

NE BLOQUONS PAS LA CHAÎNE DE BLOCS : QUE PEUT FAIRE LE CANADA POUR SE PRÉMUNIR DU BLANCHIMENT D'ARGENT TOUT EN RESTANT COMPÉTITIF À L'ÉCHELLE MONDIALE

RÉSUMÉ

Le présent mémoire se penche sur l'environnement actuel des cryptoactifs au Canada. Notre objectif est double : réfléchir aux moyens que pourrait utiliser le gouvernement du Canada pour contribuer à renforcer la confiance du public à l'égard du système financier, en le protégeant du blanchiment d'argent et du financement d'activités terroristes, tout en favorisant un climat national permettant aux participants du secteur des cryptoactifs et des chaînes de blocs de prospérer et d'être concurrentiels à l'échelle internationale.

1. INTRODUCTION

Dans l'univers et l'économie numériques d'aujourd'hui, dans lesquels les transactions connaissent peu de frontières, la lutte au blanchiment d'argent (LBA) et la lutte au financement d'activités terroristes (LFAT) exige une coopération internationale accrue, notamment au chapitre de l'interopérabilité¹ et de l'échange de données entre différents intervenants nationaux. Une telle interopérabilité est nécessaire à l'intervention du Canada, tant à l'échelle nationale, en tant que membre fondateur du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)² qu'au sein de la communauté internationale. Pour combattre ces menaces, le gouvernement du Canada a adopté un cadre législatif de LBA et de LFAT, dont la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes (LRPCFAT)*³, qui fait actuellement l'objet d'un examen législatif⁴. Parallèlement, le gouvernement du Canada a publié, le 9 juin dernier⁵, un projet de modification réglementaire en vertu de la *LRPCFAT 2018*⁶ pour permettre « le renforcement du régime canadien de [LBA et LFAT] et l'harmonisation de ses mesures avec les normes du GAFI » et, par le fait même, le respect de ses engagements internationaux (ci-après « projet de modification réglementaire »). D'après le *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR)* du 9 juin 2018 de ce projet de modification réglementaire (c'est nous qui soulignons) :

¹ Dans le chapitre 1 du rapport *Le point de la vérificatrice générale du Canada* de mars 2009, on définit l'interopérabilité comme étant la « capacité des nombreux systèmes d'information sur la sécurité du gouvernement fédéral de bien fonctionner ensemble sur les plans technique, légal, sémantique (au moyen d'une terminologie normalisée) et culturel (grâce à la volonté des organisations d'échanger de l'information) ». En ligne : <www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_oag_200903_01_f_32288.html>.

² Gouvernement du Canada, *Blanchiment d'argent*, 2017. En ligne : <http://international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/money_laundering-blanchiment_dargent.aspx?lang=fra>.

³ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch 17, [LRPCFAT].

⁴ Gouvernement du Canada, Ministère des Finances, Examen du Régime canadien de lutte contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, 2018. En ligne : <www.fin.gc.ca/activity/consult/amlatfr-rpcfata-fra.asp>.

⁵ *Ibidem*.

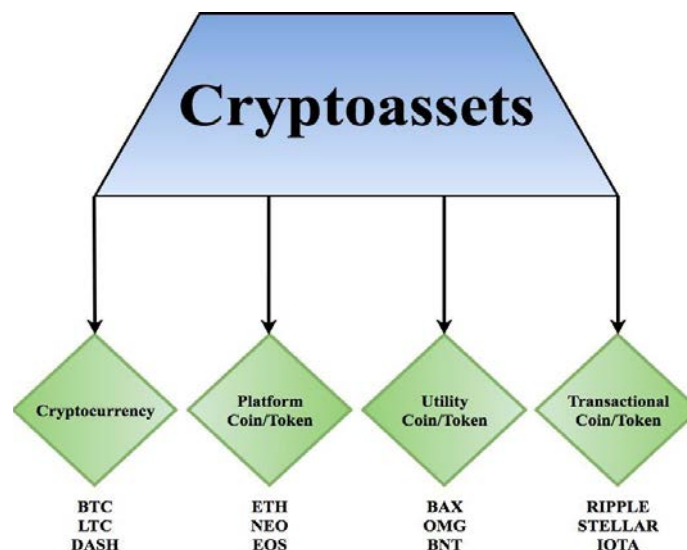
⁶ Gouvernement du Canada, *La Gazette du Canada, Partie I, volume 152, numéro 23 : Règlement modifiant certains règlements pris en vertu de la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes (2018)*. En ligne : <www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2018/2018-06-09/html/reg1-fra.html>.

« Les modifications proposées aux règlements renforceront le régime canadien de LRPC/FAT en mettant à jour les exigences du devoir de vigilance à l'égard de la clientèle et les exigences de déclaration de la propriété effective; en réglementant les entreprises qui font le commerce de la monnaie virtuelle; en mettant à jour les annexes aux règlements; en incluant les entreprises étrangères de services monétaires dans le régime canadien de [LBA et de LFAT]; en précisant un certain nombre d'exigences actuelles; en apportant des modifications techniques mineures. »⁷

2. QU'EST-CE QU'UN CRYPTOACTIF?

On dit souvent que les bitcoins, ethers et ripples sont des monnaies virtuelles, ce qui est quelque peu inapproprié, puisque ces « unités » ne sont pas composées de monnaies. En réalité, nous devrions plutôt leur donner le nom de « cryptoactifs ». Or, on utilise le terme « monnaie virtuelle » dans le projet de modification réglementaire⁸ du ministère des Finances, ce qui crée un vide juridique, puisque ni ledit terme ni les synonymes souvent utilisés, à savoir « monnaie numérique » et « argent électronique », ne sont définis dans la législation canadienne. En outre, les mots « argent » et « monnaie » ne décrivent pas exactement les caractéristiques inhérentes des cryptoactifs, c'est-à-dire le fait que les cryptoactifs ne sont pas des réserves de valeur. De plus, de telles unités ne devraient pas se voir conférer le statut de marchandises ou de valeurs mobilières, comme nous l'expliquerons plus loin dans le présent document. Par conséquent, nous utiliserons le terme cryptoactif dans notre texte, et ce, tant par souci d'uniformité que pour en faciliter la lecture. Nous présentons, dans la figure 1, les catégories de cryptoactifs.

Figure 1 : Catégories de cryptoactifs⁹



⁷ *Ibidem*.

⁸ *Gazette du Canada*, *supra* note 1.

⁹ Adam Haeems, « What is a crypto-asset », in *Medium*, (blogue), 27 avril 2018. En ligne : <<https://medium.com/babb/what-is-a-crypto-asset-1f0fcc517887>>.

Cryptoassets	Cryptoactifs
Cryptocurrency	Cryptomonnaie
Platform coin/token	Cybermonnaie ou jeton de plateforme
Utility coin/token	Cybermonnaie ou jeton d'utilité
Transactional coin/token	Cybermonnaie ou jeton transactionnels
BTC	BTC
LTC	LTC
DASH	DASH
ETH	ETH
NEO	NEO
EOS	EOS
BAX	BAX
OMG	OMG
BNT	BNT
RIPPLE	RIPPLE
STELLAR	STELLAR
IOTA	IOTA

L'utilisation du terme cryptoactif pour décrire les actifs numériques inscrits dans des registres publics distribués est relativement récente. Les cryptoactifs facilitent la décentralisation des industries en éliminant les intermédiaires grâce au recours à la cryptographie et au réseautage de pair à pair, ce qui permet une réduction de coûts¹⁰, de même qu'une efficacité et une exactitude accrues. Si des termes comme cryptomonnaie, monnaie virtuelle, jeton d'utilité, jeton transactionnel et jeton de plateforme sont souvent utilisés indistinctement, nous pouvons sans contredit affirmer que tous ses termes entrent dans la catégorie des cryptoactifs.

Dans l'univers réglementaire canadien, plusieurs autorités réglementaires se sont heurtées à la difficulté de définir les « monnaies virtuelles », y compris les cryptoactifs, en tentant de les faire entrer dans la catégorie des monnaies, des valeurs mobilières ou des marchandises. Aux États-Unis, les autorités réglementaires ont rencontré des problèmes similaires. En juillet 2017, la Securities and Exchange Commission (SEC) des États-Unis a statué que les cryptoactifs ou, dans la terminologie de la SEC, les « actifs numériques » seraient assujettis à ses lois en matière de valeurs mobilières¹¹. Moins d'un an plus tard, en juin 2018, le directeur des finances d'entreprise de la SEC a affirmé, lors de sa présentation dans le cadre de l'événement *Yahoo! All Markets Summit : Crypto*, que la SEC ne considérerait plus les bitcoins et les ethers comme des valeurs mobilières¹².

Par ailleurs, le Financial Crimes Enforcement Network des États-Unis (FINCEN) a conclu un règlement à l'amiable avec Ripple Labs inc. et sa filiale XRP II, LLC dans une poursuite au civil de 700 000 \$, lors de

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Securities and Exchange Commission, *Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO*, Communiqué 81207, 25 juillet 2017. En ligne : <www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf>.

¹² William Hinman, *Digital Asset Transactions: When Howey Met Gary (Plastic)*, 14 juin 2018. En ligne : <www.sec.gov/news/speech/speech-hinman-061418>.

laquelle il était évident que le FINCEN considérait que XRP était le réseau de monnaie de Ripple, au vu de l'énoncé des faits de l'entente de règlement¹³. En outre, depuis le 17 septembre 2015, la Commodity Futures Trading Commission des États-Unis (CFTC) considère les bitcoins et les autres monnaies virtuelles comme des marchandises, tel qu'établi dans l'affaire *Coinflip, Inc., d/b/a Derivabit, and Francisco Riordan*¹⁴. Cette décision a été confirmée en mars 2018, lors de l'octroi d'une injonction préliminaire de la CFTC contre Patrick K. McDonnell et CabbageTech, Corp. d/b/a Coin Drop Markets, lorsqu'un juge fédéral a établi que les monnaies virtuelles comme les bitcoins seraient assujetties aux réglementations relatives aux marchandises de la CFTC¹⁵.

3. QU'EST-CE QU'UNE CHAÎNE DE BLOCS?

Pour comprendre les cryptoactifs, nous devons d'abord présenter la technologie sous-jacente qui permet la création de cryptoactifs. L'une des caractéristiques des cryptoactifs est l'utilisation de la technologie de chaînes de blocs, qui assure l'anonymat aux utilisateurs et offre une structure au système de paiement¹⁶. La chaîne de blocs est un registre distribué qui est habituellement géré par un réseau de pair à pair¹⁷. Dans une chaîne de blocs, chaque transaction est séparée en plusieurs blocs reliés à l'aide de l'empreinte numérique (ou condensé) du bloc précédent, que l'on appelle le bloc « parent »¹⁸. Chaque bloc contient plusieurs transactions. La chaîne de blocs se forme par la condensation des blocs. De nouveaux blocs s'ajoutent par minage, un processus qui récompense les mineurs en leur offrant un certain montant de cryptoactifs en échange de la résolution d'équations mathématiques à l'aide de calculs électroniques¹⁹. Une estampille temporelle et un « nonce » (*Number Only Used Once*), c'est-à-dire un nombre pseudo-aléatoire de vérification de l'empreinte numérique, sont aussi intégrés dans chacun des blocs.

La chaîne de blocs est un moyen unique de prévenir la fraude, puisque tout changement à un bloc altère automatiquement son empreinte numérique. De plus, un bloc doit être validé avant d'être ajouté à une chaîne. Dans un réseau, une majorité de nœuds (un ordinateur connecté à un réseau de cryptoactifs) doit s'entendre sur la validité des transactions d'un bloc et sur la validité du bloc lui-même grâce à un mécanisme de consensus²⁰ avant qu'un bloc puisse être ajouté à la chaîne de blocs. Lorsque l'information est intégrée à la chaîne de blocs, elle ne peut plus être effacée, ce qui permet la création d'un registre

¹³ Gouvernement des États-Unis, Département de la Justice, Procureur général des États-Unis du Northern District de la Californie, *Settlement Agreement* (entre le Procureur général des États-Unis du Northern District de la Californie et Ripple Labs inc.). En ligne : <www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/05/05/settlement_agreement.pdf>.

¹⁴ Commission du commerce à terme des marchandises des États-Unis, *Plumitif 15-29*.

¹⁵ Cour de district des États-Unis (Eastern District de New York), *Commodity Futures Trading Commission v Patrick K. McDonnell, and CabbageTech Corp. d/b/a Coin Drop Markets*, Memorandum and Order, 18-CV -361, 2018. <www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@Irenforcementactions/documents/legalpleading/enfcoindroporder030618.pdf> [CabbageTech]

¹⁶ IBM, *IBM Announces Major Blockchain Solution to Speed Global Payments*, communiqué de presse, 16 octobre 2017. En ligne : <www-03.ibm.com/press/us/en/pressrelease/53290.wss>.

¹⁷ Yan Chen, « Blockchain Tokens and the Potential Democratization of Entrepreneurship and Innovation », in *Business Horizons*, vol. 61, no 2, 2017, page 567.

¹⁸ M. Nofer *et al*, « Blockchain », in *Business & Information Systems Engineering*, vol. 59, no 3, 2017, page 183.

¹⁹ Oleg Straitev, « Crypto-currency and Blockchain: How to Regulate Something We Do Not Understand », in *Business and Finance Law Review*, vol 33, no 2, 2018, page 90.

²⁰Nofer, *supra* note 19, page 184.

public et vérifiable, où toutes les transactions effectuées sur cette chaîne de blocs peuvent être consultées²¹. Une copie de la chaîne de blocs est automatiquement téléchargée sur tous les ordinateurs connectés au réseau de cryptoactifs²².

