

Jusletter

Le dépôt de cryptoactifs dans la Loi sur les Banques

Auteur-e: Gabriel Jaccard

Catégories d'articles: Contributions

Domaines juridiques: Droit du marché des capitaux

DOI: 10.38023/52173dee-4822-48b8-b2ee-69660e7f8659

Proposition de citation: Gabriel Jaccard, Le dépôt de cryptoactifs dans la Loi sur les Banques, in : Jusletter 25 octobre 2021

La présente contribution propose un survol de la régulation sur le dépôt des cryptoactifs en droit Suisse au sein de la loi sur les Banques (LB). L'auteur revient sur les notions de dépôt au sein du droit civil et bancaire ainsi que les critères d'applications de la LB. Il étudie ces notions dans le contexte de la conservation des cryptoactifs et discute notamment des différentes méthodes de conservation des cryptoactifs, ainsi que de leur régulation au sein de la LB.

Table des matières

1. « Le dépôt »
2. Dépôt et contrôle
3. Chose fongible ou somme d'argent ?
4. Les « dépôts du public »
5. Les « cryptoactifs » en dépôt collectif ou individuel, détenus on-chain ou off-chain
6. Les « valeurs déposées »
7. Conclusion

[1] La « *lex DLT* » a ancré de nouvelles pratiques vis-à-vis de la conservation de cryptoactifs appartenant à des tiers auprès d'un intermédiaire¹. Au sein de cette refonte, la loi sur les banques (LB) a été modifiée de façon conséquente. Notre présente contribution vise à apporter un éclairage sur le contenu de ces modifications.

[2] Au terme de la régulation actuelle, il existe deux types d'autorisations dans la LB propre à l'activité bancaire en Suisse. La première constitue l'autorisation classique en tant que Banque (art. 1a LB), tandis que la seconde – la licence FinTech (art. 1b LB) – représente une forme allégée visant principalement de nouveaux modèles d'affaires innovants. Dans les deux hypothèses, l'activité visée par la régulation touche des personnes actives dans le secteur financier qui acceptent à titre professionnel des dépôts du public (hyp. art. 1a LB ; art. 1b LB), voir des cryptoactifs (hyp. art. 1b LB), et qui n'investissent ni ne rémunèrent ces dépôts ou actifs.

1. « Le dépôt »

[3] La **notion de dépôt** s'entend de façon transversale en fonction des domaines du droit. Elle a donné lieu à de houleux débats dans le contexte des cryptoactifs et du droit bancaire.

Notamment, en ce qui concerne la question de savoir si un jeton peut déjà être considéré comme « *déposé* » au sens strict auprès d'un intermédiaire.

2. Dépôt et contrôle

[4] Les fondements du dépôt bancaire s'appuient sur la notion de **dépôt au sens du droit civil** dont la portée est propre. En particuliers, c'est le plus souvent l'hypothèse du dépôt irrégulier de l'art. 481 [CO](#) qui est visée. Le dépôt au sens du droit civil présuppose un pouvoir de disposition direct exclusif de l'intermédiaire afin que l'on puisse considérer l'objet comme déposé.

[5] Dans le cas du dépôt régulier, l'objet est déposé du fait d'un transfert de la possession de la chose mobilière (art. 472 [CO](#)) ; tandis que pour le dépôt irrégulier (art. 481 [CO](#)) ce sont des sommes d'argent ou d'autres biens fongibles qui sont transférées au dépositaire, le déposant ne retenant alors qu'un droit de créance à l'encontre du dépositaire. Dans ces deux hypothèses, il existe donc un contrôle de fait exclusif et souvent direct de l'intermédiaire sur l'actif déposé.

[6] Par raisonnement analogique appliqué aux cryptoactifs, un **contrôle partiel ou un pouvoir de disposer non-exclusif** de la clé privée du tiers par l'intermédiaire ne suffit donc pas à considérer des valeurs comme étant déposées *stricto sensu* au sens du droit civil. Un tel raisonnement rapprocherait alors de telles activités à celles d'un contrat de service².

[7] A l'heure actuelle, dans le contexte du droit bancaire et financier, la FINMA dans sa pratique et une partie de la doctrine admettent – selon nous à raison –, que seul le contrôle exclusif permet d'assimiler un actif à une valeur soumise à la mainmise de la banque, c'est-à-dire « déposée » au sens du droit bancaire³. Le contrôle partiel de l'intermédiaire au sein d'un *wallet multisignature* par le moyen d'une des clés nécessaire à l'ouverture de ce dernier ne devrait donc pas être considéré comme un dépôt à défaut d'exclusivité du pouvoir de disposition⁴.

