CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Blockchain

Un nouveau cadre réglementaire pour la « custody » de cryptoactifs

Par Jeremy Bacharach le 18 septembre 2020

Note : La Loi TRD a été adoptée par le Parlement le 25 septembre 2020. Le texte final, qui n'a pas apporté de changement aux bases légales discutées ci-dessous, peut être consulté ici.

Le projet de loi relatif à l'« adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres distribués » – que l'on abrégera par « Loi TRD » – a été approuvé par le Conseil des États le 10 septembre 2020. Il sera vraisemblablement adopté de manière définitive le 25 septembre 2020, jour de la clôture de la session d'automne du Parlement. Parmi les nombreux sujets couverts par la Loi TRD, l'un des points saillants est la création d'un cadre juridique et réglementaire pour les dépositaires de cryptoactifs ou – dans la langue des affaires – la *custody* de cryptoactifs.

Mais avant de s'attaquer au droit, rappelons les faits. Les cryptoactifs sont détenus sur des portefeuilles électroniques (ou « *wallets* ») qui ne sont pas nécessairement rattachés à des institutions financières et qui peuvent être créés et utilisés anonymement par tout un chacun. Il est possible de disposer des cryptoactifs stockés sur un portefeuille par l'intermédiaire d'une suite de chiffres et de lettres qui lui est propre, la clé privée. Toute personne ayant connaissance de la clé privée associée à un portefeuille peut disposer librement des cryptoactifs qui y sont conservés. Corollairement, il est généralement *suffisant* de connaître la clé privée propre pour pouvoir dépenser ces crypoactifs. Il découle de ce qui précède que la clé privée est une information extrêmement sensible, et qui doit impérativement rester confidentielle. Son maniement et sa conservation sont donc des opérations qui présentent un certain risque, risque qui est particulièrement prégnant lorsque le portefeuille en question contient une somme importante.

Beaucoup font donc le choix de ne pas détenir leurs cryptoactifs eux-mêmes sur leur propre portefeuille, mais de confier cette tâche à des prestataires de service – le plus souvent des banques ou des institutions financières – qui disposent d'outils permettant de stocker des cryptoactifs de façon sécurisée. Ces prestataires gardent donc des cryptoactifs pour le compte de leurs clients, opération que les Anglo-saxons désignent par le terme « *custody* ». L'administration fédérale parle également de « *custodian wallet providers* ».

Quel est le cadre juridique applicable à ces prestataires de service ? *De lege lata*, cela est difficile à dire. Le juriste en est réduit à d'hasardeuses conjectures, voire à des devinettes. Deux principales questions se posent.

La première est le sort des cryptoactifs déposés en cas d'insolvabilité de leur dépositaire. En d'autres termes, que se passe-t-il si le dépositaire de cryptoactifs – qui détient donc des cryptoactifs pour le compte de ses clients – tombe en faillite ? Pour les actifs traditionnels, la loi prévoit que les clients se voient restituer leurs actifs déposés auprès de tiers. Ils ne tombent donc pas dans la masse en faillite et ne sont pas réalisés pour désintéresser les créanciers du failli. Cette idée est désignée dans la loi par deux termes techniques différents : « revendication » en droit commun (*Aussonderung* ; art. 106 ss et 242 LP ; art. 401 al. 3 CO) et « distraction » en matière financière (*Absonderung* ; art. 37d LB ; art. 17 ss LTI). Dans le monde anglo-saxon, il est question de « *segregation* ». L'interprétation de ces bases légales dans le contexte des cryptoactifs posait un certain nombre de difficultés : une mise à jour était donc nécessaire. La Loi TRD modifiera ainsi la LP et la LB afin de clarifier à quelles conditions les cryptoactifs détenus pour le compte de tiers peuvent être distraits de la masse en faillite. Selon l'art. 242a al. 1 nLP ainsi que l'art. 16 ch. 1bis nLB (qui doit être lu en lien avec l'art. 37d LB), cela sera désormais possible si les deux conditions suivantes sont remplies :

1. « Le failli s'est engagé à tenir [les cryptoactifs] en tout temps à la disposition » du client. Concrètement, cela signifie que les cryptoactifs déposés sont simplement gardés par le dépositaire et ne sont pas utilisés au même titre que des dépôts bancaires ordinaires pour effectuer des opérations à l'actif (pour une discussion plus détaillée, voir Message Loi TRD, p. 282). Les modèles de type « fractionnel » sont donc exclus.
2. L'une des deux hypothèses suivantes est réalisée :

- « Les cryptoactifs sont attribués individuellement au client déposant ». Cette hypothèse vise le cas où il est possible, et ce en continu, d'attribuer chaque unité de cryptoactif déposée à un client spécifique.
- Les cryptoactifs « sont attribués à une communauté et […] la part qui revient au client déposant est clairement déterminée ». Selon le Conseil fédéral, « cette disposition introduit la même solution que celle actuellement en vigueur à l' 484 CO pour le dépôt de biens meubles. » (Message Loi TRD, p. 283).

La seconde question est celle du régime réglementaire des dépositaires de cryptoactifs. En un mot, devraient-ils être autorisés et surveillés par la FINMA ?

En l'état, l'activité des dépositaires de cryptoactifs est une activité bancaire : le dépositaire accepte en effet des dépôts du public au sens de l'art. 1a LB. Cependant, la modification de la LP susmentionnée serait susceptible d'affecter cette qualification. En effet, et selon le Conseil fédéral, si les actifs faisant l'objet d'un dépôt (au sens non technique du terme) peuvent être distraits de la masse en faillite du dépositaire en vertu des art. 242 et 242a nLP, alors il ne s'agit pas de « dépôts du public » au sens de l'art. 1a LB (Message Loi TRD, pp. 258 et 290). En d'autres termes, permettre la revendication des cryptoactifs en vertu de l'art. 242a nLP aurait pour conséquence que l'activité des dépositaires de cryptoactifs cesserait d'être une activité surveillée en vertu de la LB. Ce vide réglementaire n'étant pas acceptable, le Conseil fédéral a jugé de proposer, aux côtés des adaptations de la LP, une modification de la LB. Désormais, l'art. 1b al. 1 let. a nLB prévoira que l'acceptation de cryptoactifs à titre professionnel requerra l'obtention d'une autorisation Fintech (art. 1b LB). L'autorisation sera valable même si les cryptoactifs en dépôts dépassent CHF 100 millions, pour autant que l'assujetti se limite à l'acceptation de dépôts en cryptoactifs (voir Message Loi TRD, p. 290).

Sur le fond, la nouvelle réglementation est satisfaisante : elle aménage un équilibre bienvenu

entre le besoin de sécurité juridique, et la nécessité de préserver le régime libéral qui a fait le succès de la Crypto Valley. Sur la forme, on peut regretter le caractère abscons et elliptique des bases légales présentées ici, qui sont le plus souvent incompréhensible sans l'assistance du Message. Enfin, et au risque de nous répéter, le législateur a fait le choix risqué de ne pas donner de définition du terme « cryptoactif ». Nous gardons espoir que cela n'est que partie remise, et que les éventuelles ordonnances viendront combler cette lacune.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Jeremy Bacharach, Un nouveau cadre réglementaire pour la « custody » de cryptoactifs, publié le 18 septembre 2020 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/1154/