4. QU'EST-CE QU'UNE MONNAIE?

Au Canada, le terme « monnaie » est défini et régi en vertu de la *Loi sur la monnaie*²³. Cette dernière établit que l'unité monétaire du Canada est le dollar canadien (\$ CA) et que les valeurs nominales de la monnaie canadienne sont le dollar et le cent²⁴. En vertu du paragraphe 13(1) de la *Loi sur la monnaie*, il est prévu que (c'est nous qui soulignons) :

« Les actes et opérations, notamment contrats, ventes, paiements, effets, billets, titres et valeurs, relatifs à une somme d'argent ou prévoyant soit le paiement d'une somme d'argent, soit l'obligation d'en payer une, se font d'après la monnaie canadienne, s'ils ne se font pas suivant :

- a) soit la monnaie d'un pays étranger;
- b) soit une unité de compte définie par rapport aux monnaies de plusieurs pays. »

La *Loi sur la monnaie* prévoit également que les seules pièces de monnaie ayant cours légal au Canada sont celles émises par la Monnaie royale du Canada ou émises « dans le cadre des attributions de la Couronne dans une province avant que celle-ci ne fasse partie du Canada et qui, avant le 15 octobre 1952, avaient cours légal et pouvoir libératoire au Canada »²⁵. La valeur de la monnaie comme paiement en argent « [traduction] découle uniquement du statut de cours légal qui lui est conféré en vertu du paragraphe 8(1) de la *Loi sur la monnaie* »²⁶.

5. LES CRYPTOACTIFS SONT-ILS DE LA MONNAIE?

Si l'on accorde le statut de monnaie aux cryptoactifs, cela signifie que l'on pourrait les utiliser pour acheter des biens et services. Nous pourrions bien sûr souligner que les cryptoactifs ne sont pas des monnaies à proprement parler, étant donné que selon la définition générale une monnaie se compose « [traduction] de billets et de pièces à valeur nominale fixe émis ou autorisés par la Banque centrale ou le

²¹ Steve Mitch, « Crypto Currency & Block Chain Technology: A Decentralized Future », in *RBC Capital Markets*, 3 janvier 2018, page 1. En ligne : <<https://ca.rbcwealthmanagement.com/documents/616937/616953/Crypto+Currency+%2B%20Blockchain+-+RBC+-+2018+01+03.pdf/6f959d80-b77b-43c4-80cb-38e1187793a1>>.

²² « Blockchain », in *Investopedia*. En ligne : <www.investopedia.com/terms/b/blockchain.asp>.

²³ *Loi sur la monnaie*, R.C.S., 1985, chapitre C-52.

²⁴ *Ibidem*, articles 3 et 7.

²⁵ *Ibidem*, alinéa 7(1)(b).

²⁶ Guy David, « Money in Canadian Law », in *Canadian Bar Review*, vol. 65, no 1, 1986, pages 192 à 200.

gouvernement »²⁷. Or, il a été mentionné que le réseau Bitcoin, notamment, opère sans mécanisme directeur centralisé et sans intervention d'une autorité réglementaire privée centralisée²⁸.

La *Loi sur la monnaie*, qui est le fondement législatif de la réglementation de la monnaie au Canada, exige que l'argent²⁹ ou la monnaie servent trois fonctions primaires³⁰ :

- i. être un moyen d'échange généralement accepté;
- ii. servir d'unité de compte;
- iii. servir potentiellement de réserve de valeur.

Les cryptoactifs devraient satisfaire ces trois critères pour être considérés comme de l'argent en vertu des lignes directrices de la Banque du Canada. Nous ne prétendons nullement que les cryptoactifs ne peuvent servir d'unité de compte, mais force est de constater qu'ils ne parviennent pas à répondre aux critères de moyen d'échange généralement accepté et de réserve de valeur. Néanmoins, cela n'est pas impossible, puisque des commerçants partout au pays acceptent les transactions en cryptoactifs, notamment en bitcoins. L'un des enjeux de la légitimation des cryptoactifs en tant que monnaie est qu'un grand nombre de commerçants acceptant les cryptoactifs continuent à exprimer « la valeur sous-jacente de la transaction [...] dans une monnaie nationale comme le dollar américain ou canadien »³¹, au lieu de l'exprimer en cryptoactifs.

Plusieurs institutions financières canadiennes interdisent actuellement à leurs clients d'effectuer des achats en cryptoactifs avec leur carte de crédit ou de débit³², dont BMO Groupe financier et la Banque TD, tandis que la Banque royale du Canada accepte les transactions en cryptoactifs en de rares circonstances. Dans une note de service de BMO ayant fait l'objet d'une fuite, BMO maintenait apparemment sa décision d'interdire ces transactions en raison de la volatilité des cryptoactifs, de même que pour mieux protéger la sécurité de ses clients et de la banque³³.

Le climat dominant actuel indique que la majorité des institutions financières du Canada sont hésitantes à gérer tout ce qui touche aux cryptoactifs, y compris leurs échanges. Une telle réticence n'est pas l'apanage du Canada. La Commonwealth Bank of Australia a annoncé qu'elle ne permettrait plus à ses clients d'acquérir des cryptoactifs avec leur carte de crédit : « [traduction] nous avons pris cette décision parce que nous considérons que les monnaies virtuelles ne satisfont pas aux normes minimales en matière de réglementation, de fiabilité et de réputation, comparativement aux devises que nous offrons à nos clients.

²⁷ Organisation de coopération et de développement économiques, *Public Sector Debt: Instruction*, pages 1 à 6. En ligne : <www.oecd.org/statistics/data-collection/Public%20sector%20Debt_guidelines.pdf>.

²⁸ Rainer Kulms, « Bitcoin – a Technology and a Currency », in *Central Bank Journal of Law and Finance*, no 1, 2016.

²⁹ Straitev, *supra* note 20, page 199.

³⁰ Johnson Grahame et Pomorski Lukasz, *Séance d'information sur les monnaies électroniques*, 2 avril 2014, page 2. En ligne : <www.banqueducanada.ca/wp-content/uploads/2014/04/discours_senat.pdf>.

³¹ *Ibidem*.

³² Nathan Reiff, « Canada Banks Ban Users from Buying Cryptocurrency », in *Investopedia*, 11 avril 2018. En ligne : <www.investopedia.com/news/canada-banks-ban-users-buying-cryptocurrency/>.

³³ Aziz Abdel-Qader, « Cryptocurrency Ban Expands Across Canadian Banks as BMO Joins Crackdown », in *Finance Magnates*, 30 mars 2018. En ligne : <www.financemagnates.com/cryptocurrency/news/cryptocurrency-ban-expands-across-canadian-banks-bmo-joins-%E2%80%8Ecrackdown/>.

Étant donné la nature changeante et volatile des marchés de monnaies virtuelles, cette position sera revue périodiquement »³⁴.

Il est difficile d'affirmer que les cryptoactifs devraient avoir le statut de monnaie alors que les institutions les plus étroitement liées à l'univers de l'échange de monnaies hésitent à permettre à leurs clients d'acheter des cryptoactifs avec leurs cartes de débit et de crédit. Dans le cas du secteur du cannabis au Canada, il semble que les institutions financières pourraient hésiter à faciliter les transactions en cryptoactifs lorsque la loi canadienne sera pleinement en vigueur, comme en témoigne le récent prêt de 250 millions \$ accordé par BMO Groupe financier, l'une des six grandes banques canadiennes, à Aurora Cannabis inc.³⁵

Si certains sont d'avis que les cryptoactifs pourraient servir de réserve de valeur, leur extrême volatilité nuirait considérablement à leur utilisation comme monnaie. Le Bitcoin, par exemple, a connu une croissance de 1 318 % en 2017, alors qu'il n'occupait que le 14^e rang des cryptoactifs à la croissance la plus rapide cette année-là. Le Ripple, qui a connu le meilleur rendement en 2017, a vu sa valeur augmenter de 36 018 %, suivi du NEM et de l'Ardo, avec une hausse respective de 29 842 % et de 16 808 %³⁶. L'Ether, par sa part, a connu une augmentation de 9 162 % en 2017³⁷. D'après Gangwal *et al*, la volatilité quotidienne des bitcoins s'élève à 7,18 %, soit environ 10 fois plus que la volatilité des monnaies à cours forcé endossées par les banques centrales et les gouvernements³⁸. Pour avoir le statut légitime de réserve de valeur, « [traduction] un agent économique doit être en mesure de transférer son pouvoir d'achat au fil du temps, particulièrement à court terme »³⁹. Cette extrême volatilité des prix contribue donc à rejeter vigoureusement l'argument que les cryptoactifs devraient être considérés comme des réserves de valeur et, incidemment, être réglementés comme une monnaie.

En d'autres mots, le Parlement canadien devrait modifier la *Loi sur la monnaie* pour que les cryptoactifs puissent entrer dans cette catégorie. Or, au vu de ce que nous venons de présenter, il serait inapproprié de considérer les cryptoactifs comme une monnaie à proprement parler.

6. QU'EST-CE QU'UNE VALEUR MOBILIÈRE?

Pour déterminer si un cryptoactif relève de la législation provinciale et territoriale en matière de valeurs mobilières, il est essentiel de comprendre ce qu'est une valeur mobilière conformément aux lois sur la question. De façon générale, les valeurs mobilières sont des instruments financiers ou des créances émises

³⁴ Commonwealth Bank of Australia, *Commonwealth Bank Blocks Credit Card Purchases of Virtual Currencies*, 14 février 2018. En ligne : <www.commbank.com.au/cs/newsroom/virtual-currency-creditcard-block-201802.html?ei=card-view>.

³⁵ The Canadian Press, « Aurora Cannabis signs loan deal for up to \$250-million with Bank of Montreal », *The Globe and Mail*, 26 juin 2018. En ligne : <www.theglobeandmail.com/business/article-aurora-cannabis-signs-loan-deal-for-up-to-250-million-with-bank-of/>.

³⁶ Wong, Ian Joon, « 2017's biggest cryptoassets ranked by performance », in *The Atlas*. En ligne : <www.theatlas.com/charts/B1pWqcDQM>.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Sashwat Gangwal et François Longin, *Extreme Movements in Bitcoin prices: A study based on extreme value theory*, 2017, page 5. En ligne : <www.longin.fr/Recherche_Publications/Resume_pdf/Gangwal_Longin_Extreme_movements_Bitcoin_prices.pdf>.

³⁹ *Ibidem*, page 6.

par des entreprises ou des institutions financières afin de mobiliser des capitaux auprès d'investisseurs. Si le terme « valeur mobilière » n'est pas défini dans toutes les lois provinciales et territoriales en la matière, on en trouve une définition dans la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario⁴⁰.

⁴⁰ *Lois sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, chapitre S.5, paragraphe 1(1), [*Lois sur les valeurs mobilières*].

Valeur mobilière « s'entend notamment, que ce soit à l'égard d'un émetteur ou d'un émetteur éventuel :

- a) d'un document, acte ou écrit généralement appelé valeur mobilière;
- b) d'un document constituant la preuve d'un titre sur le capital, l'actif, les biens, les profits, les gains ou les redevances d'une personne ou compagnie, ou d'un intérêt dans ceux-ci;
- c) d'un document constituant la preuve d'un intérêt dans une association de légataires ou d'héritiers;
- d) d'un document constituant la preuve d'une option sur une valeur mobilière, d'une souscription d'une valeur mobilière ou d'un autre intérêt dans une valeur mobilière;
- e) d'une obligation, d'une débenture, d'un billet ou de tout autre titre constatant une créance ou d'une action, d'une part, d'un certificat de part, d'un certificat de participation, d'un certificat d'action ou d'intérêt, d'un certificat de préorganisation ou d'une souscription, à l'exclusion :
 - (i) d'un contrat d'assurance délivré par une compagnie d'assurance titulaire d'un permis délivré aux termes de la *Loi sur les assurances*,
 - (ii) d'un titre constatant un dépôt émis par une banque mentionnée à l'annexe I, II ou III de la *Loi sur les banques* (Canada), par une caisse ou une fédération à laquelle s'applique la *Loi de 1994 sur les caisses populaires et les credit unions*, par une société de prêt ou de fiducie inscrite en application de la *Loi sur les sociétés de prêt et de fiducie* ou par une association à laquelle s'applique la *Loi sur les associations coopératives de crédit* (Canada);
- f) d'une convention en vertu de laquelle l'intérêt de l'acheteur est évalué, aux fins d'une conversion ou d'un rachat, en fonction de la valeur d'un intérêt proportionnel dans un portefeuille déterminé d'éléments d'actif, à l'exclusion d'un contrat délivré par une compagnie d'assurance titulaire d'un permis délivré aux termes de la *Loi sur les assurances* si ce contrat prévoit le paiement, à l'échéance, d'un montant qui n'est pas inférieur aux trois quarts des primes payées par l'acheteur pour un avantage payable à l'échéance;
- g) d'une convention qui prévoit que l'argent reçu sera remboursé ou considéré comme une souscription d'actions, de parts ou d'intérêts au choix du bénéficiaire ou de toute personne ou compagnie;
- h) d'un certificat attestant une participation ou un intérêt dans une fiducie, une succession ou une association;
- i) d'une convention ou d'un certificat de participation aux bénéfices;
- j) d'un certificat attestant l'existence d'un intérêt dans un bail, dans une concession minière ou dans un certificat de placement minier en fiducie portant sur des redevances et assorti du droit de vote et portant sur du pétrole, du gaz naturel ou du minerai;
- k) d'un bail, d'un droit à des redevances ou d'un autre intérêt ou fraction d'intérêt relatif à l'exploitation de pétrole ou de gaz naturel;
- l) d'un certificat de fiducie en nantissement;
- m) d'un contrat assurant le paiement d'un revenu ou d'une rente, si ce contrat n'est pas délivré par une compagnie d'assurance;
- n) d'un contrat d'investissement;
- o) d'un document constituant une preuve de l'existence d'un intérêt dans un régime ou une fiducie de bourse d'études ou de promotion de l'instruction;
- p) d'un contrat à terme sur marchandises ou d'une option sur contrat à terme sur marchandises qui ne fait pas l'objet d'un commerce d'opérations dans une bourse de contrats à terme sur marchandises inscrite ou reconnue par la Commission en vertu de la *Loi sur les contrats à terme sur marchandises* ou dont la forme n'est pas acceptée par le directeur désigné en vertu de cette loi. »

Au Canada, les valeurs mobilières sont réglementées par les autorités provinciales ou territoriales, qui sont organisées et coordonnées⁴¹ sous l'égide des Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM). Leur objectif est d'assurer une certaine uniformité et conformité au sein des 13 provinces et territoires du pays. De temps à autre, les autorités réglementaires provinciales et territoriales émettent des politiques qui permettent de mieux comprendre leur interprétation des lois actuelles sur les valeurs mobilières⁴². Les avis du personnel des ACVM fournissent également de l'information sur les politiques qui pourraient être mises en place par les autorités réglementaires provinciales et territoriales. Les objectifs des autorités réglementaires des valeurs mobilières sont relativement constants, puisqu'ils partent souvent du principe que « [traduction] les investisseurs versent de grosses sommes d'argent à des étrangers pour obtenir des droits immatériels, dont la valeur dépend entièrement de la qualité de l'information que l'investisseur reçoit et de l'honnêteté du vendeur »⁴³.

