



THOMAS GOOSSENS, Avocat associé, BianchiSchwald
STÉPHANIE CHUFFART-FINSTERWALD, Avocat, BianchiSchwald

ICOs en Suisse: des réponses à toutes les questions?

La Suisse est un écosystème favorable pour les levées de fonds en cryptomonnaies (ou initial coin offerings, ICOs). Le droit suisse n'a pas encore appréhendé ces opérations de financement et ce vide juridique favorise une approche légale pragmatique mais crée simultanément une incertitude qui peut décourager les milieux concernés, les orientant vers d'autres marchés comme le Liechtenstein. En effet, l'initiateur d'une ICO doit – avant toute levée de fonds et sous peine de sanctions – déterminer si et dans quelle mesure son opération est assujettie aux réglementations sur les marchés financiers, en qualifiant le jeton numérique qu'il va créer et, cas échéant, requérir les autorisations préalables nécessaires. Or la qualification de ces jetons n'est pas chose aisée.

Le 16 février dernier, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés (FINMA) a publié un guide pratique pour les questions d'assujettissement concernant les ICOs, communiquant aux acteurs du marché quelques critères relatifs à l'assujettissement des ICOs aux règles régissant les marchés financiers.

En premier lieu, ce guide pratique liste les exigences relatives aux demandes d'assujettissement et offre en annexe une checklist des informations minimales à fournir à la FINMA dans le cadre d'une demande d'assujettissement, permettant ainsi d'en accélérer le processus d'examen.

Plus intéressant, le guide pratique expose les principes d'évaluation des demandes d'assujettissement et classe les catégories de jetons, consacrant une approche fondée sur la fonction économique des jetons. Ces catégories – qui ne s'excluent pas mutuellement – sont les suivantes:

(a) les jetons de paiement, à savoir les cryptomonnaies dites «pures», acceptées comme moyens de paiement conventionnels ou servant au fonctionnement d'une blockchain soit à la transmission de fonds et de valeurs; (b) les jetons d'utilité, c'est-à-dire les jetons donnant accès à un usage ou à un service numérique et s'appuyant sur une infrastructure de type blockchain et (c) les jetons d'investissement, catégorie regroupant tous les jetons représentant des valeurs patrimoniales. L'enjeu de la classification est de déterminer si les jetons

LE GUIDE PRATIQUE EXPOSE LES PRINCIPES D'ÉVALUATION DES DEMANDES D'ASSUJETTISSEMENT ET CLASSIFIE LES CATÉGORIES DE JETONS.

envisagés doivent être considérés comme des valeurs mobilières au sens de la Loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF). Le guide est particulièrement utile à ce titre puisqu'il indique que la FINMA ne traite ni les jetons de paiement ni les jetons d'utilité conférant uniquement un droit à la date d'émission comme des valeurs mobilières. A l'inverse la FINMA qualifie de valeurs mobilières les jetons d'investissement ainsi que les jetons d'utilité conférant une fonction économique d'investissement totale ou partielle, par exemple ceux donnant droit à des parts de revenus futurs d'une entreprise ou à des

flux de capitaux futurs. A ce titre, il sied de préciser que les jetons d'investissement et les jetons d'utilité peuvent être de nature hybride et sont alors qualifiés cumulativement comme valeur mobilière et moyen de paiement. En cas de qualification comme valeur mobilière, les conséquences juridiques découlent des lois régissant les marchés financiers (LIMF et Loi fédérales sur les bourses notamment).

Le guide pratique expose encore brièvement les conséquences juridiques d'une qualification de l'émission des jetons comme des dépôts, de l'applicabilité de la Loi fédérale sur les placements collectifs ainsi que de la Loi fédérale sur le blanchiment d'argent (LBA), et les conséquences juridiques d'un tel assujettissement à la LBA.

Ainsi, ce guide pratique constitue une avancée bienvenue dans l'absolue nécessité de clarifier la situation juridique complexe que représentent les opérations d'ICO et le traitement des jetons. De nombreuses questions fondamentales restent cependant ouvertes, notamment celles de la qualification de ces jetons en droit civil, ainsi que du traitement fiscal et comptable des ICOs. Nul doute que le droit suisse devra entre autres s'inspirer des développements internationaux en cours afin d'assurer une harmonisation minimale avec les standards qui y seront établis, ces jetons s'accommodant par nature assez mal de restrictions juridiques géographiques. L'exemple du processus d'adoption de la réglementation régissant les titres intermédiés en 2008, en ce qu'il s'était avant tout inscrit dans un effort d'harmonisation internationale, pourrait à ce titre servir d'exemple. ■