[8] Enfin, dans l'idée de raffiner le vocabulaire juridique en fonction des constellations, la notion de « *contrôle* » vis-à-vis de celle de « *dépôt* » gagnerait à être développée séparément dans le contexte des cryptoactifs, ces deux notions appelant des constellations de cas différentes.

3. Chose fongible ou somme d'argent ?

[9] En outre, la notion de dépôt irrégulier (art. 481 [CO](#)), dont l'hypothèse est celle qui est la plus assimilable au cas d'un dépôt de cryptoactifs, ne semble viser d'après la lettre du texte de cet article, que les « **sommes d'argent** ». En réalité, la notion est large et s'applique à toute chose fongible, dont par exemple les papiers-valeurs⁵.

[10] Dans le cas des cryptoactifs tel que les cryptomonnaies qui représentent des moyens de paiements (ex. BTC), une application stricte des règles sur le dépôt irrégulier appert à première vue exclue du fait que de tels jetons ne peuvent pas être qualifiés de sommes d'argent. Ceci ressort du fait que les jetons représentent le plus souvent des valeurs qui ne sont ni des monnaies légales, ni n'incorporent de contreparties juridiques. En outre, on relèvera que les cryptoactifs peuvent alternativement constituer des papiers-valeurs ou titres analogues dans la mesure où les jetons, en tant que titres, sont assimilables à des catégories de titres existantes (ex. droit-valeur, droit-valeur inscrits⁶).

[11] En tout état de cause, on devrait selon nous admettre que les cryptomonnaies entrent généralement sous la notion de choses fongibles (art. 71 [CO](#)), ce qui rend les règles sur le dépôt irrégulier applicables. Toutefois, on notera que ce point est débattable dès lors que certains Protocoles attribuent un caractère unique à leurs jetons, ce qui les rend irremplaçables et donc non-fongibles (ex. des NFTs). De même, le fait que le nombre de jetons soit strictement limité à un nombre réduit par le Protocole pourrait à notre sens faire pencher la balance vers le constat qu'un jeton n'est pas fongible.

[12] Ceci posé, on note néanmoins que les jetons de paiements et les monnaies fiats sont assez similaires dans les faits. La reconnaissance par des Etats de certaines cryptomonnaies en tant que monnaie ayant cours légal (ex. le BTC au Salvador en 2021) pourrait à terme donner lieu à une assimilation plus évidente des jetons de paiements vis-à-vis de la notion même de « somme d'argent ». De plus, un tel raisonnement analogique pourrait être notamment justifié dans le but de maintenir une égalité de traitement entre les jetons de paiement et les monnaies fiduciaires, notamment dans le contexte de la régulation bancaire⁷. Cette assertion n'aurait toutefois pas d'effet pratique vis-à-vis du dépôt irrégulier dès lors que les jetons seraient déjà considérés comme des choses fongibles.

4. Les « dépôts du public »

[13] Les **dépôts du public** sont définis à l'art. 5 [OB](#) de façon lapidaire comme « *tous les engagements envers les clients* ». Cette définition forme un élément nodal du champ d'application de la LB comme discuté plus haut (cf. art. 1a [LB](#) et 1b LB). Il ressort de l'interprétation de la FINMA ([Circ.-FINMA 08/3](#), n°10) que tous les passifs entrent dans cette catégorie, dont l'interprétation est volontairement large. Partant, la qualification des actifs au sein du bilan de l'intermédiaire est déterminante. De plus, on note que dans les textes de la LB, la notion de dépôt du public (art. 5 [OB](#)) et de cryptoactifs (art. 5a [OB](#)) coexistent nommément. Partant, ces notions ne s'excluent pas mais s'additionnent l'une à l'autre.

[14] Par conséquent, un jeton peut théoriquement rentrer à la fois sous la notion de cryptoactifs ou de celle de dépôt du public suivant les cas d'espèce. Toutefois, en principe, **la FINMA dans sa pratique ne considère pas les cryptoactifs conservés de manière exclusive par l'intermédiaire comme des « dépôts du public »** au sens de l'art. 5 [OB](#). Leur conservation ne nécessite donc en principe *pas d'autorisation au titre de banque* (art. 1a [LB](#)), le texte de l'art. 1a LB ne mentionnant que les « *dépôts du public* » et pas les cryptoactifs. Du reste, l'autorisation au titre de la licence FinTech est étudiée plus bas.

