



Olivier Hari*

La revendication et la distraction d'office d'actifs dans une procédure d'insolvabilité: application des principes aux monnaies cryptographiques

Table des matières

- I. Introduction
- II. La protection du détenteur d'un «portemonnaie» de bitcoins
 - A. Aspects techniques de l'acquisition, la conservation et des transactions portant sur des bitcoins
 - B. La conservation professionnelle de données relatives à un portemonnaie de bitcoins: activité soumise à autorisation?
 - 1. Typicité de l'activité bancaire exercée à titre professionnel et non professionnel
 - 2. Typicité de l'activité de négociant en valeurs mobilières
 - 3. Application des principes à l'activité de conservation d'informations et de négoce de bitcoins
 - C. Le bitcoin, un actif saisissable et sujet à revendication?
 - 1. Rappel des principes généraux relatifs à la composition de la masse active
 - 2. La saisie et la revendication des bitcoins, et la protection de l'ayant-droit
- III. Conclusion

I. Introduction

En ce début du XXI^e siècle, il est désormais difficile de faire abstraction d'un phénomène en plein essor, à savoir la digitalisation et la dématérialisation des moyens de paiement et des produits financiers, et surtout l'arrivée d'une nouvelle technologie de stockage et de transmission d'informations, la chaîne de blocs (*blockchain*), plus généralement appelée Distributed Ledger Technology (DLT).

Jusqu'à présent, l'émergence de l'informatique et de microprocesseurs de plus en plus puissants et de plus en plus petits n'avait eu que peu d'effet sur l'architecture des transactions financières, qui est demeurée au fil du temps classique: les établissements bancaires jouaient, et jouent toujours, le rôle d'un tiers de confiance, dans un système dit centralisé. Ce n'est qu'en terme de rapidité des transactions, avec en particulier l'apparition des tran-

sactions à haute fréquence (*high-frequency trading*), de nombre de transactions, d'accès aux données relatives à son compte bancaire et au trafic de paiement, ou encore en termes de coûts des transactions, que l'informatique a déployé des effets bien perceptibles.

En 2008 eut lieu l'une des plus graves crises financières de l'histoire des banques. Plusieurs établissements bancaires firent face à de très importantes difficultés financières, et certains furent déclarés en faillite et disparurent purement et simplement du paysage bancaire. Coïncidence ou non, c'est également vraisemblablement vers la fin de l'année 2008 que la première chaîne de blocs apparut (*Bitcoin Core*, en tant que logiciel et architecture d'une chaîne de blocs), et avec elle la première cryptomonnaie, ou monnaie programmable (bitcoin)¹.

Cette technologie reposant sur la chaîne de blocs consacrait alors une (r)évolution majeure, car l'architecture de la base de données n'était plus centralisée, mais distribuée, le réseau était ouvert (*peer-to-peer*), l'intégralité des transactions connue, mais l'anonymat des personnes prenant part aux transactions *a priori* préservée, les enregistrements dans la chaîne de blocs irréversibles, non falsifiables, impossibles à effacer et instantanés ou presque, et les transactions pouvaient même s'exécuter automatiquement une fois certaines conditions, enregistrées dans le code informatique, réunies². Transposée en matière de transactions bancaires, cette architecture simplifiée a une conséquence notoire en matière de trafic de paiement, à savoir la disparition du tiers de confiance et du compte de compensation.

D'autres chaînes de blocs que le bitcoin ont par la suite été créées, et en particulier des chaînes de blocs permettant l'exécution automatique de contrats (*Smart Contracts*): dans ce cas, l'exécution d'un contrat est effectuée automatiquement dès lors que les conditions de son exécution sont remplies, le contrat, les conditions

* Olivier Hari, Prof. Dr. iur., Chaire de droit des sociétés, de l'entreprise et des marchés financiers (UniNE), droit de l'insolvabilité (UniGE, ECAV), avocat (Schellenberg Wittmer SA, Genève/Zurich). L'auteur remercie Roland Mathys, avocat (associé, Schellenberg Wittmer SA, spécialiste en Information and Communication Technology), de la qualité des échanges en lien avec cette publication et d'avoir généreusement accepté de partager certaines de ses idées relatives à la Blockchain et au Bitcoin avec l'auteur.

¹ SATOSHI NAKAMOTO, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, disponible sur <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017).

² C'est ce que l'on appelle les *Smart Contracts*. Cf. MARCO IANSITI/KARIM R. LAKHANI, The Truth about Blockchain, Harvard Business Review 95, n° 1 (January–February 2017), 118–127, 118.

d'exécution et l'exécution elle-même étant prévues dans un code informatique. L'on parle ici en particulier d'organisations autonomes décentralisées (DAOs) basées sur la *Distributed Ledger Technology* (DLT), sortes de communautés de personnes désireuses de financer un projet, voire une entreprise, au moyen de cryptomonnaie, et non pas de monnaie ayant cours légal. Le *crowdfunding* rejoint ici les cryptomonnaies et la technologie de la chaîne de blocs. Les possibilités et les cas d'application offerts par la technologie reposant sur les chaînes de blocs – qualifiée de technologie *foundational*, et également *disruptive* – semblent infinies et les exemples qui précèdent ne sont qu'un aperçu des enjeux³.

Les nouvelles modalités de transfert de valeurs, de paiement, et même d'exécution de contrats, qu'offrent les chaînes de blocs, sont séduisantes, et d'aucuns prévoient déjà la mort du système bancaire actuel consacrant le principe du tiers de confiance et des comptes de compensation, ainsi d'ailleurs que la disparition de tout litige en lien avec l'exécution des *Smart Contrats*, le code étant vraisemblablement infalsifiable. Toutefois, à ce jour, le cadre légal (en particulier le droit des obligations, le droit de l'exécution forcée et le droit bancaire réglementaire) n'a pas encore été adapté pour tenir compte de ces (r) évolutions. La présente contribution vise à déterminer quel est le cadre légal applicable à ce jour en Suisse, et si ce cadre légal suisse devrait être adapté pour mieux protéger les parties en présence en cas d'insolvabilité, en particulier les détenteurs de bitcoins faisant appel à des prestataires de service en ligne pour gérer leur portemonnaie.

II. La protection du détenteur d'un «portemonnaie» de bitcoins

A. Aspects techniques de l'acquisition, la conservation et des transactions portant sur des bitcoins

A moins d'être mineur, c'est-à-dire une personne, ou plus vraisemblablement un ensemble d'ordinateurs validant des transactions effectuées au moyen du bitcoin, lequel est rémunéré pour son activité par la création de nouveau bitcoins, celui qui souhaite entrer en possession de bitcoins doit les acquérir d'un tiers qui dispose déjà de bitcoins. Il doit en d'autres termes conclure un contrat,

par lequel le vendeur de bitcoins vend à l'acquéreur de bitcoins un certain nombre de bitcoins ou de fractions de bitcoins (jusqu'à 8 décimales après la virgule), moyennant paiement par l'acquéreur de bitcoins d'une somme d'argent (contrat de vente), ou la fourniture de biens ou de service rémunérés en bitcoins (contrat d'échange). Le bitcoin ne constitue pas en Suisse une unité monétaire ayant cours légal⁴. Aucun taux de change universel n'est applicable en l'état; seules des plateformes privées déterminent la valeur d'un bitcoin, en fonction de l'offre et de la demande.

Pour recevoir des bitcoins, il faut que l'utilisateur possède une adresse Bitcoin, appelée clef publique – que l'on peut comparer à une sorte d'IBAN – qui se présente comme suit: 1GERarDJyXsANQqWGGdC3C26GA8K9yMQ7n⁵. Cette adresse-clef publique est le seul identifiant de l'utilisateur dans l'infrastructure Bitcoin, qui repose sur un anonymat total tant et aussi longtemps que le détenteur de bitcoins n'échange pas ses bitcoins contre une monnaie ayant cours légal, c'est-à-dire tant qu'il ne sort pas de l'infrastructure Bitcoin et n'échange pas ses bitcoins contre des CHF, USD, EUR etc. L'adresse Bitcoin est un peu comparable au numéro d'un compte bancaire: c'est en communiquant cette adresse que l'utilisateur peut recevoir des bitcoins de tiers. Pour transférer des bitcoins à un autre utilisateur du système, une clef de stockage cryptographique privée confidentielle secp256k1 doit être générée par l'utilisateur transférant, laquelle a l'apparence suivante: 5JnAVQfqHBgZnoiF9T5E4PxyjKGEpHbS6z9VjTcqGAkrHjaJhAP⁶. Toute transaction (transfert ou réception) de bitcoins est automatiquement enregistrée dans les nœuds de la chaîne de blocs et est visible pour tous les autres utilisateurs du Bitcoin, en tant qu'infrastructure distribuée. La clef privée, seulement connue de l'utilisateur, permet de signer une transaction, et donc de dépenser et de convertir des bitcoins en monnaie ayant cours légal; elle sert de légitimation et si elle est perdue, les bitcoins associés à la clef privée seront eux aussi définitivement perdus, un peu comme si l'utilisateur perdait la seule clef d'accès à un coffre-fort inviolable. Les bitcoins ne disparaîtront pas pour autant, et pourraient devenir des choses sans maître⁷.

Le portemonnaie virtuel (*wallet*) auquel il est souvent fait référence est une notion quelque peu trompeuse qui recouvre en réalité les éléments énumérés ci-dessus; en effet, les bitcoins n'existent pas en tant que tels (même si certains bitcoins en pièce or ont été produites). Pour les

³ IANSITI/ LAKHANI (FN 2), 118: «With blockchain, we can imagine a world in which contracts are embedded in digital code and stored in transparent, shared databases, where they are protected from deletion, tampering, and revision. In this world every agreement, every process, every task, and every payment would have a digital record and signature that could be identified, validated, stored, and shared. Intermediaries like lawyers, brokers, and bankers might no longer be necessary. Individuals, organizations, machines, and algorithms would freely transact and interact with one another with little friction. This is the immense potential of blockchain».

⁴ Art. 1 et 2 LUMMP.

⁵ <https://bitcoin.fr/comment-creer-une-adresse-bitcoin-personnalisee/> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017).

⁶ <https://bitcoin.fr/comment-creer-une-adresse-bitcoin-personnalisee/> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017).

⁷ Pour autant qu'un portemonnaie de bitcoins soit une chose, ce qui fait l'objet de la présente contribution, cf. *infra*, chapitre II.C.2.c.

utilisateurs du Bitcoin, un portemonnaie virtuel se compose en fait de clefs de stockage secp256k1 (c'est-à-dire de clefs privées connues seulement de l'utilisateur, et des clefs publiques correspondantes) et du cache des transactions effectuées. La clef privée permet à l'utilisateur de dépenser le solde de bitcoins qu'il détient, alors que la clef publique permet à un tiers, co-contractant d'un utilisateur, de transférer à ce dernier des bitcoins dans le cadre d'une transaction. Le portemonnaie virtuel n'est donc rien d'autre que le solde mathématique résultant de l'addition et de la soustraction des bitcoins initialement acquis ou reçus, puis dépensés⁸. L'ensemble des transactions enregistrées dans la chaîne de blocs peut être filtré pour retrouver une transaction en fonction de la clef publique utilisée.