Le but des lois provinciales et territoriales sur les valeurs mobilières est relativement standardisé. On peut lire, par exemple, au paragraphe 1.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, que :

« Les objets de la présente loi sont les suivants :

- a) protéger les investisseurs contre les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses;
- b) favoriser des marchés financiers justes et efficaces et la confiance en ceux-ci.
- c) contribuer à la stabilité du système financier et à la réduction du risque systémique. »⁴⁴

Le problème associé à l'assujettissement des cryptoactifs à la réglementation sur les valeurs mobilières est apparu après l'incident survenu aux États-Unis en 2016, à savoir la tentative de vol de cryptomonnaie après la première émission de cryptomonnaie (PEC) ayant permis de réunir 150 millions \$ US, devenant ainsi le plus grand projet de financement participatif de l'histoire⁴⁵. Un pirate informatique avait alors profité d'une anomalie dans le système pour détourner environ 50 millions \$ US d'actifs vers un autre compte⁴⁶. Bien que le pirate n'ait pas reçu les actifs et que la transaction ait été annulée, cette attaque a soulevé énormément de questions sur le régime réglementaire auquel devraient être assujetties les PEC⁴⁷. Après cette attaque, la SEC a publié un rapport qui cherchait à déterminer si la PEC concernée par ladite attaque, ainsi que les autres cryptoactifs, devrait être régie par les lois fédérales des États-Unis en matière de valeurs mobilières⁴⁸. La SEC était d'avis que plusieurs cryptoactifs entraient dans le champ d'application

⁴¹ Autorités canadiennes des valeurs mobilières, *Présentation des ACVM*. En ligne : <www.autorites-valeurs-mobilieres.ca/presentation_des_ACVM.aspx?ID=45&LangType=1036>.

⁴² *Loi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 41, paragraphe 143.8.

⁴³ Bernard Black, « The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets », in *UCLA Law Review*, vol. 48, no 4, 2001. En ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=182169>.

⁴⁴ *Lois sur les valeurs mobilières*, *supra* note 41.

⁴⁵ David Siegel, « Understanding the DAO Attack », in *Coindesk* (blogue), 25 juin 2016. En ligne : <www.coindesk.com/understanding-dao-hack-journalists/>.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Commission des valeurs mobilières des États-Unis, *Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO*, Déclaration 81207, 2017.

de la *Securities Act*⁴⁹. Elle concluait en fait que bien des cryptoactifs pourraient à première vue être considérés comme des « contrats d'investissement » en vertu de l'alinéa 2(a)(1) de la *Securities Act* des États-Unis⁵⁰.

Le 24 août 2017, en réaction avec les constatations de la SEC, les ACVM émettent l'*Avis 46-307 du personnel des ACVM*⁵¹, dans lequel elles avertissent que de nombreuses émissions de cryptomonnaies, comme des PEC, des premières émissions de jetons (PEJ) et des ventes de valeurs mobilières de fonds d'investissement en cryptomonnaies pourraient entrer dans le champ des lois canadiennes sur les valeurs mobilières, puisqu'elles seraient considérées comme des contrats d'investissement (un statut similaire à celui accordé précédemment aux États-Unis). Pour soutenir cette position, les ACVM font référence aux quatre critères mentionnés dans l'affaire *Pacific Coast Coin Exchange c. Ontario (Securities Commission)*⁵² (*Pacific Coast*) pour déterminer si une cybermonnaie ou un jeton serait considéré comme un contrat d'investissement⁵³ :

- (1) l'investissement d'argent;

⁴⁹ *Securities Act*, Pub L No 73-22, 48 Stat 74.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Autorités canadiennes en valeurs mobilières, *Avis 46-307 du personnel des ACVM : Les émissions de cryptomonnaies*, 24 août 2017. En ligne : <<https://lautorite.gc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-acvm-staff/2017/2017aout24-46-307-avis-acvm-fr.pdf>>.

⁵² *Pacific Coast Coin Exchange c. Ontario Securities Commission*, [1978] 2 R.C.S. 112, 1977, CarswellOnt 50, 2 BLR 212 [*Pacific Coast*]. Au nom de la majorité, à la page 113 et 114 :

« Les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: L'article 35 de la *Loi* interdit à quiconque de faire le commerce de valeurs mobilières sans un prospectus et le sous-al. 1(1)(22)xiii définit les valeurs mobilières comme comprenant "tout contrat de placement autre qu'un contrat de placement au sens de *The Investment Contracts Act*". [Le contrat en question n'est pas visé par *The Investment Contracts Act*]. Bien que l'expression "contrat de placement" ne soit pas définie, le but de la législation est nettement la protection du public par la divulgation complète et juste des faits relatifs aux valeurs mobilières émises. Les quatorze alinéas de la définition englobent pratiquement tous les types de transaction au point que la portée de cette définition a dû être limitée par une longue liste d'exceptions que l'on trouve à l'art. 19. Les catégories de la définition ne sont pas mutuellement exclusives et jouent le rôle de "fourre-tout". On doit donner à ce genre de législation protectrice une interprétation large. L'élément décisif est le fond et non la forme. La législation ne vise pas uniquement les plans qui sont effectivement frauduleux; elle a plutôt trait aux accords qui ne permettent pas aux clients de connaître exactement la valeur de leur investissement.

C'est en ayant tout ce qui précède à l'esprit que la Cour suprême des États-Unis a établi dans l'arrêt *SEC v. W.J. Howey Co.*, 328 U.S. 293 (1946), le critère suivant: "Est-ce que le plan implique 'un investissement d'argent dans une entreprise commune, dont les profits sont uniquement le fruit du labeur de tiers'?" En l'espèce, il convient de répondre par l'affirmative à tous les aspects de ce critère. Il ne fait aucun doute qu'il y a eu un placement de fonds; quant à la question de l'entreprise commune, la seule communauté d'intérêt nécessaire à l'existence d'un contrat de placement est celle qui existe entre l'investisseur et le promoteur; et quant à la subordination du client vis-à-vis du succès de l'entreprise, le sort de l'investissement de chaque client est en définitive subordonné à la façon dont sont administrés les fonds obtenus par l'appelante. Le critère qui permet de déterminer les réalités économiques d'une vente de valeurs mobilières, énoncé par la Cour suprême d'Hawaï dans *State of Hawaii v. Hawaii Market Center, Inc.*, 485 P. 2d. 105, fondé sur le recours à "la notion de capitaux spéculatifs" mène à la même conclusion, que la convention en question est un contrat de placement.

A la demande des parties, les faits ont été examinés uniquement à la lumière des critères énoncés dans les arrêts *Howey* et *Hawaii*. Toutefois, un point de vue plus large aurait pu être adopté. Le législateur a nettement voulu adoucir la règle *caveat emptor* dans les transactions portant sur des valeurs mobilières et les tribunaux dans des décisions antérieures s'avèrent inefficaces et doivent être constamment élargis. »

⁵³ *Ibidem*, page 128.

- (2) dans une entreprise commune;
- (3) dans l'expectative d'un profit;
- (4) qui proviendra en grande partie des efforts d'autrui.

En vertu de la jurisprudence actuelle, il faut répondre oui à toutes ces questions pour qu'un cryptoactif soit considéré comme un contrat d'investissement. Et ce n'est qu'alors qu'un cryptoactif peut être considéré comme une valeur mobilière et, par conséquent, assujéti aux lois canadiennes sur les valeurs mobilières.

Il est intéressant de noter que dans l'*Avis 46-308 du personnel des ACVM*⁵⁴ du 11 juin 2018, on énumère 14 situations associées à la présence d'un élément, ou plus, d'un contrat d'investissement. Or, dans l'*Avis 46-308 du personnel*, on fait également référence à une autre de leurs publications, à savoir l'*Avis 46-307 du personnel des ACVM* (c'est nous qui soulignons) :

« Comme nous l'avons indiqué dans l'*Avis 46-307*, chaque émission est unique et doit être évaluée en fonction des caractéristiques qui lui sont propres. Une émission de jetons pourrait consister en un placement de titres, notamment en raison de ce qui suit :

- l'émission constitue le placement d'un contrat d'investissement;
- l'émission ou les jetons émis sont des titres visés par un ou plusieurs des autres éléments faisant partie de la définition de "titre" ou peuvent constituer un titre qui n'est pas visé par la liste non exclusive des catégories de titres énumérées.

Pour établir si l'on est en présence d'un contrat d'investissement, la jurisprudence adopte une interprétation qui est notamment dans l'optique de la protection de l'investisseur. Il est particulièrement important que les entreprises examinent cette question dans le contexte d'émissions de jetons pouvant comporter un risque élevé de perte pour les investisseurs. *Les entreprises et leurs conseillers professionnels devraient examiner et appliquer la jurisprudence donnant une interprétation du terme "contrat d'investissement" [NBP 1], y compris pour déterminer si l'émission comprend les éléments suivants :*

1. l'investissement d'une somme d'argent;
2. dans une entreprise commune;
3. dans l'expectative d'un profit;
4. qui proviendra en grande partie des efforts d'autrui.

Pour déterminer si une émission de jetons consiste en un contrat d'investissement, les entreprises et leurs conseillers professionnels devraient évaluer non seulement les caractéristiques techniques du jeton lui-même, mais aussi du contexte économique de l'émission dans son ensemble, en tenant compte plus particulièrement de la prééminence de la substance sur la forme.

⁵⁴ Autorités canadiennes en valeurs mobilières, *Avis du personnel 46-308 des ACVM : Incidence de la législation en valeurs mobilières sur les émissions de jetons*, 11 juin 2018. En ligne : <https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-acvm-staff/2018/2018juin11-46-308-avis-acvm-fr.pdf>

Selon les commentaires que nous avons reçus d'entreprises et de leurs conseillers professionnels, une émission de jeton projeté ne porte pas sur des titres, puisque les jetons seront affectés à un logiciel, à une application ou à une plateforme en ligne, ou encore à l'achat de biens et de services. Toutefois, nous avons constaté lors des examens menés jusqu'à présent que la plupart des émissions de jetons censés être des jetons utilitaires constituaient le placement d'un titre, à savoir un contrat d'investissement. Le fait qu'un jeton a une fonction utilitaire n'est pas, en soi, un facteur déterminant quant à la question de savoir si une émission constitue le placement d'un titre.

Exemples de situations et leurs incidences possibles sur un ou plusieurs éléments d'un contrat d'investissements

Nous avons recensé dans le tableau ci-après des situations qui ont une incidence sur la présence d'un ou de plusieurs éléments d'un contrat d'investissement.

[NBP 1] : Voir par exemple la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Pacific Coast Coin Exchange c. Ontario Securities Commission*, [1978] 2 R.C.S. 112,, la décision de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario dans l'affaire *Universal Settlements International Inc.* (2006), 29 OSCB 7880, et les décisions de l'Alberta Securities Commission dans les affaires *The Land Development Company Inc. et al* (2002), ABSECCOM REA #1248840 v1 et *Kustom Design Financial Services Inc. (Re)*, 2010 ABASC 179. »⁵⁵

Dans leur *Avis 46-308 du personnel*, les ACVM font référence à leur bac à sable réglementaire⁵⁶, qui a pour objectif de permettre :

« à des sociétés de s'inscrire ou d'obtenir une dispense des obligations prévues par la législation en valeurs mobilières plus rapidement et plus facilement que par la procédure de demande habituelle, afin de tester leurs produits, leurs services et leurs applications sur le marché canadien, généralement pour une durée limitée.

Le bac à sable réglementaire des ACVM fait partie du Plan d'affaires 2016-2019 des ACVM, dont les objectifs sont, notamment, de mieux comprendre l'incidence sur les marchés financiers de certaines innovations technologiques, d'évaluer l'étendue et la nature des répercussions réglementaires et de déterminer les éléments nécessaires à la modernisation de l'encadrement réglementaire des entreprises en technologie financière ».⁵⁷

De plus, les ACVM ont publié une liste de décisions⁵⁸ rendues à partir de leur bac à sable réglementaire, ainsi que les conditions d'inscription des sociétés autorisées à y participer.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Autorités canadiennes en valeurs mobilières, *Bac à sable réglementaire des ACVM*. En ligne : <www.autorites-valeurs-mobilieres.ca/ressources_professionnelles.aspx?ID=1588&LangType=1036>.

⁵⁸ Autorités canadiennes en valeurs mobilières, *Bac à sable réglementaire des ACVM*. En ligne : <www.autorites-valeurs-mobilieres.ca/ressources_professionnelles.aspx?ID=1626&LangType=1036>.