[15] Dans cette même veine, dès lors que les cryptoactifs ne sont pas qualifiés de dépôts du public au sens de l'art. 5 [OB](#) mais seulement en tant que cryptoactifs au travers de 5a OB, leur conservation n'aura par conséquent pas non plus d'influence sur les **exigences de fonds propres** que doit détenir l'intermédiaire dépositaire en lien avec les dépôts du public qu'il conserve. Toutefois, la conservation des cryptoactifs peut tout de même avoir un effet sur les fonds propres nécessaires. En effet, même lorsque les cryptoactifs ne constituent pas des dépôts du public la FINMA pourra alors décider de rehausser la **valeur minimum du capital** de la société soumise à la licence FinTech afin de prendre en compte le risque de l'activité (art. 17a al. 2 [OB](#)) dans l'hypothèse où ceux-ci sont conservés à titre de dépôt collectif et qu'une licence FinTech au terme de l'art. 1b [LB](#) est nécessaire.

5. Les « cryptoactifs » en dépôt collectif ou individuel, détenus on-chain ou off-chain

[16] Les **cryptoactifs** sont définis de manière générale comme les actifs détenus en tout temps par l'intermédiaire pour le compte de son client, et 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 (art. 5a **OB**). En outre, le Conseil fédéral s'est réservé la prérogative de pouvoir **désigner** directement et nommément quels jetons spécifiques tomberaient sous la définition de cryptoactifs (art. 1b al. 1 let. a **LB**). Toutefois, il n'a pas encore usé de cette possibilité pour l'heure.

[17] Du point de vue de la réglementation bancaire, la LB prévoit que seule la conservation des cryptoactifs au sens de l'art. 5a **OB**, c'est-à-dire des **cryptoactifs en dépôt collectif**, nécessitent une licence FinTech selon l'art. 1b **LB**. Par conséquent, la méthode de conservation, qui permet de différencier le dépôt collectif du dépôt individuel, revêtra une importance cruciale afin de déterminer la régulation de l'activité.

[18] Au surplus, parmi les types et méthodes de conservation des cryptoactifs existantes, on distingue entre les cryptoactifs détenus à titre individuel sur une adresse ou un compte particuliers (*dépôt individualisé*), à titre collectif sur une adresse ou un compte omnibus (*dépôt collectif*), ou encore sur la blockchain (*on-chain individualisé ou collectif*), voir en dehors de la blockchain (*off-chain individualisé ou collectif*).

6. Les « valeurs déposées »

[19] Les **valeurs déposées** sont définies à l'art. 16 **LB**, dont l'al. 1 ch. 1^{bis} (let. a & let. b) vise désormais explicitement les cryptoactifs. En adéquation avec le contenu de cet alinéa, les cryptoactifs sont généralement considérés comme des valeurs déposées indépendamment de leur méthode de conservation que cela soit on-chain ou off-chain, de manière individualisée ou collective. Dans tous les cas, les cryptoactifs seront qualifiés de valeurs déposées au sens de l'art. 16 al. 1 ch. 1^{bis} let. a (individuel) ou let. b (collectif) **LB**.

[20] La conséquence principale de cette qualification est la **distraction de cryptoactifs** déposés vis-à-vis des actifs de la Banque en cas de faillite de l'intermédiaire (art. 37d **LB**). En passant, on relève que les cryptoactifs même distraits lors de la faillite bancaire pourront être **revendiqués** par le déposant dans le cadre de la faillite selon les règles générales aux conditions de l'art. 242a **LP**⁸. Cette dernière pourra avoir lieu indépendamment de leur qualification au bilan ou de leur méthode de conservation.

[21] Enfin la FINMA peut, si elle le juge nécessaire, fixer un **montant maximal de cryptoactifs** que l'intermédiaire pourra détenir, que ce dernier ait la qualité de Banque ou de FinTech (art. 4^{sexies} **LB**). Afin de guider l'application de cette mesure, la FINMA tient en particulier compte de la fonction des cryptoactifs, des technologies sous-jacentes ainsi que des facteurs de réduction des risques. Au-delà du montant maximum, des fonds propres supplémentaires ou un rehaussement du capital minimum de l'art. 1b **LB** pourra être requis ; alternativement l'intermédiaire pourra à loisir décider de faire figurer lesdits cryptoactifs dans son bilan, ce qui aura pour conséquence d'augmenter les fonds propres nécessaires à son activité.

[22] A notre sens, art. 4^{sexies} **LB** devrait aussi s'appliquer aux intermédiaires non-régulés en tant que Banque ou Fintech dès lors qu'ils détiennent eux aussi des valeurs déposées au sens de l'art. 16 **LB**. Ceci se justifie à notre sens dans un esprit d'égalité de traitement (débattable) et bien que le Message de la loi DLT, la lettre de l'art. 4^{sexies}, et l'analyse systématique de la LB ne

va pas nécessairement dans ce sens. Nous estimons néanmoins que cette interprétation serait davantage compatible avec une protection large des déposants et de la réputation de la place financière suisse. Toutefois on note que des difficultés liées à la surveillance existeraient alors, ces intermédiaires n'étant ni qualifiés de Banque ou de FinTech, ils ne seraient en effet pas soumis à une obligation active de déclarer les montants des cryptoactifs déposés.