Plusieurs solutions techniques s'offrent à l'utilisateur qui souhaite conserver des bitcoins et les utiliser dans le cadre de transactions avec des co-contractants. Il peut télécharger un client Bitcoin (*Bitcoin Core* en particulier), et devenir ainsi un maillon de la *blockchain*; un client Bitcoin permet en effet non seulement d'avoir accès à un portemonnaie (*wallet*) de bitcoins, mais également d'héberger un nœud qui constitue une reproduction de la *blockchain*, et de visualiser et vérifier l'ensemble des transactions, de manière autonome. Une autre solution consiste à télécharger un logiciel permettant seulement de recevoir, dépenser et conserver des bitcoins sur sa propre machine, respectivement sur un support de données amovible (*cold wallet*, *stockage offline*), sans téléchargement de la chaîne de blocs. Dans ces deux cas, les clefs privées sont stockées auprès de l'utilisateur, soit sur le disque dur interne d'un ordinateur, soit sur une clef USB ou une carte mémoire, soit encore dans la mémoire de l'utilisateur (cerveau) sous forme de phrase, convertie ensuite en clef. Il existe également des générateurs de portemonnaies sur support solide (papier).

Il est aussi possible de faire conserver ses données relatives aux bitcoins, et de recevoir et transférer des bitcoins, par l'intermédiaire d'un prestataire de service, moyennant ouverture d'un compte utilisateur (pas au sens bancaire du terme) en ligne. Dans ce cas, il se peut que les clefs privées qui permettent l'échange de bitcoins soient conservées auprès d'un tiers, lequel les stockera sur ses propres supports de données, pour le compte de l'utilisateur, lequel est par ailleurs vivement encouragé à sauvegarder ses données sur ses propres supports, sans

pour autant que cela soit nécessaire techniquement pour effectuer des transactions⁹. Il se peut aussi, et c'est ce modèle qui semble le plus utilisé, que le prestataire de service ne soit en définitive qu'une sorte de porte d'entrée facilitant l'accès au Bitcoin (en tant qu'infrastructure), basé sur une interface API (*Application Programming Interface*, interface de programmation applicative). Dans ce cas, la plateforme mise à disposition de l'utilisateur ouvre simplement une porte d'accès simplifiée au système Bitcoin, permettant à l'utilisateur d'accéder au système depuis n'importe quel support (laptop, desktop, tablette, téléphone portable) et sans égard au système d'exploitation équipant le support. Au passage, l'utilisateur n'a plus besoin de télécharger la chaîne de blocs sur ses supports de données, qui pèse plus des 150 gigaoctets. Certains prestataires de service offrant en ligne de conserver, recevoir et dépenser des bitcoins créent automatiquement des clefs publiques (et donc également privées) nouvelles pour chaque transaction, accessibles ou non à l'utilisateur.

La conservation d'un portemonnaie de bitcoins par l'utilisateur est souvent comparée à la conservation d'un portemonnaie rempli de pièces de monnaies ou de billets de banque: si la clef cryptographique privée est perdue, respectivement devient inaccessible pour quelque raison que ce soit (i.e. l'ordinateur, la clef USB ou la carte mémoire sont volés, perdus, effacés ou saisis), l'utilisateur ne peut plus disposer de ses bitcoins, irrémédiablement, même s'ils continuent d'exister dans la chaîne de blocs; c'est la raison pour laquelle une sauvegarde régulière des clefs cryptographiques privées sur divers supports personnels, y compris physiques (papier) est recommandée.

Tout autre est la situation de l'utilisateur effectuant des transactions en bitcoins par l'intermédiaire d'un prestataire de service offrant en particulier des services en ligne. Les développements qui suivent visent à déterminer si, en l'état actuel des règles générales du droit de l'exécution forcée et des règles spéciales du droit des marchés financiers, les avoirs en bitcoins sont susceptibles, en cas de faillite ou d'autres procédures collectives de liquidation ouvertes contre le prestataire de service, d'être inventoriés comme des actifs du failli et de tomber irrémédiablement dans la masse en faillite du débiteur, et s'il existe des mécanismes juridiques permettant à l'utilisateur de se faire restituer son avoir, respectivement d'obtenir une compensation financière en lieu et place du portemonnaie de bitcoins.

⁸ <https://blockchain.info/Resources/TermsOfServicePolicy.pdf> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017): «10.5. No Storage or Transmission of Virtual Currency. A Virtual Currency is an intangible, digital asset. They exist only by virtue of the ownership record maintained in the underlying Virtual Currency network. The Services do not store, send or receive Virtual Currency. Any transfer of title that might occur in any Virtual Currency occurs on the decentralized ledger within the Virtual Currency network and not within the Services. We do not guarantee that the Service can affect the transfer of title or right in any Virtual Currency».

⁹ <https://blockchain.info/Resources/TermsOfServicePolicy.pdf> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017): «10.1 As described in more detail below, the Services, among other things, provide in-browser (or otherwise local) software that (a) generates and stores Virtual Currency Wallet Addresses and encrypted Private Keys (defined below), and (b) Facilitates the submission of Virtual Currency transaction data to the relevant Virtual Currency network without requiring you to download or install the associated Virtual Currency network software to your local device».

B. La conservation professionnelle de données relatives à un portemonnaie de bitcoins: activité soumise à autorisation?

Déterminer (1) si un portemonnaie de cryptomonnaie est susceptible d'être inventorié dans une procédure de faillite ou une autre procédure collective de liquidation touchant un prestataire de service actif dans le domaine des transactions portant sur des bitcoins et (2) les droits du véritable ayant-droit dans l'un ou l'autre cas impose au préalable de se poser la question de la nature de l'activité des prestataires de service précité au regard du droit des marchés financiers.

Autrement dit, il convient de se demander si l'activité de conservation d'informations relatives aux bitcoins – car un solde de bitcoins n'est rien d'autre qu'une série de chiffres stockés sur des supports de données – constitue une activité typiquement bancaire ou de négociant en valeurs mobilières, exigeant de celui qui l'exerce une autorisation délivrée par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA en tant que banque ou en tant que négociant en valeurs mobilières.

Si la réponse est positive, alors les dispositions de la LB relatives à la garantie des dépôts¹⁰ et à la distraction d'office¹¹ seraient susceptibles de s'appliquer, pour autant que les conditions matérielles de leur application soient par ailleurs remplies. Si la réponse est négative, seules les dispositions de la LP, notamment celles relatives à la revendication¹², pourraient potentiellement être mises en œuvre, si et seulement si les conditions matérielles d'une revendication sont remplies s'agissant d'un portemonnaie de bitcoins.

En tous les cas, il conviendra d'examiner si le dépôt de bitcoins fait naître une créance de l'ayant-droit contre le dépositaire, ou plutôt une prétention réelle.

1. Typicité de l'activité bancaire exercée à titre professionnel et non professionnel

Une banque est une entreprise qui fait le commerce de l'argent¹³. Économiquement, son activité est généralement décrite comme celle consistant à générer un bénéfice grâce aux opérations sur marge d'intérêts: une banque accepte des dépôts du public qu'elle rémunère à un taux déterminé et qui figurent au passif de son bilan; elle accorde par ailleurs des prêts et ouvre des lignes de crédits, tout en percevant des intérêts sur les sommes prêtées, qui constituent des postes de l'actif de son bi-

lan¹⁴. Juridiquement, est réputée déployer une activité bancaire, soumise à autorisation de la FINMA, l'entreprise qui alternativement accepte des dépôts, du public, à titre professionnel, tout en étant principalement active dans le domaine financier¹⁵, ou emprunte «pour un montant d'au moins 500 millions de francs auprès d'au moins cinq banques dans le but de financer [...] un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises avec lesquelles elles ne forment pas une entité économique»¹⁶.

Plus précisément, constituent des banques les entreprises actives principalement dans le secteur financier et qui en particulier (a) acceptent des dépôts du public à titre professionnel ou font appel au public pour les obtenir, ou (b) se refinancent dans une mesure importante auprès de plusieurs banques ne participant pas de manière notable à leur capital dans le but de financer pour leur propre compte, de quelque manière que ce soit, un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises avec lesquelles elles ne forment pas une entité économique¹⁷. Est réputé être actif dans le domaine financier, quiconque (a) fournit pour compte propre ou à titre d'intermédiaire des services financiers, en particulier pratique pour lui-même ou pour des tiers les opérations de crédit ou de dépôt, le négoce des valeurs mobilières, les opérations de placement de capitaux ou la gestion de fortune; ou (b) détient des participations qualifiées concernant principalement des sociétés actives dans le domaine financier (société holding)¹⁸.

En application de l'art. 6 OB et de la Circulaire FINMA 2008/3, est réputé agir à titre professionnel «celui qui accepte de l'argent de plus de 20 déposants ou fait appel au public pour obtenir des dépôts, même si le nombre de dépôts obtenus est inférieur à 20»¹⁹. La notion de dépôts du public est définie négativement par l'art. 5 OB²⁰.

Depuis le 1^{er} août 2017, un bac à sable (*sandbox*) a été instauré pour permettre le test et le développement d'activités novatrices en lien notamment avec la technologie de la chaîne de blocs. Ainsi, est désormais réputé ne pas agir à titre professionnel celui qui, sur une longue période, accepte plus de 20 dépôts du public ou fait appel au public pour les obtenir s'il accepte des dépôts du public d'un montant total de 1 million de francs au maximum (art. 6 al. 2 let a. OB), s'il n'investit ni ne rémunère ces

¹⁰ Art. 37b ss LB.

¹¹ Art. 37d LB.

¹² Art. 106 ss LP.

¹³ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 2 février 1934, FF 1934 I 183.

¹⁴ BSK BankG-BAHAR/STUPP, art. 1 N 2.

¹⁵ Art. 2 al. 1 OB. S'agissant de la définition de dépôt du public, et de dépôt, cf. *supra*, chapitre II.B.1.a.

¹⁶ CHRISTIAN BOVET/URSULA CASSANI/ANNE HÉRITIER LACHAT/OLIVIER HARI, Intermédiaires financiers, in: Christian Bovet (édit.), Finanzmarktaufsicht/Surveillance des marchés financiers, Bâle 2016, 76 § 4; art. 2 al. 2 OB.

¹⁷ Art. 2 al. 1 OB.

¹⁸ Art. 4 al. 1 lit. a OB.

¹⁹ Circulaire FINMA 2008/3 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires. Acceptation à titre professionnel de dépôts du public par des établissements non bancaires au sens de la loi sur les banques, cm 9.

²⁰ Cf. *supra*, chapitre II.C.1.c.iii.

dépôts (art. 6 al. 2 let b. OB) et s'il informe les déposants, par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte, avant que ceux-ci n'effectuent le dépôt qu'il n'est pas surveillé par la FINMA, et que le dépôt n'est pas couvert par la garantie des dépôts (art. 6 al. 2 let c. OB). Celui qui remplit les conditions de l'al. 2, let. a et c, n'agit pas non plus à titre professionnel au sens de la LB s'il exerce une activité artisanale et industrielle comme activité principale et qu'il utilise les dépôts du public pour financer cette activité (art. 6 al. 3 OB).

a. Le dépôt du public

La notion de dépôt, et par ricochet de déposant, recouvre en réalité deux notions distinctes: celle de dépôt d'argent (dépôt du public), faisant naître une créance en faveur du déposant, et celle de dépôt de choses mobilières, consacrant une prétention réelle en faveur du déposant, découlant d'un contrat *sui generis* relevant principalement du contrat de mandat et de dépôt²¹.