7. LES CRYPTOACTIFS SONT-ILS DES VALEURS MOBILIÈRES?

Dans leur *Avis du personnel 46-307*, les ACVM indiquent clairement que dans de nombreux cas examinés jusqu'à présent « les cybermonnaies ou jetons représentaient des titres pour l'application de la législation en valeurs mobilières »⁵⁹. Si l'on devait traiter les cryptoactifs comme des contrats d'investissement, de nombreuses obligations supplémentaires en vertu des lois sur les valeurs mobilières viendraient s'ajouter à l'univers réglementaire actuel, dont les exigences relatives à la production de prospectus et à l'inscription (ou l'obtention d'une dispense pour l'une ou l'autre de ces obligations.)⁶⁰. Ces obligations seraient beaucoup plus lourdes que les exigences imposées actuellement par les autorités réglementaires qui tentent de régir cet univers. Dans leur réflexion sur l'opportunité d'appliquer les lois sur les valeurs mobilières aux cryptoactifs, les ACVM mentionnent qu'ils privilégieront « la substance sur la forme » pour déterminer si un actif précis devrait être traité comme une valeur mobilière. La SEC, pour sa part, semble penser que ni les bitcoins ni les ethers ne devraient être assujettis à la réglementation actuelle sur les valeurs mobilières⁶¹.

Actuellement, les ACVM semblent être d'avis que bon nombre de cryptoactifs devraient être traités comme des valeurs mobilières et, par conséquent, être assujettis à des obligations réglementaires rigoureuses, malgré le renversement observé à la SEC en ce qui a trait à la classification des cryptoactifs dans la catégorie des valeurs mobilières. En effet, la SEC a récemment annoncé, dans sa déclaration du 14 juin 2018⁶², qu'elle ne considérait plus les ethers et les bitcoins comme des valeurs mobilières. Dans cette déclaration, la SEC évalue si les cryptoactifs devraient être réputés être des valeurs mobilières en vertu de l'arrêt *SEC v Howey*⁶³, l'une des décisions de la Cour suprême des États-Unis que la Cour suprême du Canada (CSC) mentionne dans l'affaire *Pacific Coast* concernant les quatre critères d'évaluation des contrats d'investissement⁶⁴. En appliquant ces quatre critères, la SEC s'inquiète du fait que les acheteurs de cryptoactifs « [traduction] ne puissent plus raisonnablement s'attendre à ce qu'une personne ou un groupe fasse les efforts essentiels en matière de gestion et d'entrepreneuriat »⁶⁵.

Lorsque c'est le cas, et qu'un cryptoactif a atteint un niveau de décentralisation tel qu'aucune activité d'un tiers ne peut avoir d'influence sur sa réussite, l'identification de ces tierces parties ne joue plus un rôle essentiel dans la protection des droits et des intérêts des utilisateurs de cryptoactifs. Lorsque ces tierces parties perdent leur influence sur ces réseaux décentralisés, les données particulières sur leurs antécédents, leur financement, leurs plans et leurs intérêts financiers⁶⁶, notamment, jouent un rôle pour le moins minimal dans le fonctionnement efficace du marché dudit cryptoactif.

⁵⁹ Autorités canadiennes en valeurs mobilières, *Avis 46-307 du personnel des ACVM : Les émissions de cryptomonnaies*, 24 août 2017. En ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilières/0-avis-acvm-staff/2017/2017aout24-46-307-avis-acvm-fr.pdf>>

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Hinman, *supra* note 11.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *SEC v. W.J. Howey Co.*, 328 U.S. 293, 1946.

⁶⁴ *Pacific Coast*, *supra* note 53, page 128.

⁶⁵ Hinman, *supra* note 11.

⁶⁶ *Ibidem*.

Les bitcoins ont supposément été inventés par un individu connu sous le pseudonyme Satoshi Nakamoto, qui a publié un article intitulé *Bitcoin : A Peer-to-Peer Electronic Cash System*⁶⁷, le 31 octobre 2008, dans lequel il expliquait un système de transactions électroniques décentralisées de pair à pair. Le réseau de Bitcoin a été créé le 3 janvier 2009, lorsque M. Nakamoto a miné le premier bloc du réseau Bitcoin en échange de 50 bitcoins⁶⁸. Comme ce réseau est décentralisé depuis sa création⁶⁹, tenter d'assujettir les bitcoins à la législation sur les valeurs mobilières au Canada serait extrêmement inefficace du point de vue de l'application de la loi.

À la fin de 2013, le Canadien Vitalik Buterin proposait la création du réseau Ethereum. La prévente des jetons Ether, qui a commencé le 22 juillet 2014, avait permis d'accumuler plus de 14 millions 4 US au 6 août 2014⁷⁰. Par la suite, le réseau a connu une croissance exponentielle, l'ether suivant le bitcoin en matière de capitalisation boursière⁷¹. La SEC a proposé un traitement similaire pour les ethers et les bitcoins : au vu de la centralisation du réseau actuel d'Ethereum, les transactions d'ethers ne devraient pas être assujetties aux exigences en matière de divulgation en vertu des lois sur les valeurs mobilières des États-Unis⁷². Exiger la divulgation imposée aux valeurs mobilières à ces cryptoactifs, dont le réseau de distribution fonctionne efficacement sans l'influence extérieure majeure d'un tiers, offrira peu d'avantages. Si la réglementation des valeurs mobilières vise à protéger les droits des investisseurs, ainsi que ceux des actionnaires, dans le cas des systèmes décentralisés comme ceux qui lancent des cryptoactifs, les autorités réglementaires en valeurs mobilières ont très peu à faire pour protéger les utilisateurs, puisqu'aucun participant n'est en mesure de manipuler le réseau.

Même si la SEC est restée silencieuse sur le statut des cryptoactifs autres que ceux des réseaux Bitcoin et Ethereum, il est raisonnable de croire que les ACVM pourraient réévaluer leur classement de différentes cybermonnaie dans la catégorie des contrats d'investissement et, par le fait même, des valeurs mobilières. Proposer une réglementation sur les valeurs mobilières qui inclurait les cryptoactifs aurait vraisemblablement pour effet d'imposer de lourdes exigences aux utilisateurs de ces actifs et, par conséquent, de nuire à l'innovation dans le secteur de la technologie financière et de pousser les capitaux humains et financiers à quitter le Canada vers des environnements plus accueillants.

La nature même des cryptoactifs fait en sorte qu'ils ne correspondent pas à la définition d'une valeur mobilière. Le fait que les lois sur les valeurs mobilières protègent peu les utilisateurs de réseaux décentralisés démontre clairement que définir les cryptoactifs comme des valeurs mobilières serait peu efficace du point de vue de l'application de la loi à cet égard.

⁶⁷ Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 31 octobre 2008. En ligne : <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>.

⁶⁸ Benjamin Wallace, « The Rise and Fall of Bitcoin », in *Wired* (blogue), 23 novembre 2011. En ligne : <www.wired.com/2011/11/mf_bitcoin/>.

⁶⁹ Hinman, *supra* note 11.

⁷⁰ Investoo Group, « History of Ethereum: How it's set to overtake Bitcoin by 2018 », in *Mining.com* (blogue), 26 juin 2017. En ligne : <www.mining.com/web/history-ethereum-set-overtake-bitcoin-2018/>.

⁷¹ Coin Market Cap, *Top 100 Cryptocurrencies By Market Capitalization*. En ligne : <<https://coinmarketcap.com/coins/>>. [Top 100]

⁷² Hinman, *supra* note 11.

Nous pouvons donc convenir qu'il existe une divergence de position et d'interprétation législative d'un pays ou d'une province à l'autre en ce qui a trait au statut de valeur mobilière des cryptoactifs.

8. DIVISION DES POUVOIRS : CONFLIT IMMINENT DANS LA SURVEILLANCE RÉGLEMENTAIRE DES CRYPTOACTIFS

En juin 2018, les gouvernements fédéral et provinciaux ont publié de nombreux documents concernant les cryptoactifs : projets de modification de lois et de règlements, avis du personnel, études et autres documents, dont le dernier en titre publié par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO), le 28 juin dernier⁷³.

Dans ce document, intitulé *Taking Caution : Financial Consumers and the Cryptoasset Sector*, la CVMO affirme que la plupart des PEC sont assujetties à la réglementation en matière de valeurs mobilières⁷⁴, faisant référence à ses propres études (sans toutefois divulguer ni la méthodologie utilisée ni l'échantillon utilisé) et à d'autres rapports. Dans sa publication, la CVMO fournit des données statistiques d'un sondage effectué auprès d'Ontariens qui possèdent ou ont déjà possédé des cryptoactifs, dans lequel on les questionnait sur les motivations de leur achat et les méthodes utilisées pour s'en procurer, entre autres choses. On y apprend notamment que de nombreux utilisateurs de cryptoactifs ne savaient pas vraiment s'ils étaient assujettis à la réglementation et, le cas échéant, de quelle autorité réglementaire relevaient leurs cryptoactifs. Devant ces constatations, la CVMO affirme « [traduction] que cette croyance est inexacte. La CVMO réglemente les PEC, qui constituent des opérations de placement de valeurs mobilières »⁷⁵. On y mentionne par ailleurs que l'*Avis au personnel 46-308 des ACVM* est la source d'où découle ce pouvoir réglementaire.

Or, on affirme, dans le sous-alinéa 143.8(1)(d) de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, que même lorsqu'un avis du personnel devient une politique, cette dernière « n'est pas de nature législative »⁷⁶. De plus, la *Loi sur les valeurs mobilières* précise clairement que « les personnes et les compagnies intéressées à présenter des observations écrites sur le projet de politique [...] [doivent avoir] une occasion raisonnable de le faire, dans un délai d'au moins 60 jours suivant la publication »⁷⁷ avant qu'un avis du personnel n'obtienne le statut de politique. Il faut donc procéder à l'examen d'un avis du personnel avant d'en faire une politique. Par conséquent, si la CVMO peut donner des conseils sur l'application potentielle de la législation en matière de valeurs mobilières et sur les approches possibles pour s'y conformer, son rôle actuel dans la réglementation des PEC n'est pas défini par les autorités législatives et réglementaires canadiennes et provinciales.

⁷³ Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, *Taking Caution: Financial Consumers and the Cryptoasset Sector*, 28 juin 2018.

⁷⁴ *Ibidem*, page 1.

⁷⁵ *Ibidem*, page 5.

⁷⁶ *Loi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 41, alinéa 143.8(1).

⁷⁷ *Loi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 41, alinéa 143.8(5).

Il est intéressant de constater que l'*Avis 46-308 du personnel des ACVM* invite le lecteur à consulter le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*⁷⁸, à savoir la décision rendue par la CSC, dans laquelle on analyse l'étendue de la capacité du Parlement du Canada à utiliser ses compétences en matière de trafic et de commerce en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁹. On peut lire, au paragraphe 45 du *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* de la CSC que :

« [45] Le pouvoir provincial en matière de valeurs mobilières s'étend aux incidences de leur commerce sur les intermédiaires du marché et sur les investisseurs situés à l'extérieur d'une province donnée (*Global Securities*, par. 41; *R. c. W. McKenzie Securities Ltd.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 56 (C.A. Man.), autorisation d'appel refusée, [1966] R.C.S. ix (*sub nom. West & Dubros c. The Queen*); *Gregory & Co. c. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584). Ce pouvoir des provinces a aussi été confirmé par la jurisprudence dans les cas où les marchés des capitaux de la province concernée sont en cause (*Québec (Sa Majesté du Chef) c. Ontario Securities Commission* (1992), 10 O.R. (3d) 577 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [1993] 2 R.C.S. x (*sub nom. R. du chef du Québec c. Ontario Securities Commission*); *Bennett c. British Columbia (Securities Commission)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 339 (C.A.C.-B.)). »

En d'autres mots, la CSC « [traduction] a torpillé la tentative du gouvernement fédéral de créer une autorité réglementaire nationale des valeurs mobilières. La Cour a statué que la *Loi canadienne sur les valeurs mobilières* proposée, dans son libellé actuel, est *ultra vires* du gouvernement fédéral »⁸⁰. La CSC va plus loin en ajoutant que :

« Pour juger de la validité constitutionnelle des lois du point de vue du partage des compétences, les tribunaux utilisent l'analyse du "caractère véritable", qui suppose de se pencher sur l'objet et les effets de la loi, avant d'examiner la question de savoir si la loi relève du chef de compétence qui est invoqué pour en soutenir la validité. Si le caractère véritable de la loi est classé comme relevant d'un des chefs de compétence du gouvernement qui l'a adoptée, la loi est valide. Lorsqu'une matière possède à la fois un aspect provincial et un autre fédéral, la doctrine du double aspect peut ouvrir la voie à l'application concurrente de législations fédérales et provinciales.

Le pouvoir de réglementer le trafic et le commerce conféré au Parlement par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comporte deux volets : le pouvoir quant au commerce interprovincial et le pouvoir général en matière de trafic et de commerce. [...] Il ne peut servir à priver les législatures provinciales du pouvoir de réglementer les affaires de nature locale et l'industrie à l'intérieur de leurs frontières, pas plus que le pouvoir des législatures de réglementer la propriété et les droits civils dans la province ne peut priver le Parlement du pouvoir que lui confère le par. 91(2) de légiférer sur des questions d'importance et de portée véritablement nationales qui transcendent la nature locale et concernent tout le pays. »

⁷⁸ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 [*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*].

⁷⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.), réimpression R.C.S. 1985, app. II, no 5.

⁸⁰ Wayne Gray et Stephen Ganttner, *Supreme Court's Unanimous Ruling Sinks Canadian Securities Act (But Leave Much to be Salvaged)*, 23 décembre 2011, McMillan LLP. En ligne : <<https://mcmillan.ca/Supreme-Courtss-Unanimous-Ruling-Sinks-Canadian-Securities-Act-But-Leaves-Much-to-be-Salvaged>>.

