 Quelles exigences concrètes du droit sur l'infrastructure des marchés financiers liées à la qualification en tant que valeur mobilière ou dérivé (par ex. des dispositions concernant le marché secondaire, les règles de comportement dans le domaine des dérivés) ne sont pas appropriées ou posent problème dans le cas des valeurs mobilières basées sur la *blockchain* et pourquoi? Quelles modifications pourrait-on apporter à ces dispositions?
- 5.2.5 Actuellement, les dispositions relatives aux bourses et aux systèmes multilatéraux de négociation (SMN) sont liées à la notion même de valeur mobilière et restreignent le cercle des participants susceptibles d'intervenir sur ces plateformes de négociation. Les dispositions actuelles applicables aux bourses et aux SMN sont-elles appropriées pour les valeurs mobilières basées sur la *blockchain* ou des adaptations sont-elles requises? Est-ce que les dispositions relatives aux SMN, par exemple, doivent être flexibilisées (par ex. concernant le cercle des participants) ou faut-il créer une nouvelle catégorie d'autorisation (par ex. les SMN pour les valeurs mobilières basées sur la *blockchain*)? Si oui, l'accès direct de clients privés aux SMN requiert-il des mesures spécifiques visant à garantir l'intégrité du marché, la protection des investisseurs, la transparence du marché ou une négociation ordonnée?
- 5.2.6 L'obligation d'obtenir une autorisation pour les systèmes de règlement des opérations sur valeurs mobilières (art. 61 LIMF) constitue-t-elle un obstacle à l'accès au marché dans le domaine de l'exploitation de plateformes de négoce cryptos? Des seuils minimaux doivent-ils être définis?

Droit des placements collectifs

- 5.2.7 Dans le domaine du droit des placements collectifs, les modèles d'affaires basés sur la *blockchain* sont-ils spécifiquement confrontés à des défis et, si oui, auxquelles (par ex. règles relatives à la banque dépositaire)? Quelles adaptations seraient nécessaires pour lever ces défis?
- 5.2.8 Existe-t-il un intérêt à représenter sur une *blockchain* une partie ou un ensemble de placements collectifs, des parts de fonds ou les actifs d'un fonds? Quelles adaptations seraient nécessaires à cet effet?



Droit des services financiers et des établissements financiers

- 5.2.9 En ce qui concerne les applications basées sur la *blockchain*, peut-on, en vertu de la situation actuelle, identifier des problèmes importants dans la mise en œuvre des obligations de comportement au sens de la LSFIn (art. 7 à 20 LSFIn), par exemple pour ce qui est de la vérification du caractère approprié et de l'adéquation ainsi que les obligations en matière de documentation?
- 5.2.10 Qu'en est-il des obligations en matière de prospectus au sens des art. 35 ss LSFIn?
- 5.2.11 Existe-t-il, pour ce qui est de l'application de la LEFin, des difficultés concernant spécifiquement les modèles d'affaires basés sur la *blockchain* et, si oui, lesquelles?