Par dépôt, il faut tout d'abord entendre au sens du droit européen «un solde créditeur résultant de fonds laissés en compte ou de situations transitoires provenant d'opérations bancaires normales, que l'établissement de crédit doit restituer conformément aux conditions légales et contractuelles applicables, y compris un dépôt à terme et un dépôt d'épargne, mais à l'exclusion d'un solde créditeur lorsque (a) son existence ne peut être prouvée que par un instrument financier au sens de l'article 4, paragraphe 17, de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil, sauf s'il s'agit d'un produit d'épargne dont l'existence est prouvée par un certificat de dépôt établi au nom d'une personne nommément désignée et qui existe dans un État membre le 2 juillet 2014; (b) son principal n'est pas remboursable au pair; et (c) son principal n'est remboursable au pair qu'en vertu d'une garantie particulière ou d'un accord particulier donnés par l'établissement de crédit ou par un tiers»²². Le droit suisse consacre une présomption de «dépôt du public» pour «tous les engagements envers les clients»²³.

La loi définit également négativement la notion de dépôt du public, et de dépôt. De par la loi ne sont pas des dépôts du public: les dépôts (a) de banques suisses ou étrangères ou d'autres entreprises faisant l'objet d'une surveillance de l'Etat; (b) d'actionnaires ou d'associés du débiteur qui détiennent des participations qualifiées; (c) de personnes qui ont des liens économiques ou familiaux avec celles visées à la let. b; (d) d'investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre professionnel; (e) d'employés

et de retraités d'une entreprise lorsque les fonds sont déposés auprès de celle-ci; ou (f) de déposants auprès d'associations, de fondations ou de sociétés coopératives qui ne sont pas actives dans le domaine financier, poursuivent un but idéal ou d'entraide mutuelle et utilisent les dépôts exclusivement à cette fin, et détiennent ceux-ci pour une durée de six mois au minimum²⁴.

Par ailleurs, de par la loi, ne sont pas considérés comme des dépôts (a) les fonds reçus en contrepartie d'un contrat de transfert de propriété ou de prestations de services, ou remis à titre de garantie; (b) les emprunts par obligations et les autres obligations émises sous une forme standardisée et diffusées en grand nombre ou les droits ayant la même fonction (droits-valeurs), lorsque les créanciers sont informés de manière équivalente aux prescriptions prévues par l'art. 1156 CO; (c) les soldes en compte de clients auprès de négociants en valeurs mobilières ou en métaux précieux, auprès de gérants de fortune ou d'entreprises analogues qui servent uniquement à exécuter des opérations de clients, lorsqu'aucun intérêt n'est versé sur les comptes et, pour autant qu'il ne s'agisse pas de comptes clients de négociants en valeurs mobilières, que l'exécution ait lieu dans un délai de 60 jours²⁵; (d) les fonds dont l'acceptation est liée de manière indissoluble à un contrat d'assurance sur la vie, à la prévoyance professionnelle ou à d'autres formes reconnues de prévoyance au sens de l'art. 82 LPP; (e) les fonds de faible montant affectés à un moyen de paiement ou à un système de paiement, lorsqu'ils servent uniquement à l'acquisition future de biens ou de services et ne produisent pas d'intérêt; (f) les fonds dont le remboursement et la rémunération sont garantis par une banque (garantie du risque de défaillance)²⁶.

Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral²⁷, «[d]ie Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird»²⁸. Tout récemment, le Tribunal fédéral a précisé cette définition comme suit: «Als Einlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG gelten, wie zutreffend in Art. 5 Abs. 1 BankV umschrieben, sämtliche nicht ausgenommenen Verbindlichkeiten gegenüber Kundinnen und Kunden in der Form, dass der

²¹ BSK BankG-Hess/Zbinden, art. 1 N 2, art. 16 N 13; Daniel A. Guggenheim/Anath Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5^e éd., Berne 2014, § 577.

²² Art. 2, ch.1 § 3 de la Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts.

²³ Art. 5 al. 1 OB.

²⁴ Art. 5 al. 2 let. a-f OB. Cf. également la Circulaire FINMA 2008/03 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, cm. 19-30.

²⁵ Alors qu'en pratique, il était exigé que les fonds ne soient pas conservés pendant plus de 7 jours sur un compte d'exécution, depuis le 1^{er} août 2017, le délai, inscrit dans la loi, a été augmenté à 60 jours (art. 5 al. 3 let. c ch. 2 OB).

²⁶ Art. 5 al. 3 let. a-f OB. Cf. également la Circulaire FINMA 2008/03 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, cm. 10-18^{bis}.

²⁷ TF, arrêt 2C_345/2015 du 24 novembre 2015, consid. 6.5. Voir également la contribution récente de Florian Schönknecht, Der Einlagebegriff nach Bankengesetz, GesKR 3|2016, 300-319.

²⁸ ATF 136 II 43, consid. 4.2.

Empfänger der Leistung zu deren Rückzahlungsschuldner wird.»

Un dépôt du public constitue donc une dette d'argent de la banque envers le déposant, découlant du transfert de fonds par le déposant à la banque sous forme de monnaie physique ou scripturale ayant cours légal, inscrite au passif du bilan de la banque, que le déposant est en droit de se faire rembourser en tout temps, respectivement conformément aux modalités convenues avec la banque²⁹.

b. Le dépôt de choses mobilières

Constitue un dépôt au sens strict du Code des obligations le fait pour le dépositaire de s'obliger envers le déposant à recevoir une chose mobilière que celui-ci lui confie et à la garder en lieu sûr³⁰. Les contrats de «dépôt» conclus désormais dans le domaine bancaire ne répondent pas à la définition du dépôt du Code des obligations, du fait de l'absence de transfert matériel, de l'absence de conservation par la banque elle-même des valeurs confiées, de la dématérialisation des papiers-valeurs, et des autres obligations consenties par la banque. L'art. 16 LB, lu avec l'art. 37d LB, ainsi que les art. 17 à 19 LTI, se réfère donc à une notion de dépôt entendue *lato sensu*³¹ et s'étend aux choses mobilières et aux titres déposés par les clients, aux choses mobilières, titres et créances que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants, et aux prétentions disponibles de la banque à des livraisons (obligation réelle) à l'encontre de tiers, résultant d'opérations au comptant, d'opérations à terme échues, d'opérations de couverture ou d'émissions pour le compte des clients déposants³², aux titres intermédiés inscrits au crédit d'un compte de titres que le dépositaire détient auprès d'un sous-dépositaire, aux titres que le dépositaire conserve lui-même sous la forme de papiers-valeurs en dépôt collectif, aux certificats globaux ou aux droits-valeurs inscrits à son registre principal, et aux prétentions librement disponibles (obligation réelle) du dépositaire à l'encontre de tiers portant sur la livraison de titres intermédiés résultant d'opérations au comptant, d'opérations à terme échues, d'opérations de couverture ou d'émissions pour le compte de titulaires d'un compte³³.

2. Typicité de l'activité de négociant en valeurs mobilières

Est réputé être un négociant en valeurs mobilières toute personne physique ou morale ou société de personnes qui, pour son compte, en vue d'une revente à court terme, ou pour le compte de tiers, achète et vend à titre professionnel des valeurs mobilières sur le marché secondaire, qui les offre au public sur le marché primaire ou qui crée elle-même et offre au public des dérivés³⁴. Pour être assujettie à l'obligation d'être autorisée par la FINMA en tant que négociant en valeurs mobilières, l'entreprise concernée doit en sus exercer cette activité à titre professionnel³⁵, et déployer une activité principalement dans le domaine financier³⁶.

Les notions de valeurs mobilières et de dérivés ou d'opérations sur dérivés sont définies par l'art. 2 let. b et c LIMF: constituent des valeurs mobilières au sens de la loi les papiers-valeurs, les droits-valeurs, les dérivés et les titres intermédiés standardisés susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché; sont par ailleurs réputés être des dérivés, ou des opérations sur dérivés, les contrats financiers dont la valeur fluctue en fonction d'un ou de plusieurs actifs sous-jacents et qui ne sont pas des opérations de caisse³⁷. En substance, la notion de valeur mobilière se réfère à celle de papier-valeurs *stricto sensu*, et à leurs successeurs issus de la dématérialisation, les droits-valeurs et les titres intermédiés, avec pour caractéristique commune qu'ils incorporent ou englobent une créance ou un droit de participation. Les dérivés ou opérations sur dérivés sont définis comme des contrats financiers bilatéraux, dont la valeur dépend directement ou indirectement du prix ou du volume d'un actif sous-jacent³⁸.

L'activité est dite professionnelle dès lors que «le commerce des valeurs mobilières [est] une activité économique indépendante qui vise à réaliser des revenus réguliers»³⁹.

²⁹ BOVET/CASSANI/HÉRITIER LACHAT/HARI, (FN 16), 77 § 7.

³⁰ Art. 472 al. 1 CO.

³¹ URS BERTSCHINGER, Zum neuen bankengesetzlichen Aussonderrungsrecht (Art. 16 und 37b BankG), AJP 1995, 426–434, 427–432.

³² Art. 16 LB.

³³ Art. 17 LTI.

³⁴ Art. 2 let. d LBVM.

³⁵ Art. 3 al. 1–5 OBVM.

³⁶ Art. 2 al. 1 et 2 et 19 al. 2 OBVM.

³⁷ Pour plus de précisions sur la notion de valeurs mobilières, se référer au Message concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, LBVM) du 24 février 1993, FF 1993 I 1295s et au Message concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers du 3 septembre 2014, FF 2014 7265s, et BSK BEHG-DAENIKER/WALLER, ad art. 2 lit. a–c LBVM.

³⁸ Message concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers du 3 septembre 2014, FF 2014 7266. Les opérations de caisse sont exclues.

³⁹ Circulaire FINMA 2008/5 Négociant. Commentaires du terme de négociant en valeurs mobilières, cm. 12.

3. Application des principes à l'activité de conservation d'informations et de négoce de bitcoins

Il existe un grand nombre de prestataires de services offrant d'ouvrir des «portemonnaies en ligne»: sans volonté d'exhaustivité, ni de publicité, ni de recommandation de tel ou tel prestataire, il est possible de nommer Blockchain⁴⁰, Circle⁴¹, Coinbase⁴², GreenAddress⁴³,

Spectrocoin⁴⁴, Strongcoin⁴⁵ ou encore Xapo⁴⁶. Les prestataires de service en ligne offrent pour la plupart des services de nature relativement proche, basées sur une interface API (*Application Programming Interface*, interface de programmation applicative). Ils apportent dans les faits une porte d'accès simplifiée au système Bitcoin, permettant à l'utilisateur d'accéder au système depuis n'importe quel support (laptop, desktop, tablette, téléphones portable) et sans égard au système d'exploitation équipant le support. Au passage, ils suppriment le téléchargement par l'utilisateur de la chaîne de blocs sur ses supports de donnée, qui pèse à peu près 100 gigaoctets⁴⁷. D'autres services sont également rendus par les prestataires de service en ligne, comme par exemple la possibilité d'acheter ou de vendre des bitcoins, et de les convertir en monnaie ayant cours légal, en général trait pour trait.