Enfin, la CSC affirme, dans le résumé de son *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, que (c'est nous qui soulignons) :

« Comme il a été conclu dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, pour relever du volet général du par. 91(2), la loi doit mettre en jeu l'intérêt national d'une manière qui est, sur le plan qualitatif, différente des enjeux provinciaux. La validité d'une loi adoptée en vertu du pouvoir général en matière de trafic et de commerce peut être jugée en fonction des critères suivants : (1) La mesure législative s'inscrit-elle dans un régime général de réglementation? (2) Le régime fait-il l'objet de surveillance par un organisme de réglementation? (3) La mesure législative porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier? (4) Le régime est-il d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, seules ou de concert, à l'adopter? (5) L'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le régime législatif en compromettrait-elle l'application dans d'autres parties du pays? Cette liste de critères de validité n'est pas exhaustive, et la présence de tous les éléments qui la constituent n'est pas nécessaire dans chaque cas. »⁸¹

Le conflit inhérent entre les compétences fédérales et provinciales en matière de réglementation des différents aspects du trafic et du commerce en vertu du paragraphe 91(2) [compétence fédérale] ainsi que des droits civils en vertu du paragraphe 92(13) [compétence provinciale] et des enjeux de nature locale ou privée en vertu du paragraphe 92(16) [compétence provinciale] de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸² est bien connu, et révélateur du conflit latent qui pourrait naître entre les gouvernements fédéral et provinciaux en ce qui a trait à la réglementation des cryptoactifs, particulièrement en raison du fait que certaines autorités réglementaires provinciales des valeurs mobilières, dont la CVMO⁸³, les considèrent comme des valeurs mobilières, contrairement à d'autres (dont l'Autorité des marchés financiers du Québec)⁸⁴, et que le Parlement canadien a publié son propre projet de modifications législatives sur la question.

En ce qui a trait aux cryptoactifs, on pourrait faire valoir que le gouvernement fédéral a le pouvoir de les réglementer par l'application de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁵ et de la théorie de l'intérêt national.

On note la première mention de la théorie de l'intérêt national dans l'affaire *Attorney-General for Ontario vs. Attorney-General for the Dominion and The Distillers and Brewers' Association of Ontario*, où l'on affirme que :

« [13] [Traduction] Leurs Seigneuries ne doutent pas que certaines matières à l'origine locales et provinciales puissent atteindre des proportions telles qu'elles affecteraient le corps politique du Dominion, permettant ainsi au Parlement canadien d'adopter des lois en vue de leur réglementation ou abolition dans l'intérêt du Dominion. Toutefois, il faut exercer une grande prudence en distinguant ce qui est local et provincial, et par conséquent du ressort des législatures provinciales,

⁸¹ *Loi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 80, page 839.

⁸² *Supra* note 81.

⁸³ CVMO, *supra* note 74.

⁸⁴ Jacob Serebrin, « Virtual currencies like Bitcoin fall into a cryptic regulatory gap in Quebec », in *Montreal Gazette*, 11 janvier 2018. En ligne : <<https://montrealgazette.com/business/amf-on-bitcoin>>.

⁸⁵ *Supra* note 81.

d'avec ce qui a cessé d'être purement local ou provincial pour revêtir un aspect national, de façon à relever de la compétence du Parlement du Canada [...] »⁸⁶

Cinquante ans plus tard, on constate une interprétation plus moderne de la théorie de l'intérêt national dans l'arrêt du *Reference re Canada Temperance Act*, où l'on reconnaît que :

« [traduction] si [l'objet de la législation est tel] qu'elle dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble, [...] elle entre alors dans les attributions du Parlement du Dominion à titre de matière relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du Canada [...] »⁸⁷

Cette interprétation moderne a été réaffirmée dans l'arrêt *Johannesson v. West St. Paul*⁸⁸, où la Cour a statué que :

« [19] [Traduction] [C'est] dans la vraie matière de cette législation qu'il faut en rechercher le caractère véritable : si elle est telle qu'elle dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble [...] elle entre alors dans les attributions du Parlement du Dominion à titre de matière relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du Canada, en dépit du fait qu'elle peut, à d'autres égards, se rattacher à des matières spécifiquement réservées aux législatures provinciales. »

Ce fut également le cas dans l'arrêt *Munro v. National Capital Commission*⁸⁹, où l'on peut lire ce qui suit :

« [24] [Traduction] Je peux difficilement imaginer l'objet d'une mesure législative qui dépasse plus clairement les intérêts locaux ou provinciaux et qui intéresse davantage le Canada dans son ensemble que celui du développement, de la préservation et de l'amélioration de la région de la capitale nationale en conformité avec le plan cohérent destiné à faire en sorte que la nature et le caractère du siège du gouvernement du Canada soient en harmonie avec son importance nationale. En faisant miens les propos du savant juge de première instance, je suis d'avis que la *Loi* est une question d'intérêt national. »

Par ailleurs, on peut lire ce qui suit à l'article 37 de l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*⁹⁰ (arrêt *Zellerbach*) (c'est nous qui soulignons) :

- « 1. La théorie de l'intérêt national est séparée et distincte de la théorie de la situation d'urgence nationale justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, qui peut se distinguer surtout par le fait qu'elle offre un fondement constitutionnel à ce qui est nécessairement une mesure législative provisoire;
2. La théorie de l'intérêt national s'applique autant à de nouvelles matières qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à des matières qui, bien qu'elles fussent à l'origine de nature

⁸⁶ *Attorney-General for Ontario vs. Attorney-General for the Dominion and The Distillers and Brewers' Association of Ontario*, 1896 CarswellNat 45, [1896] AC 348, 5 Cart BNA 295.

⁸⁷ *Reference re Canada Temperance Act*, 1946 CarswellOnt 100, 205-206, [1946] 2 WWR 1, [1946] 2 DLR 1.

⁸⁸ *Johannesson v. West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, [1951] 4 DLR 609.

⁸⁹ *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663.

⁹⁰ *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, article 33, 1988 CarswellBC 137, [1988] JCS 18526, [Zellerbach].

locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale;

3. Pour qu'on puisse dire qu'une matière est d'intérêt national dans un sens ou dans l'autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution;
4. Pour décider si une matière atteint le degré requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial, il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intra-provinciaux de cette matière. »

L'arrêt *Zellerbach*, qui offre une interprétation moderne de la théorie de l'intérêt national, démontre bien que le régime des cryptoactifs serait mieux réglementé par le fédéral. Pour être invoquée, la théorie de l'intérêt national doit porter sur des enjeux qui : a) n'existaient pas avant la Confédération, et b) sont devenus d'intérêt national. Il est clair que la première exigence est remplie en ce qui a trait aux cryptoactifs. Nous concentrerons donc notre analyse à déterminer si le régime des cryptoactifs est devenu un enjeu d'intérêt national. D'après l'arrêt *Zellerbach*, il est clair que pour qu'on puisse dire que le régime réglementaire des cryptoactifs est d'intérêt national, il « doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui [le] distinguent clairement des matières d'intérêt provincial »⁹¹. Dans l'arrêt *R. c Hydro-Québec*, on insiste sur le fait que le « critère applicable pour déterminer s'il y a unicité, particularité et indivisibilité est exigeant. Vu le risque élevé que la notion générale de l'"intérêt national" peut présenter pour le partage des compétences prévu par la Constitution, il est essentiel de pouvoir préciser exactement ce que la loi est censée régir. Autrement, l'"intérêt national" pourrait rapidement s'amplifier pour absorber tous les champs de compétence provinciale »⁹². L'arrêt *Zellerbach*, quant à lui, étend la définition d'intérêt national en affirmant que pour « déterminer si une matière possède l'unicité, la particularité et l'indivisibilité requises, il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intra-provinciaux de cette matière »⁹³.

Le 7 janvier 2018, le volume d'échanges de cryptoactifs atteignait un nouveau sommet avec plus de 80 milliards \$ US en 24 heures⁹⁴. Si l'on assiste à des millions de dollars canadiens de conversions de devises canadiennes en cryptoactifs (ou inversement), ce sont plusieurs centaines de millions de dollars qui sont convertis quotidiennement en dollars américains dans les « bourses » de cryptomonnaie⁹⁵. Certains ont fait fortune, et les cryptoactifs sont devenus un phénomène mondial. Alors que les autorités réglementaires canadiennes se font la lutte pour savoir qui devrait être responsable de la réglementation de ce marché en pleine croissance, il conviendrait de reconnaître que les cryptoactifs sont en voie de

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *R. c Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, paragraphe 65.3.

⁹³ *Zellerbach*, *supra* note 91, paragraphe 3.

⁹⁴ Coin Market Cap, *Total Market Capitalization*. En ligne : <<https://coinmarketcap.com/charts/>> [Total Market].

⁹⁵ Cryptocompare, *CryptoCompare Index: BTC*. En ligne : <www.cryptocompare.com/coins/btc/analysis/CAD>.

devenir trop importants, puissants et déterminants⁹⁶, et leurs avantages sociaux trop importants, pour que le Canada s'empêche de devenir un chef de file mondial en la matière.

Au vu des objectifs de la *LRPCFAT*⁹⁷, le secteur de réglementation le plus important et le plus efficace est la prévention du blanchiment d'argent, du financement d'activités terroristes et de l'évasion fiscale. Ces nouvelles technologies « [traduction] menacent les approches actuelles de réglementation et donnent des moyens à des groupes et des individus – y compris des criminels et des terroristes – de contourner les réglementations à des fins préjudiciables »⁹⁸.

Le droit criminel est réglementé par le Parlement du Canada conformément au paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹⁹. Actuellement, les régimes de LBA et de LFAT relèvent du fédéral en vertu de la *LRPCFAT*¹⁰⁰. Le blanchiment d'argent est, et restera, une menace pour les institutions financières canadiennes¹⁰¹. Sans les ressources appropriées et l'autorité nécessaire qui découlent de la législation fédérale, ce problème continuera à prendre de l'ampleur.

En plus de ces considérations, la *LRPCFAT* est liée au paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰², qui porte sur la défense et les enjeux militaires du Canada, dont la prévention des menaces terroristes. Il est extrêmement important d'avoir des mesures efficaces pour prévenir le terrorisme, et cet effort commence avec des mesures pour empêcher le financement d'activités terroristes et, par conséquent, réduire le risque d'attaques terroristes sur des citoyens canadiens, au pays comme à l'étranger. Nous ne voyons pas pourquoi de telles initiatives devraient être réglementées à l'échelle

⁹⁶ William Michael Cunningham, « Cryptocurrency Regulation is a job for treasury », in *American Banker*, vol. 183, no 37, 23 février 2018). En ligne : <www.americanbanker.com/opinion/cryptocurrency-regulation-is-a-job-for-treasury>.

⁹⁷ « La présente loi a pour objet :

- de mettre en œuvre des mesures visant à détecter et décourager le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes et à faciliter les enquêtes ou les poursuites relatives aux infractions de recyclage des produits de la criminalité et aux infractions de financement des activités terroristes, notamment :
 - imposer des obligations de tenue de documents et d'identification des clients aux fournisseurs de services financiers et aux autres personnes ou entités qui se livrent à l'exploitation d'une entreprise ou à l'exercice d'une profession ou d'activités susceptibles d'être utilisées pour le recyclage des produits de la criminalité ou pour le financement des activités terroristes, [...],
 - établir un régime de déclaration obligatoire des opérations financières douteuses et des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets,
 - constituer un organisme chargé de l'examen de renseignements, notamment ceux portés à son attention en application du paragraphe précédent;
- de combattre le crime organisé en fournissant aux responsables de l'application de la loi les renseignements leur permettant de priver les criminels du produit de leurs activités illicites tout en assurant la mise en place des garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes à l'égard des renseignements personnels les concernant;
- d'aider le Canada à remplir ses engagements internationaux dans la lutte contre le crime transnational, particulièrement le recyclage des produits de la criminalité et la lutte contre les activités terroristes. »

⁹⁸ Alex Wilner et Evangeline Ducas, « The security and financial implications of blockchain technologies: Regulating emerging technologies in Canada », in *International Journal*, vol. 72, no 4, 2017, page 539.

⁹⁹ *Supra* note 81.

¹⁰⁰ Gouvernement du Canada, *Site Web de la législation (Justice)*. En ligne : <<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/P-24.501/>>.

¹⁰¹ Nicolas W. R. Burbidge, « International anti-money laundering and anti-terrorist financing: the work of the Office of the Superintendent of Financial Institutions in Canada », in *Journal of Money Laundering Control*, vol. 7, no 4, 2004, page 320.

¹⁰² *Supra* note 81.

provinciale. Les ressources et la législation actuelle, qui accompagneraient une réglementation fédérale, seraient les meilleurs outils pour prévenir le blanchiment d'argent et le financement d'activités terroristes.

La réglementation du mécanisme de convertibilité, qui permet de convertir des cryptoactifs en monnaie à cours forcé (et vice versa) par l'entremise d'un service conversion de cryptoactifs est l'étape de la transaction qui permettrait de protéger le plus efficacement possible le Canada contre ces menaces.

La chaîne de blocs et les technologies connexes offrent aussi des possibilités d'innovation et de profit à grande échelle. Le 7 janvier 2018, la capitalisation mondiale des cryptoactifs s'élevait à plus de 810 milliards \$ US¹⁰³. Ce marché est beaucoup trop grand pour être réglementé par les provinces. En vertu du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁴, la réglementation du trafic et du commerce au pays devrait relever de la compétence du Parlement du Canada. Il est donc important que les parlementaires fédéraux adoptent une loi qui parviendra à un équilibre entre un environnement réglementaire répressif et un régime trop laxiste en matière de LBA et de LFAT, le tout sans nuire à l'innovation et en favorisant la compétitivité de l'industrie canadienne des cryptoactifs au sein de l'économie mondiale; ce qui relève parfaitement de ses compétences.

À l'heure actuelle, le Canada a adopté une approche dite vigilante¹⁰⁵. On observe les réglementations ailleurs dans le monde et l'on soupèse les risques et les possibilités considérables de l'univers des cryptoactifs. D'autres pays, comme Singapour et la Suisse, ont adopté une approche plus facilitante¹⁰⁶, faisant ainsi le pari de devenir des destinations attrayantes pour le marché en pleine croissance des cryptoactifs. Ils ont choisi de « [traduction] réglementer les technologies de chaînes de blocs afin de tirer parti des occasions qui pourraient se présenter tout en minimisant les risques identifiés »¹⁰⁷. Ces pays sont tranquillement en train de devenir des leaders des technologies financières; le Canada doit donc s'assurer de ne pas prendre de retard à ce chapitre. « [Traduction] Le Canada risque de perdre son avantage concurrentiel en lien avec le développement de technologies de chaînes de blocs et les profits qui en découlent. »¹⁰⁸ Éventuellement, les pays ayant mis en place une réglementation facilitante en matière de cryptoactifs pourront tirer profit des leçons apprises pendant la progression de ces technologies¹⁰⁹. Il est donc impératif que le Canada devienne un leader mondial dans ce domaine.