7. Conclusion

[23] Dans le cadre des autorisations du droit bancaire, l'art. 1a [LB](#) (Banque) ne vise suivant la lettre de son texte que les dépôts du public et ne mentionne pas les cryptoactifs quel que soit le type de dépôt (individuel ou collectif) auxquels ils se rattachent. Contrairement à l'autorisation bancaire, la licence Fintech (art. 1b [LB](#)) est plus large et vise à la fois les dépôts du public mais aussi les cryptoactifs. Toutefois, l'art. 1b [LB](#) ne vise que les cryptoactifs détenus à titre de dépôt collectifs (voir art. 1b al. 1 let. a [LB](#) en lien avec la définition de cryptoactifs retenue par l'art. 5a [OB](#) et l'art. 16 al. 1^{bis} let. b [LB](#)⁹).

[24] Par conséquent, les dépôts et la conservation individualisée sur la blockchain des cryptoactifs (**dépôt on-chain individualisé**) telle que visée à l'art. 16 al. 1^{bis} let. a [LB](#), ne requiert donc aucune autorisation au titre de la [LB](#)¹⁰ tant qu'ils ne produisent pas d'intérêts et ne font pas l'objet d'opérations actives. Ces cryptoactifs en dépôt individuel on-chain pourront être détenus en quantité illimitée, hors bilan et ils pourront être distraits en cas de faillite, voir revendiqués par les déposants au titre des règles générales de la LP.

[25] A notre avis, l'acceptation illimitée de crypto actifs sans obligation de requérir d'autorisation est critiquable car elle fait peser un risque sur la sécurité des déposants, qui se retrouvent moins biens protégés que dans les cas des dépôts du public et des dépôts collectifs de cryptoactifs quand bien même ces activités se ressemblent. A l'inverse, cet espace de respiration au sein de la régulation pourrait permettre à des modèles d'affaires intéressants d'être attirés par la Suisse, ce qui résulterait à la création d'un avantage compétitif. L'avenir nous le dira!

GABRIEL JACCARD, Candidat doctorant UNIGE, Partenaire fondateur d'Arbitri, Genève 2021.

Remerciements: M.Loïc Staub, Mme Anne-Grace Kleczewski et M. Leandro Lepori pour leur discussion.

-
- 1 Message du 27 novembre 2019 relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués, [FF 2020 223](#) (lex DLT) ; [Ordonnance du Conseil fédéral sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués du 18 juin 2021 \(acte modificateur\)](#).
 - 2 FEDOR POSKRIAKOV, Conservation et négoce de cryptoactifs – aspects choisis du droit des marchés financiers, in : droit et économie du numérique CEDIDAC, 2021.
 - 3 FEDOR POSKRIAKOV, Conservation et négoce de cryptoactifs – aspects choisis du droit des marchés financiers, in : droit et économie du numérique CEDIDAC, p. 104.
 - 4 MME, Custody von Digital Assets unter Schweizer Recht, in : Weblaw Forum LegalTech, Die Regulierung von Blockchain-Technologie, 26 août 2021. Toutefois, la LBA reste potentiellement applicable en cas de contrôle partiel.
 - 5 GUILLAUME BRAIDI/RICHARD BARBEY, in: CR-CO I, 3ème éd. 2021, ad art. 481, n°2.
 - 6 Dans cette hypothèse, le jeton peut être considéré dans un dépôt irrégulier du fait qu'il représente un papier-valeur.

- 7 Message du 27 novembre 2019 relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués, p.19.
- 8 On note que cette hypothèse ne concerne que le cas d'une conservation indirecte. En effet, si le Client conserve un accès direct à ses cryptoactifs, la revendication n'est alors plus nécessaire.
- 9 L'article prévoit que : « Les cryptoactifs au sens de l'art. 1 b al. 1 let. a LB sont les actifs visés à l'art. 16 ch. 1^{bis} let. b LB (cryptoactifs en dépôt collectif) ».
- 10 En principe, une autorisation au titre de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) reste toutefois en principe nécessaire. Nous ne traiterons pas plus avant de la LBA dans la présente contribution.

Aucun commentaire

Es gibt noch keine Kommentare

** Pflichtfelder*

Was ist Ihr Kommentar?

Thème:

Votre commentaire: *

Name: *

Senden

Votre commentaire est vérifié par un modérateur ou une modératrice et sera activé prochainement.