Les conditions générales, respectivement les pages d'accueil de la plupart des prestataires de service déployant les activités décrites ci-dessus, indiquent clairement sur leur site internet que les clefs privées et publiques n'apparaissent que dans le navigateur internet de l'utilisateur, et sont transmises de manière cryptée. Elles ne seraient donc pas stockées sur les serveurs des entreprises, ni visibles par cette dernière. En résumé, la grande majorité des prestataires de service précités ne stockent pas, ni ne

⁴⁰ <https://blockchain.info/wallet/how-it-works> (lien consulté pour la dernière fois le 10 novembre 2017): «Nous ne stockons pas vos bitcoins, nous ne vous fournissons que le logiciel dont vous avez besoin pour les stocker vous-même. Votre portefeuille est chiffré sur votre appareil avec votre mot de passe personnel. Votre mot de passe joue le rôle de votre clé de décryptage pour verrouiller et débloquer votre portefeuille. Votre portefeuille ne peut être consulté sans lui. Parce que nous ne connaissons pas ou ne stockons pas votre mot de passe (nous ne pouvons pas le réinitialiser), seul vous pouvez déverrouiller et déchiffrer votre portefeuille».

⁴¹ Au Royaume Uni, Circle est autorisé par la FCA en tant qu'Electronic money institution. <https://www.circle.com/fr/legal/intl-user-agreement> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017): «7. Services; Tiers. Circle met à votre disposition un moyen sécurisé et pratique pour créer un compte aux fins de i) déposer des fonds en monnaie locale en échange de bitcoins et ii) stocker des bitcoins et iii) envoyer et recevoir des bitcoins. Votre compte n'est pas un compte bancaire.» <https://www.circle.com/en-gb/about> (lien consulté pour la dernière fois le 10 novembre 2017): «Unlike existing systems that are closed and proprietary, we use open internet standards and protocols, including the blockchain (allowing us to offer this service for free). We also foster innovative approaches to risk, including our AI risk engine, which runs on cutting edge algorithms that continuously keep your money safe».

⁴² <https://www.coinbase.com/vault?locale=fr#features> (lien consulté pour la dernière fois le 10 novembre 2017): «Retraits différés: Les retraits à partir de votre coffre-fort peuvent être annulés pendant une période de 48 h. Approbateurs multiples: Des comptes joints peuvent être utilisés pour une sécurité supplémentaire, nécessitant plusieurs approbateurs pour initier un retrait. Stockage hors ligne: 98 % des devises numériques sont stockées totalement hors ligne, dans des coffres-forts physiques dispersés géographiquement».

⁴³ <https://greenaddress.it/fr/#preview> (lien consulté pour la dernière fois le 3 février 2017): «Transactions pré-signées.. Pour optimiser la sécurité de vos avoirs, les transactions sont signées grâce à un système de double clé, la notre et la votre. Mais si notre système venait à disparaître nous avons mis en place des transactions pré-signées permettant de transférer des fonds après un certain temps (configurable), ce qui signifie qu'à chaque fois que votre porte-monnaie est mis à jour nous vous envoyons une transaction pré-signée débloquant vos fonds à une date et une adresse de votre choix (utilise nLockTime)».

⁴⁴ <https://spectrocoin.com/en/terms/virtualCurrencyAgreement.html> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017): «3.2 For the purpose of selling and purchasing the Currency you can add/withdraw up to 1000 000 EUR or an equivalent in other supported currencies (i.e. USD, LTL) to/from your Wallet. Funds can be added/withdrawn through your bank, payment institution's or electronic money institution's account. [...] 3.6. You are the owner of money deposited in the Wallet until you decide to use money for buying the Currency. 3.7. The Wallet is not a bank account, payment account or electronic money account and it cannot be associated with these types of accounts and their benefits. The Wallet is a special SpectroCoin payment instrument, which can be used strictly for the purpose of selling the Currency to SpectroCoin and/or buying the Currency from SpectroCoin. [...] 5. WITHDRAWING/SENDING THE

CURRENCY. [...] 5.1.1. Using the virtual currency system (i.e., the Bitcoin system). In order to use the virtual currency system for withdrawing/sending the Currency you must provide SpectroCoin with your address in the virtual currency system. Then in the virtual currency system SpectroCoin will generate a private key / account / Wallet for you, which you will be able to use in order to access your Currency. Be aware that you are solely responsible for security and use of your private key / account / Wallet and must keep it safe and undisclosed, because once it is lost you may no longer be able to access your Currency. SpectroCoin takes no responsibility and will not be liable for your private key's / account's / Wallet's security and/or usage».

⁴⁵ <https://strongcoin.com> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017): «A hybrid wallet allows you to send and receive Bitcoins just like any other wallet. However, the Bitcoin private key which is required to send money is encrypted in your browser before it reaches our servers. Therefore our servers only hold encrypted private keys and neither we nor anyone else can spend your Bitcoins. Only you».

⁴⁶ <https://xapo.com/vault/> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017): «Our Vaults are located deep underground in geographically dispersed locations on three continents. Confidential information like private keys and cryptographic materials are physically stored on offline servers that never have and never will have access to the internet or any other kind of network. The servers are guarded by intense human and automated security measures 24/7». <https://static.xapo.com/terms/xapo-inc.html> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017): «Wallet Address and Private Key. When you create an account, the Services generate and store a cryptographic private and public key pair that you may use to send and receive bitcoins via the bitcoin network. The public key generated by the Services serves as your Bitcoin Wallet address, and may be shared with the bitcoin network and with others to complete bitcoin transactions. The private key uniquely matches the wallet address and must be used in connection with the wallet address to authorize the transfer of bitcoins from or to that wallet address».

⁴⁷ <https://blockchain.info/fr/charts/blocks-size> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017).

connaissent, les clefs privées de l'ayant-droit. Certains prestataires offrent cependant de stocker les données pour le compte du client.

Au regard de la définition du dépôt du public, qui constitue un transfert de fonds exprimés en monnaie physique ou scripturale ayant cours légal, et l'engagement y relatif figurant au passif du bilan du récipiendaire des fonds consistant à les restituer à l'ayant-droit, force est de constater que la seule conservation en ligne d'informations numériques cryptées en lien avec un portemonnaie de bitcoins par une entreprise à titre professionnel, sans possibilité pour le client de bénéficier d'un solde en compte libellé en monnaie suisse ou étrangère rémunéré par le versement d'intérêts, et sans possibilité d'acquisition de bitcoins à découvert, ne constitue pas une activité bancaire soumise à autorisation. La situation serait différente si l'entreprise s'obligeait envers le client à alternativement restituer les bitcoins en nature ou sous forme de monnaie ayant cours légal, en tout temps et au choix du client ou du prestataire de service.

Le fait pour l'entreprise concernée d'accepter de conserver des fonds (c'est-à-dire une somme libellée en monnaie ayant cours légal et reconnue comme moyen de paiement) en vue d'une acquisition future planifiée⁴⁸, à court terme⁴⁹, de bitcoins, sans verser au client des intérêts sur la somme en question, tombe dans le champ d'application de l'art. 5 al. 3 let. c OB (compte d'exécution)⁵⁰: il pourrait donc s'apparenter à un dépôt du public si la durée de garde des fonds est supérieure à 60 jours.

L'on notera que les bitcoins ne constituent pas des moyens de paiement, et que le Bitcoin ne constitue pas un système de paiement au sens de la LIMF, excluant de fait l'application de la clause dérogatoire prévue par l'art. 5 al. 3 let. e OB.

De même, la définition des valeurs mobilières, qui constituent principalement des papiers-valeurs incorporant une créance ou un droit de participation, ou des actifs dématérialisés du même type, ou encore des dérivés, c'est-à-dire des contrats portant notamment sur les actifs précités, exclut cette qualification pour les monnaies virtuelles.

Force est de conclure que:

- Un portemonnaie de bitcoins ne pourrait pas faire l'objet d'une distraction d'office au sens de l'art. 16 LB, faute pour les bitcoins de constituer des valeurs mobilières au sens de la LBVM.

- La conservation et le négoce de bitcoins ne constituent pas une activité de négociant en valeurs mobilières soumise à autorisation, faute pour les bitcoins de constituer des valeurs mobilières au sens de la loi. La conséquence est identique s'agissant du minage – c'est-à-dire la fabrication – de bitcoins, qui n'est pas une activité typique d'émission sur le marché primaire.
- Les détenteurs d'un portemonnaie de bitcoins ne peuvent pas bénéficier de la protection de la LB s'ils font seulement conserver par un tiers les données relatives à leur portemonnaie. Une application de la LB est envisageable si, en plus de conserver les données relatives au portemonnaie de bitcoins, le tiers concerné octroie des prêts aux utilisateurs en vue d'une acquisition de bitcoins, respectivement accepte de conserver pour ses clients des soldes en compte rémunérés, libellés en monnaie ayant cours légal, suisse ou étrangère; dans ce cas de figure, le détenteur d'un portemonnaie de bitcoins ne pourrait pas bénéficier de la distraction d'office, mais en revanche, il pourrait voir ses dépôts en compte (libellés en monnaie suisse ou étrangère) être pris en charge par esisuisse dans le cadre du système de garantie des dépôts.

Il reste donc à examiner si un portemonnaie de bitcoins peut être revendiqué sur demande de l'ayant-droit dans une procédure de faillite ou dans une autre procédure collective de liquidation.

C. Le bitcoin, un actif saisissable et sujet à revendication?

1. Rappel des principes généraux relatifs à la composition de la masse active

a. Notion d'actifs saisissables

L'ouverture d'une procédure collective de liquidation forcée⁵¹ entraîne l'application des principes d'universalité d'une part et de dessaisissement d'autre part. En application du principe d'universalité, tous les biens saisissables du failli au moment de l'ouverture de la faillite forment une seule masse, quel que soit le lieu où ils se trouvent, en Suisse et à l'étranger⁵². Il appartient à l'organe en charge de la liquidation de déterminer et d'inventorier⁵³ les actifs appartenant au débiteur failli, en vue de leur réalisation avant désintéressement des créanciers. Le principe de dessaisissement n'est défini dans la loi que par ses effets⁵⁴: le débiteur ne peut plus librement disposer de ses actifs, où qu'ils se trouvent, et tous actes par

⁴⁸ L'opération principale prévue doit déjà être organisée ou immédiatement prévisible; TF, arrêt 2C_929/2010 du 13 avril 2011, consid. 3.4.2.

⁴⁹ Un maximum de 7 jours était dans la pratique admis. Depuis le 1^{er} août 2017, le délai est de 60 jours (art. 5 al. 3 let. c ch. 2 OB).