Si les provinces ne réussissaient pas à instaurer une réglementation intra-provinciale adéquate des cryptoactifs, cela aurait fort probablement des conséquences extra-provinciales qui pourraient se faire sentir à l'échelle nationale, voire internationale. L'étendue des conséquences qu'une réglementation inadéquate de cette technologie pourrait avoir sur la LBA et la LFAT est un enjeu qui relève directement « de l'essence et de la substance » de la loi fédérale. De plus, la nécessité de promouvoir le Canada comme

¹⁰³ *Supra* note 95.

¹⁰⁴ *Supra* note 81.

¹⁰⁵ Wilner, *supra* note 99.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Yaya J Fanusie et Tom Robinson, *Foundation for Defense of Democracies, An Analysis of Illicit Flows into Digital Currency Services*, États-Unis, Washington D.C, janvier 2018, page 11.

leader mondial en émergence dans ce secteur relève des domaines du trafic et du commerce réglementés en vertu du paragraphe 91(2) de *la Loi constitutionnelle de 1867*¹¹⁰.

En plus de l'intérêt que présente la création d'un cadre réglementaire national viable en matière de cryptoactifs, un tel cadre, sous l'autorité fédérale :

- permettrait au CANAFE¹¹¹ de remplir son mandat – à savoir « faciliter la détection, la prévention et la dissuasion du blanchiment d'argent et du financement des activités terroristes, tout en assurant la protection des renseignements personnels qu'il détient » –, et au Canada de respecter ses engagements internationaux¹¹²;
- permettrait l'utilisation du cadre fédéral actuel – et hautement fonctionnel – en matière de LBA et de LFAT pour réglementer les cryptoactifs, avec des exigences connues (obligations de reddition de comptes et de divulgation des ESM, par exemple), en vertu des lois et des règlements existants, conçus pour favoriser l'uniformité de la réglementation et de l'application de la loi partout au Canada, tout en protégeant l'intégrité et la stabilité du système financier canadien, notamment.

De plus, étant donné la nature des cryptoactifs décrits dans le présent document, on constate que d'autres lois fédérales ont un impact sur eux, dont la *Loi sur la compensation et le règlement des paiements* et la *Loi sur les banques*¹¹³, particulièrement s'ils sont utilisés dans les opérations quotidiennes des institutions financières et dans les activités courantes. Par ailleurs, l'innovation technologique est réglementée par le fédéral en vertu de la *Loi sur les brevets* et de la *Loi constitutionnelle*. Compte tenu de ce qui précède, il

¹¹⁰ *Supra* note 81.

¹¹¹ « Le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE) est l'unité du renseignement financier (URF) du Canada. Il a été créé afin de faciliter la détection, la prévention et la dissuasion en matière de blanchiment d'argent et de financement des activités terroristes. Les produits de renseignements financiers exploitables et les fonctions de conformité de CANAFE représentent une contribution unique à la sécurité des Canadiens et des Canadiennes et à la protection de l'intégrité du système financier du Canada. Le CANAFE agit de façon autonome et indépendante des services de police, des organismes d'application de la loi et des autres organisations auxquelles il est autorisé à communiquer des renseignements financiers. Il relève du ministre des Finances, à qui il incombe de rendre des comptes au Parlement sur ses activités. » En ligne : <www.canafe-fintrac.gc.ca/fintrac-canafe/1-fra.asp>.

¹¹² Gouvernement du Canada, Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada, *Qui nous sommes*, 2017. En ligne : <www.canafe-fintrac.gc.ca/fintrac-canafe/1-fra.asp>.

¹¹³ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, supra* note 79, paragraphe 46. « La Constitution confère des pouvoirs au Parlement lui permettant d'adopter des lois qui touchent certains aspects de la réglementation des valeurs mobilières et, plus généralement, de promouvoir l'intégrité et la stabilité du système financier canadien. Il s'agit notamment du pouvoir du Parlement d'édicter des lois relatives au droit criminel (par. 91(27)), aux banques (par. 91(15)), aux faillites (par. 91(21)), aux télécommunications (art. 91 et al. 92(10)a) et à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement (art. 91) (*Multiple Access; Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 765-766; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, p. 781). Le Parlement a exercé ses pouvoirs en adoptant, par exemple, les lois et dispositions suivantes : la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44; le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 380(2) et art. 382, 382.1, 383, 384 et 400; la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46; la *Loi sur l'investissement Canada*, L.R.C. 1985, ch. 28 (1^{er} suppl.); la *Loi sur la compensation et le règlement des paiements*, L.C. 1996, ch. 6, ann.; la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38; la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, partie XII. Finalement, le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement le pouvoir de réglementer le trafic et le commerce. Ce pouvoir comporte deux volets : d'une part, le pouvoir quant au commerce interprovincial et international (*Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.) ("*Parsons*")) et, d'autre part, le pouvoir général en matière de trafic et de commerce qui autorise le Parlement à édicter des lois lorsqu'un intérêt national est mis en jeu d'une manière qui est, sur le plan qualitatif, différente des enjeux provinciaux, ce dont nous discuterons plus en détail ultérieurement dans les présents motifs. »

serait raisonnable d'affirmer que le cadre réglementaire des cryptoactifs relève *intra vires* de la compétence du Parlement du Canada.

9. QU'EST-CE QU'UNE MARCHANDISE?

Certains sont d'avis que les organismes de réglementation des monnaies et des valeurs mobilières pourraient ne pas être les mieux placés pour réglementer les cryptoactifs. La Cour fédérale des États-Unis¹¹⁴ et l'Agence du revenu du Canada¹¹⁵ sont même allées jusqu'à suggérer que les cryptoactifs devraient être traités comme des marchandises.

Dans le *Black's Law Dictionary*, on définit une marchandise comme étant « [traduction] un bien vendu librement au public, qu'il s'agisse de produits agricoles, de combustibles ou de métaux. Ce bien est vendu en gros sur le marché des marchandises ou sur le marché au comptant »¹¹⁶. Dans la jurisprudence canadienne, on parle de « [traduction] tout ce qui est produit afin d'être utilisé ou vendu, un article de commerce ou un objet d'échange »¹¹⁷ ou « [traduction] dans son sens commercial ordinaire ou dérivé, tout bien meuble pouvant faire l'objet de commerce ou d'acquisition, le résultat d'une vente, un article de commerce, un objet d'échange »¹¹⁸. La notion de marchandise est aussi définie dans plusieurs lois et règlements, notamment dans le paragraphe 1(h) de la *Securities Act* de l'Alberta : « [traduction] i) tout bien, article, service, droit ou intérêt dont chaque élément est, par sa nature ou selon les usages commerciaux, considéré comme l'équivalent de tout autre élément, ii) la monnaie d'un pays; iii) une gemme ou une pierre précieuse »¹¹⁹.

On définit ainsi, dans le paragraphe 1(1) de la *Loi sur les contrats à terme sur marchandises*, la notion de marchandise : « À l'état brut ou transformé, les produits agricoles, produits forestiers, produits de la mer, minerais, métaux, hydrocarbures, devises ou pierres précieuses ou autres gemmes, ainsi que les biens, objets, services, droits ou intérêts, ou catégories de ceux-ci, désignés comme marchandises dans les règlements »¹²⁰.

Bien que l'interprétation du concept de marchandise varie légèrement d'une définition à l'autre dans l'univers réglementaire canadien, celles qu'on y trouve offrent des lignes directrices qui nous aideront à déterminer si les cryptoactifs entrent dans cette catégorie et, par conséquent, doivent être réglementés conformément.

¹¹⁴ *CabbageTech*, supra note 16, page 27.

¹¹⁵ Agence du revenu du Canada, *Que devez-vous savoir à propos de la monnaie numérique*, 2013. En ligne : <www.canada.ca/fr/agence-revenu/nouvelles/salle-presse/documents-information/documents-information-2013/devez-vous-savoir-a-propos-monnaie-numerique.html>. Consulter l'Annexe A pour plus d'information.

¹¹⁶ *Black's Law Dictionary*, 10^e édition, « Commodity ».

¹¹⁷ *Enron Capital & Trade Resources Canada Corp. v Blue Range Resource Corp.*, 2000 ABCA 239, paragraphe 39, 192 DLR (4^e) 281, 2001, 2 WWR 454 [*Enron*].

¹¹⁸ *Canadian Pacific Railway v Ottawa Fire Insurance Company*, 1906 CarswellOnt 143, 7 OWR 353, confirmé 1905 CarswellOnt 143.

¹¹⁹ *Securities Act*, RSA 2000, section 1, chapitre S-4 [CPR].

¹²⁰ *Loi sur les contrats à terme sur marchandises*, LRO 1990, paragraphe 1(1), chapitre C.20.

NE BLOQUONS PAS LA CHAÎNE DE BLOCS : QUE PEUT FAIRE LE CANADA POUR SE PRÉMUNIR DU BLANCHIMENT
D'ARGENT TOUT EN RESTANT COMPÉTITIF À L'ÉCHELLE MONDIALE

10 juillet 2018

10. LES CRYPTOACTIFS SONT-ILS DES MARCHANDISES?

L'un des arguments les plus solides pour défendre le statut de marchandise des cryptoactifs au Canada se trouve dans la décision des États-Unis dans l'affaire *Commodity Futures Trading Commission v. Patrick K. McDonnell and CabbageTech, Corp. d/b/a Coin Drop Markets*¹²¹ (l'affaire *CabbageTech*), dans laquelle le juge fédéral Jack B. Weinstein a donné raison à la Commodity Futures Trading Commission (CFTC) et au Chicago Mercantile Exchange concernant le fait que les cryptoactifs (ou les « monnaies virtuelles ») devraient être considérés comme des marchandises en vertu de la *Commodity Exchange Act (CEA)*. Dans l'affaire *CabbageTech*, les plaignants ont obtenu une injonction préliminaire en raison de la décision du juge Weinstein voulant que, sans cette injonction, il y aurait un risque raisonnable que la partie défenderesse continue à violer la *CEA*¹²². Les tribunaux des États-Unis ont statué en faveur des plaignants que la monnaie virtuelle devrait être réglementée comme une marchandise et que, par conséquent, la CFTC avait la qualité d'agir en vertu de cette décision¹²³.

L'affaire *CabbageTech* fait référence à plusieurs sources pour justifier pourquoi la meilleure façon de réglementer une monnaie virtuelle serait de la traiter comme une marchandise et d'en confier la réglementation à la CFTC, conformément à la loi et à la jurisprudence des États-Unis. On peut lire ce qui suit, à cet égard, dans un article de Mitchell Prentis publié en 2015 :

« [Traduction] Il serait logique que les autorités réglementaires traitent la cryptomonnaie comme une marchandise. On définit habituellement le concept de marchandise comme un bien vendu sur le marché qui a une qualité et une valeur uniforme partout dans le monde. Cette classification serait appropriée, puisqu'elle reflète bien le comportement économique des utilisateurs de cryptomonnaie et correspond aux concepts économiques traditionnels des échanges commerciaux ».¹²⁴

L'auteur poursuit en expliquant comment les membres de cette communauté troquent les cryptomonnaies contre des biens ou d'autres monnaies et que les cryptomonnaies se comportent de façon extrêmement similaire aux marchandises traditionnelles lorsqu'on les étudie du point de vue de l'offre et de la demande. Plus l'on émet de cryptomonnaies et plus le cryptominage devient difficile, plus leur valeur augmente; comme l'or ou d'autres métaux précieux, les cryptomonnaies valent ce que les gens sont prêts à payer pour les obtenir¹²⁵.

Les critiques de cette analyse affirment que la comparaison entre les marchandises et les cryptomonnaies ne tient pas la route en raison de l'absence de valeur d'utilisation inhérente, une caractéristique souvent

¹²¹ *Commodity Futures Trading Commission v Patrick K. McDonnell, and CabbageTech Corp. d/b/a Coin Drop Markets, Complaint for Injunctive and other equitable relief and for civil monetary penalties under the Commodity Exchange Act and Commission regulations*, 18-CV-0361, Cour de district des États-Unis (Court Eastern District of New York), 2018. En ligne : www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfcdmcomplaint011818.pdf.

¹²² *CabbageTech*, *supra* note 16, page 27.

¹²³ *Supra* note 122.

¹²⁴ Mitchell Prentis, « Digital Metal: Regulating Bitcoin As A Commodity », in *Case Western Reserve Law Review*, vol. 66, no 2, 2015, page 609.

¹²⁵ *Ibidem* et Brad Jacobsen et Fred Pena, « What Every Lawyer Should Know About Bitcoins », in *Utah Bar Journal*, 2014, page 40.

incluse dans la définition des cryptomonnaies¹²⁶. C'est cet argument qui provoque la plus grande résistance à l'idée d'accorder le statut de marchandise aux cryptomonnaies. Il est évident, à première vue, qu'elles ne possèdent pas les fonctions traditionnelles des marchandises telles que le grain, les combustibles ou le bétail lorsqu'on les regarde de loin.

Même si les cryptomonnaies ne peuvent être consommées et que leur valeur intrinsèque peut être difficile à quantifier ou à évaluer, Mitchell Prentis considère que leur valeur intrinsèque profiterait de leur capacité à diminuer les frais de transaction en ligne¹²⁷. Les frais de transaction des cryptomonnaies sont beaucoup moins élevés que ceux de PayPal ou d'autres services de transaction ou de paiement électronique (services de traitement des paiements). Il pourrait sembler évident qu'il s'agit là de la source de valeur intrinsèque des cryptomonnaies; toutefois, cet argument tient seulement compte des transactions directes de pair à pair, dont la popularité est en déclin en raison du nombre croissant de services de conversion de cryptomonnaies qui facilitent les transactions pour un coût similaire, voire supérieur, à celui imposé par PayPal et d'autres intermédiaires¹²⁸.