⁵⁰ Art. 5 al. 3 let. a OB. Selon la Circulaire FINMA 2008/3 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, cm.16^{ter}; les négociants en devise ne bénéficient pas de cette exception.

⁵¹ Procédure de faillite, art. 174 ss LP; procédure concordataire avec homologation d'un concordat par abandon d'actif, art. 317 ss LP; procédure de faillite de banques insolubles, art. 33 ss LB.

⁵² Art. 197 al. 1, 319 al. 1 LP, 34 al. 1 LB et 3 al. 1 OIB-FINMA.

⁵³ Art. 221, 299 al. 1 LP, 34 al. 2 LB et 16 OIB-FINMA.

⁵⁴ TF, arrêt 5P.233/2001 du 10 décembre 2001, consid. 3.

lesquels le débiteur aurait disposé, depuis l'ouverture de la faillite, de biens appartenant à la masse, sont nuls à l'égard des créanciers⁵⁵. Il s'agit d'une nullité relative: l'acte déploie des effets de droit privé entre le failli et son co-contractant, mais en vertu du droit de l'exécution forcée, il n'est pas opposable aux créanciers⁵⁶. Tout actif qui n'est pas immédiatement identifiable comme celui d'un tiers doit être traité comme un actif du débiteur, et être inventorié par l'organe de liquidation compétent. Autrement dit, il se pourrait que les portemonnaies des utilisateurs d'un prestataire de services stockant en ligne des portemonnaies virtuels soient considérés comme des actifs du débiteur, inventoriés comme tels, et ne soient plus à la libre disposition de l'utilisateur. Tout tiers propriétaire de biens meubles, d'immeubles ou de créances qui ont été à tort inventoriés comme des actifs du débiteur peuvent revendiquer auprès de l'organe de liquidation compétent, puis cas échéant par-devant une autorité judiciaire, les actifs concernés. Pour parvenir à ses fins, le légitime propriétaire des actifs doit démontrer sous l'angle des droits réels qu'il en est le propriétaire. Le propriétaire doit en d'autres termes démontrer qu'il est au bénéfice d'un titre de propriété.

Si les notions d'immeubles et de créances se comprennent aisément d'elles-mêmes, tel n'est pas le cas de celle de bien meuble découlant de la LP, qui fait l'objet d'une abondante jurisprudence du Tribunal fédéral. Le Code civil définit l'objet de la propriété mobilière comme les choses qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre, ainsi que les forces naturelles qui sont susceptibles d'appropriation et ne sont pas comprises dans les immeubles⁵⁷. Dans le détail, il est généralement admis qu'un bien meuble revêt les caractéristiques suivantes:

- Selon une définition positive, la propriété mobilière est constituée de choses corporelles. Pour être qualifiée de chose corporelle, la chose concernée doit constituer une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel⁵⁸. Elle peut revêtir une forme solide, liquide, ou encore gazeuse⁵⁹. Les droits de propriété intellectuelle ne constituent pas des biens meubles au sens du Code civil⁶⁰.
- Un bien meuble doit en sus être susceptible d'une maîtrise humaine, cas échéant par un procédé technique⁶¹. Les fluides et les gaz doivent pouvoir être stockés dans un contenant (pipeline, citerne, bombe etc.). La maîtrise de l'objet doit faire l'objet

d'une certaine forme de publicité, assurée par la possession⁶².

- Selon une acception négative, une chose mobilière n'est en général pas un immeuble⁶³; autrement dit, une chose mobilière est transportable sans altération de sa substance, alors qu'un bien immobilier ne peut pas être déplacé du fait de son rattachement au sol. Plus généralement, pour être qualifiée de chose mobilière, la chose en question ne doit pas faire partie intégrante d'un immeuble⁶⁴.

Les logiciels peuvent être protégés par le droit d'auteur⁶⁵: les droits d'auteur y relatifs sont donc saisissables⁶⁶. Il convient de préciser à cet égard que c'est le droit de l'auteur du logiciel d'exploiter le logiciel⁶⁷ (actes d'exploitation) qui est sujet à exécution forcée au sens de l'art. 18 LDA; le droit moral (droit de paternité notamment, qui constitue un droit personnel) serait selon une partie de la doctrine insaisissable du fait de son caractère hautement personnel⁶⁸. Autre est la problématique du caractère saisissable de logiciels que le failli a le droit d'utiliser, mais qu'il n'a pas développés lui-même, c'est-à-dire dont il n'est pas l'auteur au sens de la LDA. Dans ce cas, un contrat de licence aura été conclu entre le failli et l'auteur du programme informatique, lequel aura conféré au premier le droit d'utiliser le logiciel, moyennant paiement d'une redevance. Dans certains cas, la licence, c'est-à-dire le droit d'utiliser le logiciel, est transmissible, dans d'autres pas. Le droit d'utiliser le logiciel, conféré par la licence, est un droit saisissable, pour autant qu'il ait une valeur, ce qui n'est le cas que si la licence est transmissible.

b. Règles applicables à la formation de la masse active

En application de l'art. 197 al. 1 LP, à lire avec l'art. 97 LP, et du principe d'exécution générale (*Generalexekution*), tous les biens saisissables⁶⁹ du failli au moment de l'ouverture de la faillite forment une seule masse, quel que soit le lieu où ils se trouvent; c'est ce que l'on appelle communément la masse active. Dans la mesure où les procédures d'exécution forcée visent à permettre le désintéressement des créanciers, il est généralement admis que seuls les droits patrimoniaux susceptibles d'être

⁵⁵ Art. 204, 319 LP et 34 al. 1 LB.

⁵⁶ TF, arrêt 4C.477/1994 du 23 juin 1995, consid. 1b.

⁵⁷ Art. 713 CC.

⁵⁸ PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, vol. II, 4^e éd., Berne 2011, § 1973.

⁵⁹ BSK ZGB II-SCHWANDER, art. 713 N 6; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht SPR V/1, 2^e éd., Bâle 2014, Rz 926.

⁶⁰ BSK ZGB II-SCHWANDER, art. 713 N 6.

⁶¹ STEINAUER (FN 58), § 1973.

⁶² ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, art. 641–729 N 3.

⁶³ BSK ZGB II-SCHWANDER, art. 713 N 3.

⁶⁴ PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, vol. I, 5^e éd., Berne 2012, § 1048 ss; STEINAUER (FN 58), § 1973.

⁶⁵ Art. 2 al. 3 et 10 al. 3 LDA.

⁶⁶ Art. 2 al. 3, art. 10 al. 3 et art. 18 LDA. JACQUES DE WERRA, Commentaire des art. 16–18 LDA, 4, 17–19 LPM, 14–17 LDes et 33–34 LBI, in: Jacques de Werra/Philippe Gilliéron (éd.), Propriété intellectuelle: loi sur le droit d'auteur, loi sur la protection des marques, loi sur les designs, loi sur les brevets, droit international privé, droit de la concurrence: commentaire, Bâle 2013, art. 18 N 6a et 7.

⁶⁷ Art. 10 LDA en particulier.

⁶⁸ SK URG-DE WERRA (FN 66), art. 18 N 28 et les références citées.

⁶⁹ Art. 91–93 LP.

réalisés, et donc ayant une valeur de réalisation, tombent dans la masse active; les expectatives sans fondement sont *a priori* insaisissables⁷⁰. L'on notera que certains droits subjectifs (droits de préemption, d'emption, de réméré p.ex.), les droits d'auteurs, les inventions brevetables, les marques, les designs, font partie de la masse active⁷¹. Les objets qui relèvent de la propriété de personnes tierces ou qui sont réclamés par des tiers sont également affectés à la masse active et portés à l'inventaire par l'administration de la faillite. Ils peuvent être revendiqués en application de l'art. 242 LP.

La liquidation d'une procédure de faillite d'une banque⁷² ou d'un négociant en valeurs mobilières⁷³ est régie par la loi sur les banques et les caisses d'épargne⁷⁴, par l'OFA-FINMA, ainsi que par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite⁷⁵. Les règles relatives à la formation de la masse active sont en matière de faillite bancaire assez proches, voire pour l'essentiel identiques à celles gouvernant la formation de la masse active dans une procédure de faillite ordinaire. Lorsqu'une procédure de faillite est ouverte, elle s'étend à tous les biens réalisables appartenant à la banque à ce moment-là, qu'ils se trouvent en Suisse ou à l'étranger⁷⁶. Il appartient au liquidateur de la faillite, respectivement à la FINMA si cette dernière n'a pas nommé un liquidateur, de procéder à la formation de la masse active et d'inventorier les biens faisant partie de la masse active⁷⁷. La prise d'inventaire s'effectue conformément aux art. 221 à 229 LP⁷⁸: par conséquent, les objets propriété de personnes tierces ou qui sont réclamés par des tiers sont aussi alloués à la masse active et inventoriés. Les valeurs déposées au sens de l'art. 16 LB – à ne pas confondre avec les créances en compte courant – doivent être distraites d'office de la masse en vertu de l'art. 37d LB; elles sont mentionnées dans l'inventaire à leur valeur au moment de l'ouverture de la faillite⁷⁹. L'inventaire indique les prétentions éventuelles de la banque contre le déposant qui font obstacle à une distraction⁸⁰.

L'ouverture d'une faillite, ordinaire ou bancaire, a pour effet de rendre exigible les dettes du failli, à l'exception de celles garanties par des gages sur les immeubles du failli⁸¹. La réclamation dont l'objet n'est pas une somme d'argent se transforme en créance de valeur équiva-

lente⁸²; autrement dit, toute obligation réelle se transforme en créance, dans le cadre d'un mécanisme identique à celui prévu par le Code des obligations en cas d'inexécution contractuelle et de maintien du contrat (réclamation de dommages-intérêts positifs)⁸³. Le droit de l'administration de la faillite d'exécuter en nature la prestation du débiteur dans le cadre d'un contrat bilatéral est réservé⁸⁴, sauf s'agissant de certains contrats financiers, pour lesquels une exécution en nature n'est pas possible: engagements à terme strict, opérations financières à termes, de swap et d'options lorsque la valeur des prestations contractuelles au jour de l'ouverture de la faillite est déterminable sur la base du prix courant ou du cours boursier⁸⁵. Tant les créanciers d'une obligation réelle ayant conclu et exécuté un contrat bilatéral avec le débiteur failli, que les créanciers originels d'une somme d'argent, en sont donc réduits à produire une créance dans la faillite du débiteur, les premiers pour faire valoir pécuniairement l'intérêt positif à l'exécution du contrat, et les seconds pour faire exécuter leur créance en somme d'argent.

Si les créanciers en sont réduits à produire dans la faillite dans l'espoir, souvent déçu, d'être remboursés, tel n'est pas le cas des personnes propriétaires d'actifs inventoriés et affectés à la masse active ni des déposants ayant remis en dépôt à leur banque des valeurs au sens de l'art. 16 LB. Tant les tiers que les déposants propriétaires concernés bénéficient d'un mécanisme légal de protection de leur droit de propriété: la revendication (*Aussonderung*) pour les premiers⁸⁶, et la distraction (*Absonderung*) pour les seconds. Revendication et distraction visent le même objectif: permettre au légitime propriétaire d'actifs alloués à la masse active, respectivement susceptibles d'être alloués à la masse active, de recouvrer la propriété des actifs concernés. Les déposants créanciers peuvent bénéficier par ailleurs, à certaines conditions, du remboursement de leurs dépôts par l'organisme suisse de garantie des dépôts, esisuisse.

c. Mécanismes de protection de certains ayant-droits dans une procédure de faillite ordinaire et bancaire

i. La revendication en faveur du propriétaire

Par une revendication, l'ayant-droit fait valoir un droit de propriété, portant sur des actifs inventoriés dans une procédure de faillite ordinaire ou bancaire à tort comme des actifs du débiteur. Les droits réels sur un actif inventorié et les créances sont en particulier exclus du champ

⁷⁰ BSK SchKG-HANDSCHIN/HUNKELER, art. 197 N 49; CR LP-OCHSNER, art. 92 N 49; CR LP-ROMY, art. 197 N 7.

⁷¹ BSK SchKG-HANDSCHIN/HUNKELER, art. 197 N 42 ss; SYLVAIN MARCHAND, Précis de droit des poursuites, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2013, 91.

⁷² Art. 2 al. 1 OB.

⁷³ Art. 2 let. d LBVM.

⁷⁴ Art. 25 ss LB et 88 al. 1 LIMF.

⁷⁵ Par renvoi de l'art. 34 LB.

⁷⁶ Art. 5 OIB-FINMA.

⁷⁷ Art. 16 al. 1 OIB-FINMA.

⁷⁸ Art. 16 al. 1 OIB-FINMA.

⁷⁹ Art. 16 al. 3 OIB-FINMA, première phrase.

⁸⁰ Art. 16 al. 3 OIB-FINMA, seconde phrase.

⁸¹ Art. 208 LP.

⁸² Art. 211 al. 1 LP.

⁸³ Art. 107 al. 2 CO.

⁸⁴ Art. 211 al. 2 LP.

⁸⁵ Art. 211 al. 2^{bis} LP.

⁸⁶ Art. 232 al. 2 ch. 2 cum art. 242 LP; art. 37d LB.

d'application de la revendication⁸⁷. Plus précisément, peuvent notamment faire l'objet d'une revendication les droits suivants:

- les droits de propriété et de copropriété sur des choses mobilières et immobilières;
- les droits du mandant, sur les objets mobiliers acquis par le mandataire en son propre nom, mais pour le compte du mandant⁸⁸; il en va de même des créances acquises ou détenues à titre fiduciaire;
- les droits sur le patrimoine d'un trust⁸⁹;
- les droits de rétention⁹⁰;
- les droits conférés par un brevet d'invention à son titulaire⁹¹;
- les droits à la marque conférés à son titulaire⁹²;
- les droits conférés à l'auteur d'une œuvre, programmes informatiques (logiciels) compris, à l'exception des droits moraux⁹³.

Toute revendication doit être accompagnée des moyens de preuves permettant de démontrer l'existence du droit allégué.

Une revendication suppose que le véritable ayant-droit agisse et requière expressément que les actifs concernés lui soient retournés. L'on est ici proche de l'incombance: soit le légitime propriétaire annonce sa revendication dans le délai d'ordre imparti par l'administration de la faillite⁹⁴, faisant ainsi valoir un droit réel préférable, soit il reste passif, et l'objet de sa propriété, inventorié, sera réalisé par l'administration de la faillite.

ii. La distraction en faveur du «dépôt propriétaire»

Alors que la revendication suppose que la chose revendiquée puisse faire l'objet d'un droit de propriété (bien mobilier ou immobilier, en sus de certains droits de distraction spécifiques garantis par la LP⁹⁵ ou de certaines dispositions du droit matériel⁹⁶), la distraction prévue par le droit de la faillite des banques et négociants en valeurs mobilières a un champ matériel d'application plus large, allant jusqu'à permettre la revendication de certains droits.

Plus précisément, peuvent ainsi faire l'objet d'une distraction les choses mobilières et les titres déposés par les clients, les choses mobilières, les titres et les créances que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants, les prétentions disponibles de la banque à des livraisons (obligation réelle) à l'encontre de tiers, résultant d'opérations au comptant, d'opérations à terme échues, d'opérations de couverture ou d'émissions pour le compte des clients déposants⁹⁷, les titres intermédiés inscrits au crédit d'un compte de titres que le dépositaire détient auprès d'un sous-dépôt, les titres que le dépositaire conserve lui-même sous la forme de papiers-valeurs en dépôt collectif, de certificats globaux ou de droits-valeurs inscrits à son registre principal, et les prétentions librement disponibles (obligation réelle) du dépositaire à l'encontre de tiers portant sur la livraison de titres intermédiés résultant d'opérations au comptant, d'opérations à terme échues, d'opérations de couverture ou d'émissions pour le compte de titulaires d'un compte⁹⁸.

Alors qu'une revendication suppose que le légitime ayant-droit agisse et requière expressément que les actifs concernés lui soient retournés, la distraction a lieu d'office⁹⁹, permettant au déposant, à tout le moins théoriquement, et pour autant que la comptabilité du failli ait été correctement tenue, respectivement soit accessible à l'organe de liquidation, de demeurer passif.

iii. La garantie des dépôts en faveur du «dépôt créancier»

Les déposants créanciers ne bénéficient pas de la distraction prévue par l'art. 37d LB, puisqu'ils sont justement uniquement créanciers, et ont donc perdu toute prétention réelle sur l'argent remis à la banque et déposé – comptablement – sur leur compte bancaire. Les dépôts des déposants constituent donc des créances. Si l'état de la masse active le permet, une partie de ces créances peut être immédiatement remboursée hors de la collocation,

⁸⁷ BSK SchKG-RUSSENBARGER, art. 242 N 10; FLORIAN BOMMER, art. 45–54, in: Dominik Milani/Marc Wohlgenuth (édit.), *Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) – Kommentar*, Zürich/St-Gall 2016, art. 45 N 9.

⁸⁸ Art. 401 al. 3 CO.

⁸⁹ Art. 284b LP.

⁹⁰ Art. 268 ss, 299c, 349e, 418o, 434, 451, 485 al. 3, 491, 700 al. 2, 712k et 895 ss CO.

⁹¹ Art. 8 ss LBI.

⁹² Art. 13 ss LPM.

⁹³ Art. 9 ss LDA. SK URG-DE WERRA (FN 66), art. 18 N 56a. Cette question a cependant été tranchée négativement par la rare jurisprudence existante. Dans un arrêt du 29 octobre 2007, le Tribunal cantonal du canton des Grisons (SKA 07 22, PKG 2008, 69, consid 4.2.bb) a estimé que le droit d'auteur est un droit personnel, auquel il est possible de renoncer, mais qui est intransmissible. Selon le tribunal, ce droit personnel ne peut pas faire l'objet d'une revendication («Solche aus dem Urheberrecht fließenden Persönlichkeitsrechte sind wohl in der Zwangsvollstreckung gegenüber dem Urheber zu wahren, können aber nicht ihren eigentlichen Gegenstand (Verwertungssubstrat) bilden. Weil sie allenfalls verzichtbar aber nicht übertragbar sind, sind sie analog den Persönlichkeitsrechten von einer Zwangsvollstreckung ausgeschlossen»). Selon cette juridiction, seuls les supports de données physiques contenant des exemplaires de l'œuvre pourraient être sujet à exécution forcée et revendiqués; plus généralement, seuls les droits de propriété intellectuelle figurant dans un registre pourraient être revendiqués.

⁹⁴ Art. 232 al. 2 ch. 2 LP.

⁹⁵ Art. 201, 202, 203, 284b et 291 al. 1 LP

⁹⁶ Art. 401, 1053 CO. Cf. KOV Kommentar-BOMMER (FN 87), art. 45 N 16 ss.

⁹⁷ Art. 16 LB.

⁹⁸ Art. 17 LTI.

⁹⁹ Art. 37d LB, qui renvoie aux art. 17 ss LTI.

à partir des actifs liquides disponibles de la banque¹⁰⁰; il s'agit par définition d'un remboursement partiel, destiné à éviter que les déposants ne soient eux-mêmes dans l'impossibilité de payer leurs dettes exigibles et ne puissent plus effectuer leurs dépenses courantes. Tout solde, ou la totalité du dépôt si les actifs liquides de la masse active ne sont pas suffisants pour qu'un remboursement partie immédiat soit effectué, sera remboursé au moyen du produit de réalisation des actifs de la banque faillie. Les créances des déposants jouissent de par la loi d'un privilège de deuxième classe¹⁰¹. L'on notera que le remboursement des dépôts privilégiés est par ailleurs garanti à hauteur de 100'000 francs suisses par un système de garantie des dépôts opéré par esisuisse, dans le cadre d'un système d'autorégulation obligatoire¹⁰². En cas de faillite d'une banque suisses, les déposants sont donc susceptibles de recevoir immédiatement un premier remboursement si le volume d'actifs liquides de la masse le permet, et sont donc certains de recevoir à bref délai jusqu'à 100'000 francs suisses au maximum.

2. La saisie et la revendication des bitcoins, et la protection de l'ayant-droit

a. Caractéristiques du système Bitcoin et du bitcoin

Les caractéristiques, synthétisées, du Bitcoin (en tant qu'infrastructure) et du bitcoin (en tant que monnaie cryptographique) sont les suivantes:

- Le Bitcoin en tant qu'infrastructure est un logiciel libre de droit dont l'auteur n'est pas connu avec certitude, permettant aux personnes l'utilisant de conserver, recevoir et transférer des bitcoins, et de visualiser l'intégralité des transactions, dans un système distribué (DLT)¹⁰³.
- L'utilisateur du Bitcoin en tant qu'infrastructure est *a priori* seul maître des clefs privées, qu'il peut – doit serait plus adéquat – sauvegarder sur des supports de données personnels, à chaud ou à froid. Sans clef privée, l'utilisateur perd la possibilité de disposer de son avoir en bitcoins.
- De nouveaux bitcoins sont automatiquement créés par le Bitcoin en tant qu'infrastructure pour rémunérer l'activité des mineurs. De par la volonté de l'auteur du logiciel Bitcoin, le nombre total de bitcoins ne peut pas dépasser 21 millions.

- Il est possible de disposer de bitcoins sans simultanément disposer du logiciel Bitcoin, sans utiliser directement l'infrastructure Bitcoin, et sans constituer un nœud de la chaîne de blocs. Un utilisateur peut ainsi confier à un tiers le soin d'effectuer l'interface, en générale par une interface de programmation applicative (API) entre lui et le logiciel Bitcoin. Ce tiers, prestataire de service, va ainsi permettre à tout utilisateur d'interagir avec d'autres utilisateurs du Bitcoin, depuis n'importe quelle plateforme, sans télécharger le registre de la chaîne de blocs, et se charger de la conservation des données relatives au portemonnaie. Tout utilisateur peut ainsi faire exécuter les transactions (achat, vente, transfert et réception de bitcoins) par ce tiers¹⁰⁴; l'utilisateur demeure cependant en général maître de ses clefs privées, qui sont encryptées dans son navigateur et transmises de manière codée au prestataire de service, et ne sont donc pas directement nécessaires pour effectuer des transactions: il suffit à l'utilisateur de se connecter à son compte en ligne avec son nom d'utilisateur et un mot de passe conventionnel.