Suivant ce raisonnement, on pourrait affirmer que la valeur intrinsèque des cryptomonnaies serait minimale, à moins que la majorité des transactions n'ait lieu sans avoir recours à un intermédiaire ou un service de conversion.

Jeff Currie, qui est également cité dans l'affaire *CabbageTech*, affirme ce qui suit concernant la fonction de « réserve de valeur » des marchandises :

« [Traduction] Une marchandise est un produit qui répond à nos besoins ou nos désirs matériels. L'un de ces désirs matériels est le besoin d'une réserve de valeur. L'être humain utilise depuis toujours plusieurs marchandises comme réserve de valeur : des fèves de cacao, mais, surtout, de façon plus constante, de l'or. Les valeurs mobilières, quant à elles, sont des instruments dont la valeur est garantie par autre chose. Comme une monnaie est habituellement garantie par des marchandises ou par la capacité d'un gouvernement à la défendre et à imposer des taxes et des impôts, on considère qu'il s'agit d'une valeur. Selon ces définitions, les cryptomonnaies dans leur ensemble sont une marchandise, non pas une monnaie, tandis que le Bitcoin est une technologie, ou un réseau, qui permet les mouvements de cryptomonnaies. De la même façon que l'on distingue le gaz de schiste du schiste où il se trouve. »¹²⁹

Si Jeff Currie a raison d'affirmer que les cryptomonnaies et les cryptoactifs peuvent offrir une certaine réserve de valeur, cela ne contredit nullement l'argument précédent voulant que les cryptoactifs devraient avoir le statut de monnaie. Bien que les cryptoactifs offrent une certaine réserve de valeur, il serait inexact d'affirmer qu'il s'agit là de la caractéristique fondamentale des cryptomonnaies. Avec son taux de volatilité extrêmement élevé, qui est environ 10 fois plus élevé que celui des monnaies traditionnelles¹³⁰, l'argument voulant que les cryptomonnaies répondent à la demande du marché pour une marchandise

¹²⁶ Nicholas Godlove, « Regulatory Overview of Virtual Currency », in *Oklahoma Journal of Law and Technology*, vol. 70, no 1, 2014.

¹²⁷ Prentis, *supra* note 125.

¹²⁸ *Bitcoin vs. PayPal*. En ligne : <www.finder.com/bitcoin-vs-paypal>.

¹²⁹ Jeff Currie, « Bullion Beats bitcoin, Not Bitcoin », in *Goldman Sachs Global Macro Research*, no 21, 2014. En ligne : <www.paymentlawadvisor.com/files/2014/01/GoldmanSachs-Bit-Coin.pdf>.

¹³⁰ Gangwal *et al*, *supra* note 39.

permettant d'accumuler une réserve de valeur ne tient tout simplement pas la route, d'autant plus que les monnaies traditionnelles, de même que d'autres marchandises (comme les métaux précieux) répondent déjà « aux désirs et aux besoins » en offrant un risque de volatilité de loin inférieur.

Bien que la CFTC affirme clairement que les cryptoactifs entrent dans la catégorie des marchandises en vertu de 7 U.S.C. § 1(a)(9), à savoir « [traduction] tous les autres biens et articles [...] et tous les services, droits et intérêts [...] qui font l'objet de contrats à terme, actuellement ou dans le futur »¹³¹, cette définition ne correspond pas à la jurisprudence et aux lois canadiennes. À l'alinéa 1(h)(a) de la *Securities Act* de l'Alberta, par exemple, le concept de marchandise est défini comme « [traduction] tout bien, article, service, droit ou intérêt dont chaque élément est, par sa nature ou selon les usages commerciaux, considéré comme l'équivalent de tout autre élément »¹³².

Si la valeur d'un cryptoactif peut être mesurée en dollars US, comme c'est le cas pour d'autres types de marchandises, la valeur de chacun de ces actifs sera uniforme. Selon cette définition, un cryptoactif peut être considéré comme une marchandise. Le paragraphe 1(1) de la *Loi sur les contrats à terme sur les marchandises* contient une proverbiale disposition fourre-tout, où l'on définit les marchandises comme « les biens, objets, services, droits ou intérêts, ou catégories de ceux-ci, désignés comme marchandises dans les règlements »¹³³. Dans ce cas, il faudrait modifier la *Loi* ou la jurisprudence pertinente pour pouvoir considérer un cryptoactif comme une marchandise en vertu de ladite *Loi*.

La définition de marchandise fournie dans l'affaire *Enron Capital & Trade Resources Canada Corp v. Blue Range Resource Corporation*, c'est-à-dire « [traduction] tout ce qui est produit afin d'être utilisé ou vendu, un article de commerce ou un objet d'échange »¹³⁴ pourrait aussi s'appliquer aux cryptoactifs. La majorité des utilisateurs de cryptoactifs s'en servent d'ailleurs uniquement comme objets d'échange, que ce soit contre d'autres cryptoactifs ou des devises à cours forcé¹³⁵. La définition de marchandise que l'on retrouve dans la décision rendue dans l'affaire *CPR v. Ottawa Fire Insurance Company*, à savoir « [traduction] tout bien meuble pouvant faire l'objet de commerce ou d'acquisition, le résultat d'une vente, un article de commerce, un objet d'échange »¹³⁶, pourrait aussi s'appliquer aux cryptoactifs. Bref, de façon générale, un cryptoactif semble entrer dans la définition large et traditionnelle de marchandise, bien que sa technologie soit beaucoup plus sophistiquée que toute autre marchandise définie dans le cadre des lois canadiennes. C'est pourquoi nous sommes d'avis que traiter et réglementer les cryptoactifs comme des marchandises serait à la fois inefficace et incompatible avec les objectifs du gouvernement canadien et des autorités réglementaires concernées.

La possibilité que les cryptoactifs soient classés dans différentes catégories (monnaies, valeurs, marchandises, etc.) pourrait entraîner un véritable chaos réglementaire, puisque des autorités concurrentes pourraient prétendre avoir le pouvoir de les régir, donnant ainsi naissance à des approches conflictuelles et à des réglementations divergentes, inefficaces et difficiles à faire appliquer. Nous croyons

¹³¹ *Supra* note 122.

¹³² *Supra* note 120.

¹³³ *Supra* note 121.

¹³⁴ *Enron*, *supra* note 118, paragraphe 39.

¹³⁵ *Analysis of the Cryptocurrency Landscape*. En ligne : <<https://medium.com/@MUBC/analysis-of-the-cryptocurrency-exchange-landscape-948752318fae>>.

¹³⁶ *CPR*, *supra* note 119.

que les autorités chargées de réglementer les cryptoactifs au Canada seraient mieux servies par une autorité fédérale unique en vertu du cadre LBA et LFAT.

11. RECOMMANDATION

Bien sûr, il serait plus prudent que le Canada concentre ses efforts réglementaires dans les secteurs où le gouvernement pourrait offrir un plus grand avantage à la population, à savoir l'échange de cryptoactifs, au lieu de demander aux autorités réglementaires de mettre en place des politiques nécessitant énormément de ressources en vue de restreindre les réseaux de cryptoactifs décentralisés, qui risquent ultimement d'offrir une faible protection à leurs utilisateurs. Il est impératif de concentrer les efforts réglementaires sur le cœur des transactions de cryptoactifs, c'est-à-dire le mécanisme de convertibilité, étant donné que les utilisateurs de systèmes d'échanges de cryptoactifs sont théoriquement en mesure d'effectuer leurs transactions dans l'anonymat le plus complet, tant en ce qui concerne leur identité, leur emplacement que leur source de revenus. En l'absence d'un certain degré de surveillance réglementaire, les transactions de cryptoactifs pourraient être utilisées par des parties innomées pour déplacer des actifs importants à travers les frontières.

Les conséquences de cette structure du point de vue de lutte au blanchiment d'argent (LBA) sont pour le moins préoccupantes. En fait, la seule méthode efficace pour connaître l'identité des parties d'une transaction de cryptoactifs serait de faire en sorte que la fameuse « règle de la connaissance du client » (RCC) soit appliquée et que l'on collecte suffisamment d'information sur les comptes ouverts des parties (ce qu'on appelle des portefeuilles) lors des conversions de cryptoactifs, de même que sur la source des fonds (devises en cours forcées converties en cryptoactifs, par exemple) déposés dans les portefeuilles utilisés pour les transactions¹³⁷ Nous présenterons, dans les pages qui suivent, de l'information pour soutenir ces recommandations.

12. QU'EST-CE QUE LA LBA ET LA LFAT ET EN QUOI LES CRYPTOACTIFS SONT-ILS PERTINENTS DANS LA DISCUSSION?

Bien que la loi canadienne ne définisse pas le blanchiment d'argent à proprement parler¹³⁸, on peut le décrire de différentes façons, notamment par les suivantes :

- i. « une forme de crime financier qui consiste à donner aux produits de la criminalité une apparence légitime. L'individu ou le groupe qui commet un acte criminel cherche à faire un profit. L'une des stratégies de lutte contre le blanchiment d'argent consiste à réduire la criminalité en entravant la conservation et l'utilisation des profits par les criminels »¹³⁹;

¹³⁷ Perri Reynolds et Angela S.M. Irwin, « Tracking digital footprints: anonymity within the bitcoin system », in *Journal of Money Laundering Control*, vol. 20, no 2, 2017, page 172.

¹³⁸ Bureau de la vérificatrice générale du Canada, *Rapport de la vérificatrice générale du Canada 2003*, Ottawa, paragraphe 3.20.

¹³⁹ *Ibidem*, paragraphe 3.6.

- ii. « [traduction] le fait de dissimuler des gains illicites obtenus grâce à des activités criminelles »¹⁴⁰;
- iii. « [traduction] le traitement de ces produits d'origine criminelle pour en masquer l'origine illégale »¹⁴¹.

De plus, on décrit souvent le blanchiment d'argent comme un processus comptant les trois étapes suivantes :

1. l'introduction des produits de la criminalité dans le système financier (*placement*);
2. la création de couches de transactions financières pour en masquer l'origine (*empilement*);
3. le déplacement des fonds blanchis dans l'économie légale (*intégration*)¹⁴².

Le « financement d'activités terroristes », quant à lui, consiste à fournir des fonds pour des activités terroristes¹⁴³ ou « [traduction] le financement d'actes terroristes, de terroristes et d'organisations terroristes »¹⁴⁴. Dans le chapitre 3 du *Rapport de la vérificatrice générale du Canada 2003*¹⁴⁵ soumis à la Chambre des communes, on décrit ainsi la relation entre le blanchiment d'argent et le financement d'activités terroristes :

- « 3.25 Le blanchiment d'argent consiste à transformer les profits d'actes criminels qui ont été perpétrés dans le passé de façon à en dissimuler l'origine illégale. Le financement du terrorisme exige toutefois le traitement de l'argent – qu'il ait été obtenu légalement ou illégalement – pour qu'il puisse servir par la suite à la perpétration d'actes criminels.
- 3.26 À la suite des attaques terroristes du 11 septembre 2001, le Canada a pris un certain nombre de mesures pour lutter contre le financement d'activités terroristes. Ces mesures visent à aider la police à détecter et à prévenir le financement d'activités terroristes ainsi qu'à tenter des poursuites en cas d'infractions liées au financement de telles activités.
- 3.27 Les groupes terroristes diffèrent des grandes organisations criminelles à plusieurs égards importants :
 - **Motivation.** Tandis que les narcotrafiquants et les groupes du crime organisé cherchent principalement le gain monétaire, les groupes terroristes sont habituellement motivés par des buts autres que financiers. Il existe une définition selon laquelle le but premier du terrorisme est d'intimider une population ou d'obliger un gouvernement à agir ou à s'abstenir de poser un quelconque acte.

¹⁴⁰ Organisation de coopération et de développement économiques, *Money Laundering*. En ligne : <www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/moneylaundering.htm>.

¹⁴¹ Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, *What is Money Laundering*. En ligne : <www.fatfgafi.org/faq/moneylaundering/#d.en.11223>.

¹⁴² Canada, *supra* note 137, paragraphe 3.34.

¹⁴³ Canada, Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada, *Qu'est-ce que le financement des activités terroristes?*, 2015. En ligne : <www.canafe-fintrac.gc.ca/fintrac-canafe/definitions/terrorist-terroriste-fra.asp>.

¹⁴⁴ Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, *International Standard on Combatting Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation*, 2018, page 123. En ligne : <www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.

¹⁴⁵ Canada, *supra* note 137.

- **Source des fonds.** Les manœuvres financières d'une organisation terroriste sont difficiles à retracer puisque l'argent peut provenir d'entreprises légitimes pouvant leur appartenir et de dons apparemment reçus de sympathisants. Étant donné que l'argent a une source en apparence légale, il y a peu d'indices, sinon aucun, qui contribueraient à faire ressortir une opération ou une série d'opérations.
- **La taille et la nature des opérations financières.** Les opérations financières liées aux activités terroristes peuvent impliquer des montants qui ne sont pas assez élevés pour nécessiter une déclaration. Par exemple, selon une analyse par le FBI des événements entourant le 11 septembre 2001, chaque pirate avait ouvert un compte avec un seul dépôt d'un montant moyen de 3 000 \$ à 5 000 \$ US, en espèces ou sous forme de télévirement. On a montré également qu'ils avaient fait de nombreux retraits en petits montants, au moyen de cartes de débit surtout.
- **Transferts d'argent à l'extérieur du système financier traditionnel.** Il y a des façons de transférer de l'argent d'un individu à un autre ou d'un pays à un autre outre les banques ou les institutions financières. Le système *Hawala* et d'autres méthodes de transfert semblables, dont les systèmes *Fei ch'ien* et *Hundi*, ont également joué un rôle dans le déplacement de fonds de groupes terroristes. *Hawala* fonctionne comme suit : quelqu'un remet un montant d'argent à un agent dans un pays et cet agent dit à un autre agent, dans un autre pays, de remettre de l'argent à une personne en particulier. Tout le transfert fonctionne de bouche à oreille. L'argent déplacé de cette manière ne laisse pas de traces sur papier, comme dans le cas d'un établissement financier traditionnel, telle une banque.