- Nul ne peut être forcé d'accepter des bitcoins comme valeur d'échange, à la différence de la monnaie et des billets ayant cours légal¹⁰⁵: autrement dit, le bitcoin ne constitue qu'une valeur d'échange limitée à une communauté de personnes qui le reconnaissent comme tel.

Au vu des caractéristiques résumées ci-dessus, il convient de se poser les questions suivantes:

- (1) Le Bitcoin en tant que logiciel et infrastructure, respectivement le bitcoin en tant que partie d'un logiciel, sont-ils protégés par le droit d'auteur? Les droits de l'auteur seraient-ils saisissables, respectivement sujet à revendication?
- (2) Un bitcoin est-il une chose au sens des droits réels, laquelle serait saisissable, respectivement sujette à revendication?
- (3) Un bitcoin est-il un bien numérique?
- (4) Un bitcoin est-il une créance, saisissable, respectivement sujette à revendication?

b. Le droit d'auteur au secours du bitcoin?

La protection du logiciel Bitcoin par le droit d'auteur, et donc la saisie des droits patrimoniaux y relatifs (droit

¹⁰⁰ Art. 37b al. 1 LB.

¹⁰¹ Art. 37a al. 1 LB.

¹⁰² Art. 37b LB. Voir également la Convention des banques et négociants en valeurs mobilières suisses relative à la garantie des dépôts disponible sous https://www.esisuisse.ch/de/media/20170704-100-veb-f_2017_final-iro-1.pdf (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017).

¹⁰³ <https://www.finma.ch/fr/news/2017/09/20170919-mm-coin-anbieter/> (lien consulté pour la dernière fois le 1^{er} décembre 2017).

¹⁰⁴ <https://blockchain.info/Resources/TermsOfServicePolicy.pdf> (lien consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2017): «10.5. No Storage or Transmission of Virtual Currency. A Virtual Currency is an intangible, digital asset. They exist only by virtue of the ownership record maintained in the underlying Virtual Currency network. The Services do not store, send or receive Virtual Currency. Any transfer of title that might occur in any Virtual Currency occurs on the decentralized ledger within the Virtual Currency network and not within the Services. We do not guarantee that the Service can affect the transfer of title or right in any Virtual Currency».

¹⁰⁵ Art. 3 LUMMP.

exclusif d'utilisation, de commercialisation et de modification), est théoriquement possible, pour autant que les conditions prévues par les art. 10 et 18 LDA soient par ailleurs remplies¹⁰⁶. Ceci étant, le logiciel Bitcoin est un logiciel libre sous licence MIT, dont l'auteur n'a pas souhaité exercer les droits (ni de paternité, ni de commercialisation moyennant paiement). Qui plus est, la protection par le droit d'auteur s'entendrait pour l'auteur lui-même du logiciel Bitcoin, à l'exclusion de tous ceux qui ont acquis des bitcoins; en effet, ce ne sont pas eux les auteurs du logiciel. Les mineurs ne seraient pas davantage protégés: les bitcoins fabriqués lors d'une opération de minage (vérification d'une transaction) ne constituent rien d'autre qu'une forme de rémunération de l'activité de validation des transactions telle que prévue par le père – ou la mère – du Bitcoin, et ne sauraient être assimilés à une création originale de l'esprit des mineurs. En d'autres termes, la protection du Bitcoin en tant que logiciel par le droit d'auteur, et l'éventuelle revendication qui en découlerait dans la faillite d'une entreprise conservant les bitcoins pour le compte de l'utilisateur, aurait pour effet de conférer seulement à l'auteur du logiciel les droits sur tous les bitcoins, solution qui n'est bien entendu pas satisfaisante et que l'auteur, inconnu, n'a pas voulue.

c. Le bitcoin, une chose?

Pour qu'une revendication puisse être envisagée sur un actif en possession du failli, encore faut-il au préalable que l'actif en question soit sujet à l'exécution forcée, et soit donc saisissable. Il ne fait aucun doute en l'état du droit actuel que tout actif tangible (mobilier ou immobilier) réalisable contre paiement (donc d'une certaine valeur), et cessible (donc pas personnel) est saisissable¹⁰⁷. De même une créance, c'est-à-dire un droit, est-elle saisissable¹⁰⁸. Le caractère saisissable de droits relevant de la propriété intellectuelle semble difficilement contestable dans la mesure où les lois règlementant cette matière (marques, designs, droit d'auteur) consacrent expressément l'assujettissement de ces droits à l'exécution forcée¹⁰⁹. L'électricité, le gaz, ou encore la chaleur (chauffage à distance), constituent des choses, qui peuvent être maîtrisées par un procédé technique, et vendues¹¹⁰. Les forces naturelles susceptibles d'appropriation font expressément l'objet de la propriété mobilière¹¹¹. L'énergie, notamment électrique, est susceptible d'appropriation au sens du droit pénal¹¹², tout comme les données enregistrées ou transmises électroniquement¹¹³.

La situation est moins claire à ce jour s'agissant de monnaies virtuelles. L'appréhension par le droit de biens n'exprimant leur existence que sous forme numérique – comme l'est une clef privée permettant l'accès à un solde de bitcoins – est plus problématique en l'état s'agissant en particulier de leur transfert, et *a fortiori* de leur revendication, notamment sous l'angle restrictif des droits réels¹¹⁴. La qualification d'un solde de bitcoins en tant que chose au sens de ce qui précède, implique de se demander si un solde de bitcoins constitue une chose corporelle, c'est-à-dire une portion (1) délimitée et (2) impersonnelle de l'univers matériel, susceptible d'une maîtrise humaine (3) de fait (si nécessaire par un procédé technique) et (4) de droit reconnaissable par les tiers (possession)¹¹⁵.

La réponse est positive, pour les raisons suivantes. Un solde de bitcoins n'est rien d'autre qu'une série d'informations numériques¹¹⁶. Pour accéder à l'infrastructure Bitcoin, et pour envoyer et recevoir des bitcoins, il est nécessaire de disposer d'un ordinateur, d'un écran, respectivement également d'une clef USB ou d'un autre dispositif de stockage, à chaud ou à froid; ces médias, sans lesquels l'accès au Bitcoin et aux bitcoins n'est pas possible, constituent à n'en pas douter des choses au sens des droits réels. En d'autres termes, l'on peut soutenir que le fait que les informations relatives à la détention de bitcoins soient obligatoirement stockées sur un support physique, et que l'accès au Bitcoin et aux bitcoins ne puisse être opéré qu'en utilisant une chose, fait des bitcoins eux-mêmes une chose¹¹⁷. Il est possible d'arriver à la même conclusion grâce à l'analogie existant entre les bitcoins d'une part, et l'électricité ou encore le gaz d'autre part. Pour terminer, il est utile de souligner que l'ensemble des transactions, et donc des soldes, est visible dans une sorte de grand livre par tout utilisateur du Bitcoin, l'information étant dite distribuée. Il existe donc une forme de publicité importante en lien avec la détention de bitcoins, assurée par le Bitcoin, à l'image de la publicité consacrée par un registre foncier. Cette publicité, et la garantie quasi-absolue de la pérennité de l'information, milite également pour reconnaître aux bitcoins leur qualité de chose dont il est possible d'être propriétaire. En substance, un solde de bitcoins, en tant qu'informations numériques stockées sur un support de données, c'est-à-dire susceptibles d'une maîtrise humaine par un procédé technique, dont la maîtrise fait l'objet d'une forme de publicité, c'est-à-dire par le biais de la posses-

¹⁰⁶ SK URG-DE WERRA (FN 66), art. 18 N 7, et les références à TROLER et CORNAZ.

¹⁰⁷ Cf. *supra*, chapitre II.C.1.c.

¹⁰⁸ Cf. *supra*, chapitre II.C.1.c.

¹⁰⁹ Art. 19 LPM, 17 LDes, 18 LDA et 92 al. 4 LP.

¹¹⁰ CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2^e éd., Zurich 2014, N 2418.

¹¹¹ Art. 713 CC.

¹¹² Art. 142 CP.

¹¹³ Art. 143 CP.

¹¹⁴ Art. 713 CC; HORST BÖTTCHER, *Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld*, Berne 2013, 137 ss.

¹¹⁵ Cf. ci-dessus, chapitre II.C.1.

¹¹⁶ Du même avis: BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/ANDREAS FURRER, *The Position of Blockchain Technology and Bitcoin in Swiss Law*, in: Jusletter du 8 mai 2017, § 68 ss.

¹¹⁷ Des remerciements particuliers vont à Roland Mathys qui a accepté généreusement de partager ses idées, relatives à la qualification du solde de Bitcoins en tant que chose.

sion du support de données, ainsi que par le fait que le registre est distribué et donc connu de tous les utilisateurs du Bitcoin, répond à la définition du bien meuble.

Il convient encore de préciser que si l'on devait arriver à la conclusion qu'un solde de bitcoins, qui n'est à coup sûr pas une créance, n'est pas une chose, la conséquence qui en résulterait serait qu'un avoir en bitcoin ne serait pas saisissable. Cette solution ne serait à l'évidence pas satisfaisante sous l'angle de la protection des créanciers, car un solde de bitcoins, ou d'autres monnaies virtuelles, a une valeur, et peut être échangé avec des biens ou des services.

Admettre pour le surplus le caractère saisissable d'un solde de bitcoins, tout en lui déniait la qualité de chose sujette à revendication, serait pour le moins inique, car elle interdirait au potentiel légitime ayant-droit qui ne serait pas le débiteur saisi de faire valoir ses droits dans le cadre de la procédure d'exécution forcée, et l'obligerait à agir pour obtenir réparation contre le débiteur saisi, en produisant une créance dans la procédure du faillite, avec les perspectives de recouvrement que l'on peut imaginer. En réalité, la notion de chose et de possession, respectivement de propriété, doit être adaptée à la réalité du XXI^e siècle. Il convient de faire évoluer un principe développé alors que les technologies actuelles n'existaient pas, et de soutenir une approche fonctionnelle de la notion de propriété¹¹⁸.

d. Le bitcoin, un bien numérique?

On l'a vu, la notion de choses au sens des droits réels, et sa définition pour le moins excessivement étroite avec laquelle il est parfois difficile de composer à l'ère du numérique, et du virtuel, ont conduit certains chercheurs à plaider pour l'introduction dans le droit d'une nouvelle catégorie de chose, le bien numérique. La notion de bien numérique a été développée, pour désigner des «digital[e] Daten im Sinne materialisierter elektro-magnetischer Signale, die als Aneinanderreihung der Zahlen 1 und 0 erscheinen»¹¹⁹.

Plus précisément, les «[d]igitale Daten sind in einem Binärcode codierte und gespeicherte, maschinenlesbare Informationen»¹²⁰. La notion de biens numériques s'étend à toute information sous forme numérique¹²¹. Peuvent notamment constituer des biens numériques la représentation numérique d'une œuvre créée à l'origine

par un auteur sur un autre support¹²², mais également des adresses IP, des requêtes concernant des recherches dans un moteur de recherche, des formulaires remplis en ligne, de la correspondance – sous toutes ses formes – échangée en lien avec la conclusion en ligne d'un contrat, des noms de personnes, ou encore des fichiers de traitement de données personnelles¹²³. La notion de biens numériques diffère fondamentalement de celle de logiciel¹²⁴, «eine Reihe von digitalen Befehlen zu verstehen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.»¹²⁵.

Peu de sources s'expriment sur le caractère saisissable, et/ou revendicable, de biens numériques. Selon KÜNZLE¹²⁶ et PEYROT/ANTREASIAN¹²⁷, s'exprimant dans un contexte successoral, à la mort de l'utilisateur, les biens numériques passent aux héritiers de celui-ci en application du principe de succession universelle et font partie de la masse successorale. Selon ECKERT¹²⁸, les biens numériques sont des *res digitalis* et en tant que tels doivent être qualifiés de choses au sens des droits réels. Cependant, la plupart des auteurs traitant de cette problématique en lien avec les bitcoins arrivent plutôt à la conclusion inverse, à savoir qu'un portemonnaie de bitcoins ne constitue pas une chose au sens des droits réels¹²⁹. GOBAT, s'écartant de la notion stricte de propriété connue des droits réels, estime quant à lui qu'un avoir en bitcoins est saisissable car constitutif d'une valeur patrimoniale susceptible d'échange, au même titre que des avoirs WIR¹³⁰. Selon DE WERRA, s'exprimant principalement sur la problématique du transfert de biens numériques protégés par le droit d'auteur et le principe de l'épuisement, plaide quant à lui pour une meilleure coordination entre le droit

¹¹⁸ GRAHAM-SIEGENTHALER/FURRER (FN 116), § 55 ss et les quatre auteurs cités.

¹¹⁹ ROLF H. WEBER/LENNART CHROBAK, Rechtsinterdisziplinarität in der digitalen Datenwelt, in: Jusletter du 4 avril 2016, § 13.

¹²⁰ MARTIN ECKERT, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, 245–249, 247.

¹²¹ YANIV BENHAMOU/LAURENT TRAN, Circulation des biens numériques: de la commercialisation à la portabilité, sic! 2016, 571–591, 572. Cf. également AUDE PEYROT/SEVAN ANTREASIAN, Successions 2.0: les biens numériques, Not@lex 2016, 20–33.

¹²² BÖTTCHER (FN 114), 137.

¹²³ BENHAMOU/TRAN (FN 121), 272.

¹²⁴ BÖTTCHER (FN 114), 137.

¹²⁵ BÖTTCHER (FN 114), 137.

¹²⁶ HANS RAINER KÜNZLE, Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht, successio 2015, 39–54, 39.

¹²⁷ PEYROT/ANTREASIAN (FN 121), 27.

¹²⁸ ECKERT (FN 120), 249.

¹²⁹ HARALD BÄRTSCHI/CHRISTIAN MEISSER, Virtuelle Währungen aus finanzmarkt- und zivilrechtlicher Sicht, in: Weber/Thouvenin (édit.), Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Zurich 2015, 113–160, 141; JEAN-DANIEL SCHMID/ALEXANDER SCHMID, Bitcoin – eine Einführung in die Funktionsweise sowie eine Auslegeordnung und erste Analyse möglicher rechtlicher Fragestellungen, in: Jusletter du 4 juin 2012, § 39; SCHÖNKNECHT (FN 27), 310; ROLF H. WEBER, Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen für webbasierte und mobile Zahlungssysteme, in: Weber/Thouvenin (édit.), Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Zurich 2015, 5–38, 21.

¹³⁰ SÉBASTIEN GOBAT, Les monnaies virtuelles à l'épreuve de la LP, PJA 2016, 1095–1105, 1100, et la référence à l'ATF 127 III 371. Le bitcoin n'est toutefois pas une «monnaie» au sens légal du terme.

de la propriété intellectuelle, le droit des successions ou encore le droit de la faillite¹³¹.

Le bitcoin constitue probablement un bien numérique selon la définition qui est faite de ce dernier. Toutefois, la qualification du bitcoin en bien numérique est en l'état d'une utilité toute relative, puisque la notion de bien numérique est inconnue du droit suisse. L'utilité de la notion peut d'ailleurs être questionnée.

e. Le bitcoin, une créance?

La plupart des prestataires de service déployant les activités d'intermédiaire décrites ci-dessus indiquent dans leurs conditions générales que les clés privées et publiques n'apparaissent que dans le navigateur internet de l'utilisateur, et sont transmises de manière cryptée au travers de l'interface; elles ne seraient donc pas stockées sur les serveurs de l'entreprise, ni même visibles par cette dernière. D'autres prestataires de service indiquent expressément que les clés privées et publiques sont générées et stockées sur les supports de données du prestataire de service, pour le compte de l'utilisateur; ce dernier a en général accès, dans son espace utilisateur, aux clés générées et peut les sauvegarder. Dans la plupart des conditions générales des prestataires de service en ligne examinées, il est fréquent de retrouver à charge de l'utilisateur une obligation de sauvegarder ses clés privées sur ses propres supports, pour prévenir toute perte de données en cas d'arrêt des services fournis.

Dans la plupart des cas, l'ayant-droit dispose donc, respectivement peut en tout temps disposer, des clés d'accès privées et publiques permettant d'envoyer ou de recevoir des bitcoins. Il a ainsi en permanence la maîtrise des bitcoins qui lui appartiennent. L'ayant-droit demeure en tout temps possesseur et propriétaire des bitcoins; il n'est par conséquent pas créancier du prestataire de service, qu'il s'agisse de créance réelle (obligation de restitution), ou de créance en argent. Tout au plus est-il créancier d'une obligation de faire du prestataire de service, consistant à permettre à l'ayant-droit d'utiliser les services du fournisseur au moyen d'une interface API dédiée.

Dans certains cas cependant, les conditions générales examinées laissent entendre que les bitcoins de l'ayant-droit seraient en réalité acquis par le prestataire de services et alloués comptablement à un client, sans que ce dernier ne dispose, ni même ne puisse disposer des clés publiques ou privées. Dans ce cas, et ce cas-là seulement, l'ayant-droit n'a pas la maîtrise de son solde de bitcoins, et dispose d'une créance envers le prestataire de service. Une saisie du solde de bitcoin du prestataire de service aurait alors des effets sur les droits du créancier, contraint

de produire sa créance dans la masse en faillite du prestataire de services.

Une jurisprudence doit encore être mentionnée s'agissant du caractère revendicable, respectivement transférable, d'un logiciel, qui peut s'avérer d'une certaine utilité pour le bitcoin, qui constitue des parties de logiciels. Elle émane du Tribunal cantonal du canton des Grisons, qui a jugé qu'un logiciel ne constitue pas une chose, et ne peut donc être ni saisi, ni revendiqué; seuls les droits d'auteur relatifs à ce logiciel le seraient, à l'exclusion du droit de paternité¹³². En revanche, ce même tribunal a estimé que les droits d'utiliser un logiciel sont saisissables, non pas en tant que choses, mais en tant que créances. Une revendication de ces créances en application des art. 225 et 242 LP ne serait cependant selon lui pas possible¹³³; seuls les exemplaires physiques de l'œuvre peuvent être à la fois saisis et revendiqués¹³⁴. L'on pourrait être tenté d'appliquer au Bitcoin et aux bitcoins cette jurisprudence, et de qualifier de créance le droit d'utiliser le système Bitcoin et donc d'accéder à son *wallet*. Il subsiste cependant une question, de taille: quel est le débiteur de cette créance? A l'évidence personne, ou à l'inverse tous les utilisateurs du Bitcoin, lesquels reconnaissent la valeur des bitcoins. Dans un cas comme dans l'autre, la solution n'est pas satisfaisante.

III. Conclusion

De nos jours, un déposant au sens de la LB ne remet plus que rarement au guichet de sa banque du numéraire, sous forme de billets de banque ou de pièces de monnaies, pour en créditer corollairement son compte bancaire. Généralement, l'établissement bancaire du déposant en question aura au contraire reçu comptablement de l'argent de la part d'un autre établissement bancaire, et aura imputé, toujours comptablement, ce crédit sur le compte du déposant. Or, il est aujourd'hui incontesté qu'un déposant est un créancier vis-à-vis de l'établissement bancaire auprès duquel il a ouvert un compte, pour autant que le solde du compte soit positif. La créance en question, qu'il ne viendrait à l'idée de personne de contester, repose en définitive techniquement sur des informations digitales, exactement comme la détention de bitcoins. Le fait qu'une technologie, aussi promet-

¹³² SKA 07 22, PKG 2008, 69, consid 4.2.aa.

¹³³ SKA 07 22, PKG 2008, 69, consid 4.2.cc.: «Nutzungsrechte an Urheberrechten, respektive die daraus gezogenen geldwerten Leistungen wie beispielsweise Lizenzgebühren sind zwangsvollstreckungsrechtlich nicht als Sache sondern als Forderung zu qualifizieren (Reutter, Urhebervertragsrecht, a.a.O., S. 340 f., mit Hinweis auf BGE 122 III 145/148), weshalb die Vormerknahme einer Drittingentumsansprüche und Aussonderung gemäss Art. 225/242 SchKG von vorneherein nicht in Frage kommen, da sich die genannten Normen nur auf körperliche Sachen und Eigentum beziehen».

¹³⁴ SKA 07 22, PKG 2008, 69, consid 4.2.dd.

¹³¹ JACQUES DE WERRA, *Défis du droit d'auteur dans un monde connecté*, sic! 2014, 194–211, 205.

teuse soit-elle, soit nouvelle, ne doit pas conduire par sa seule nouveauté à surestimer, voire à créer, des obstacles juridiques entravant son application. C'est ce qu'a tenté de démontrer l'analyse développée dans la présente contribution: les outils et concepts juridiques existants permettant d'amener des solutions satisfaisantes dans le domaine de la *blockchain*. En particulier, il est possible de qualifier un solde de bitcoins de chose, saisissable, sujet à revendication, mais ne pouvant en revanche pas faire l'objet d'une distraction d'office.

Le Conseil fédéral a bien compris les enjeux en la matière, puisque le 1^{er} juillet 2017 il a adopté l'entrée en vigueur d'une modification de l'Ordonnance sur les banques «FinTech friendly». De son côté, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA a très tôt mis en place un desk spécialisé permettant de répondre aux besoins et demandes des acteurs de la cryptomonnaie et autres *Smart Contracts*. Elle a récemment publié une Communication FINMA sur la surveillance 04/2017 relative aux *Initial Coin Offerings*, démontrant ainsi sa réactivité et son souhait d'encadrer lesdites ICO sans pour autant les interdire. L'on notera que dans le même temps, certains États, redoutant un affaiblissement de leur monnaie nationale, ont quant à eux purement et simplement interdit l'utilisation des cryptomonnaies.