3.28 C'est ainsi qu'il est difficile de suivre la piste de l'argent des terroristes. Pour la période de trois ans se terminant en 2003-2004, le gouvernement a accordé au Centre d'analyse des opérations et déclarations financières 34 millions de dollars au total, destinés à la détection et à la prévention du financement des activités terroristes. Des règlements ont été élaborés relativement à la déclaration des opérations qui semblent liées au financement du terrorisme. »

L'une des raisons ou des inquiétudes concernant le risque potentiel des cryptoactifs dans le domaine du blanchiment d'argent et du financement des activités terroristes¹⁴⁶, ou du moins comme véhicules de ces derniers¹⁴⁷, pourrait être liée à l'anonymat qui entoure les cryptoactifs et aux sources de fonds correspondants. D'autres inquiétudes sont notamment liées à :

- i. « [...] certain niveau d'anonymat qui pourrait être exploité par les personnes qui recyclent les produits de la criminalité et qui financent les activités terroristes »¹⁴⁸, particulièrement dans le cas des transactions effectuées sur Internet;

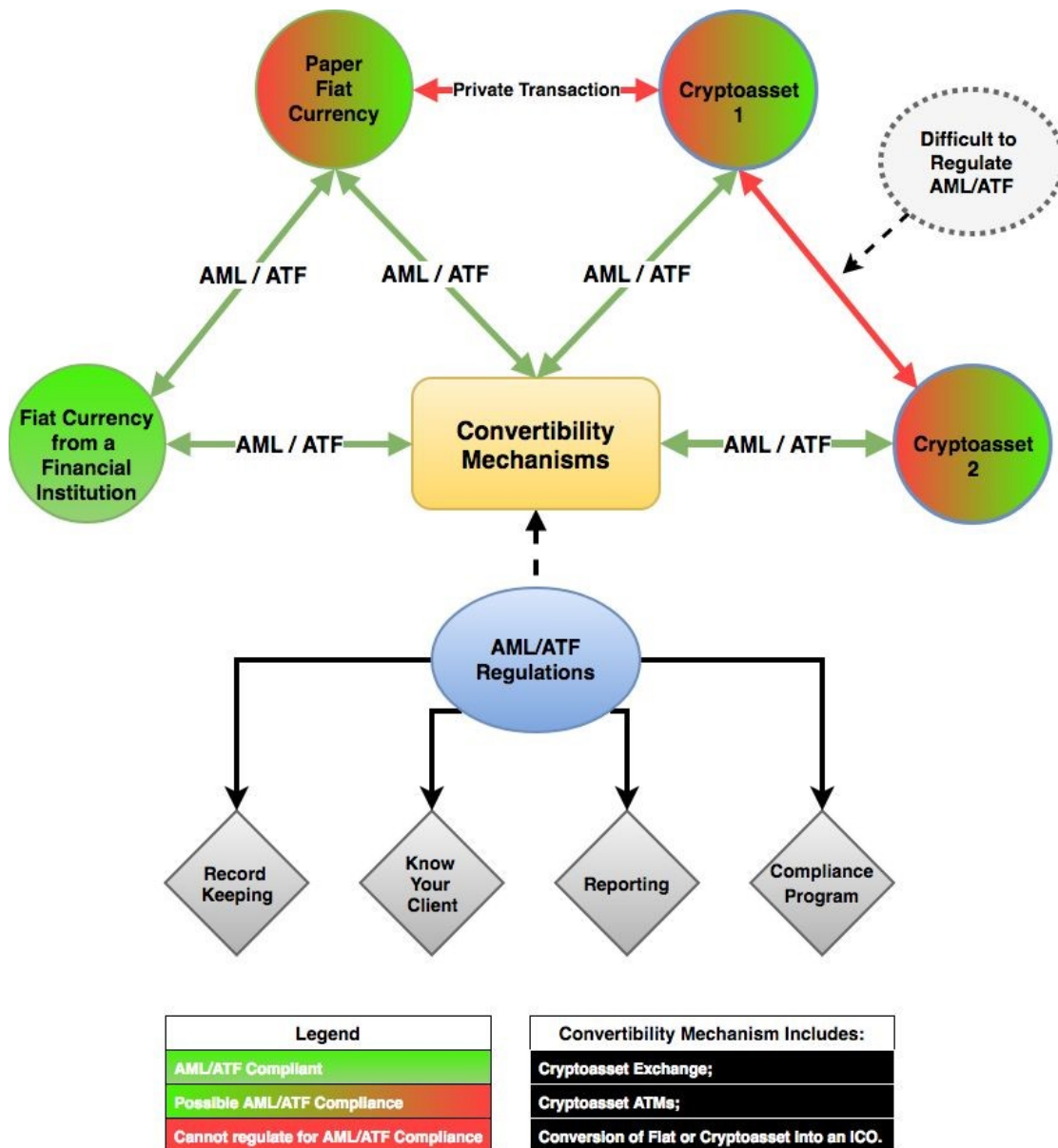
¹⁴⁶ Banque de France, « L'émergence du bitcoin et autres crypto-actifs : enjeux, risques et perspectives », in *Focus*, no 16, 5 mars 2018). En ligne : <https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/focus-16_2018_03_05_fr.pdf>.

¹⁴⁷ Christine Lagarde, *Addressing the Dark Side of the Crypto World*, Blogue du Fonds monétaire international, 13 mars 2018. En ligne : <<https://blogs.imf.org/2018/03/13/addressing-the-dark-side-of-the-crypto-world/>>.

¹⁴⁸ Gazette du Canada, supra note 1.

- ii. « l'origine des fonds est difficile à retracer et qu'il est difficile de vérifier si l'argent provient d'une source légitime (par exemple, de façon anonyme, on peut ajouter un montant d'argent sur certaines cartes chez un revendeur tiers, comme Postes Canada) »;
- iii. « La monnaie virtuelle convertible est exposée aux abus quant au recyclage des produits de la criminalité et au risque de financement des activités terroristes parce qu'elle permet un grand niveau d'anonymat, voire un anonymat total, comparativement aux méthodes de paiement traditionnel non en espèces. »

Figure 2 : À quel moment les cryptoactifs devraient-ils être réglementés?



Paper Fiat Currency	Papier-monnaie à cours forcé
Private Transaction	Transaction privée
Cryptoasset 1	Cryptoactif 1
AML/ATF	LBA/LFAT
Difficult to regulate AML/ATF	Réglementation difficile de la LBA/LFAT
Fiat currency from a financial institution	Monnaie à cours forcé d'une institution financière
Convertibility mechanisms	Mécanismes de convertibilité
Cryptoasset 2	Cryptoactif 2
AML/ATF regulations	Réglementations pour la LBA/LFAT
Record keeping	Tenue de livres
Know your client	Règle de connaissance du client
Reporting	Reddition de comptes
Compliance program	Programme de conformité
Legend	Légende
AML/ATF compliant	Conformité aux règles de LBA/LFAT
Possible AML/ATF compliance	Conformité possible aux règles de LBA/LFAT
Cannot regulate for AML/ATF compliance	Impossibilité de réglementer la conformité aux règles de LBA/LFAT
Convertibility mechanisms includes:	Mécanismes de convertibilité :
Cryptoasset exchange	Échanges de cryptoactifs
Cryptoasset AMTs	Guichets de cryptoactifs
Conversion of Fiat or cryptoasset into an ICO	Conversion de monnaie ou de cryptoactifs en PEC

On peut voir, dans la figure 2, la méthode que nous recommandons pour réglementer le plus efficacement possible les cryptoactifs en vertu d'un cadre réglementaire canadien.

Les trois principaux points d'entrée du réseau des cryptoactifs sont : i) le papier-monnaie à cours forcé; ii) les devises à cours forcé d'une institution financière; et iii) l'échange de cryptoactifs contre d'autres cryptoactifs. En plus de ces points d'entrée, certains mécanismes de convertibilité permettent de convertir des devises en cryptoactifs, et vice versa. Nous sommes d'avis que c'est en s'attaquant au **mécanisme de convertibilité** que le gouvernement fédéral serait le plus efficace et le plus efficient dans son effort pour contrôler ces transactions. Le mécanisme de convertibilité comprend lui-même trois points d'entrée :

1. la conversion de cryptoactifs, qui permettent aux utilisateurs de convertir des cryptoactifs en monnaie à cours forcé ou en d'autres types de cryptoactifs, et vice versa;
2. les guichets automatiques de cryptoactifs, qui permettent aux utilisateurs de convertir des cryptoactifs en monnaie à cours forcé, et vice versa;
3. la conversion de devises à cours forcé ou de cryptoactifs en PEC, qui permet à un utilisateur d'échanger des devises à cours forcé ou d'autres types de cryptoactifs contre des jetons ou de la monnaie numérique dans le cadre d'une participation à une PEC de jetons ou de cybermonnaie lancée par une entreprise en démarrage.

Nous recommandons que les autorités réglementaires canadiennes s'attaquent aux trois points d'entrée du mécanisme de convertibilité pour réglementer le plus efficacement possible les cryptoactifs. Comme on peut le voir dans la figure 2, deux méthodes de convertibilité rendent la réglementation des

conversions de cryptoactifs et de devises à cours forcé extrêmement difficiles, voire impossibles. La première consiste à effectuer des transactions privées de cryptoactifs et de papier-monnaie à cours forcé. Si des utilisateurs souhaitent acheter des cryptoactifs à l'aide de papier-monnaie à cours forcé ou convertir leurs cryptoactifs en papier-monnaie à cours forcé lors d'une transaction privée sans avoir recours à un mécanisme de convertibilité, il sera extrêmement difficile de savoir si ladite transaction est liée ou non à des activités criminelles. De la même manière qu'il serait très difficile de vérifier la légalité des éléments d'une transaction telle que l'achat d'un actif physique avec du papier-monnaie à cours forcé.

La deuxième situation problématique se présente lorsque des utilisateurs s'échangent des cryptoactifs sans faire appel aux mécanismes de convertibilité. Comme dans le premier cas, la légalité de ces transactions serait difficile à réglementer, étant donné l'anonymat des échanges. Heureusement, la vaste majorité des transactions ont lieu dans le réseau des cryptoactifs, à l'aide de mécanismes de convertibilité. Par conséquent, tout comme il est impossible pour les autorités de contrôler toutes les transactions effectuées en devises à cours forcé, le cadre réglementaire gouvernemental devrait se concentrer sur la majorité des transactions qui peuvent être contrôlées, à savoir les transactions effectuées au point d'entrée caractérisé par la présence d'un mécanisme de convertibilité.

Dans la figure 2, les flèches vertes représentent les endroits où la conformité à la LBA et à la LFAT peut être contrôlée de façon efficace. Le cercle vert (Monnaie à cours forcé d'une institution financière) représente quant à lui toutes les devises à cours forcé déposées dans une institution financière. Ce cercle vert indique que ces devises devraient déjà avoir été soumises aux pratiques et procédures adéquates, qui sont imposées par l'institution financière pour s'assurer qu'elles sont conformes aux exigences en matière de LBA et de LFAT prévues dans la législation canadienne. On peut alors conclure sans se tromper que l'institution financière a déjà appliqué la RCC qui s'impose pour garantir que ces devises sont « propres » et qu'elles ne sont ni le produit d'une activité criminelle ni destinées au financement d'activités terroristes.

Les trois autres cercles (Papier-monnaie à cours forcé, Cryptoactif 1 et Cryptoactif 2) peuvent ne pas être « propres » du point de vue de la LBA et de la LFAT. Il est souvent difficile de déterminer précisément la source d'origine du papier-monnaie à cours forcé et des cryptoactifs. Il est donc essentiel de s'assurer que ces points d'entrée aux régimes de cryptoactifs fassent l'objet d'une surveillance adéquate en matière de LBA et de LFAT, notamment en ce qui concerne la tenue de livres, la RCC, la déclaration de transactions suspectes et les exigences des programmes de conformité. Si l'on utilise du papier-monnaie à cours forcé lors d'une transaction effectuée dans une institution financière, ladite transaction doit nécessairement être soumise aux exigences réglementaires adéquates en matière de LBA et de LFAT pour être autorisée. Il est essentiel, si l'on veut assurer la protection du régime de LBA et de LFAT du Canada, que l'on veille à ce que les mesures de LBA et de LFAT soient appliquées dès l'étape du mécanisme de convertibilité des cryptoactifs.

De plus, si le Canada parvient à réglementer adéquatement les mécanismes de convertibilité, qui constituent les points d'entrée de la vaste majorité de ces transactions, le gouvernement fédéral sera en mesure de contrôler efficacement le seul point d'entrée où l'identité des personnes impliquées dans les transactions et la source des fonds transigés peuvent être établies avec certitude.

Il est important de garder à l'esprit que même si ces réglementations sont mises en place par les autorités canadiennes, il restera toujours des situations où l'application desdites réglementations restera difficile, comme dans le cas de conversions de cryptoactifs sans mécanisme de convertibilité. Toutefois, en concentrant les efforts de réglementation sur les mécanismes de convertibilité à l'aide d'un cadre de LBA

et de LFAT, le Canada sera en mesure d'y minimiser les risques de blanchiment d'argent et de financement d'activités terroristes.

13. À QUEL MOMENT LES CRYPTOACTIFS DEVRAIENT-ILS ÊTRE RÉGLEMENTÉS?

Comme nous l'avons mentionné précédemment, nous suggérons que l'élément central de la réglementation intervienne à l'étape du mécanisme de convertibilité. Les gouvernements et les organisations internationales se heurtent aux difficultés de réglementation des cryptoactifs dans ce domaine à la croissance hyperactive. Un élément important de ce débat porte sur l'équilibre que le gouvernement canadien cherche à atteindre entre la protection des utilisateurs de cryptoactifs et la compétitivité du secteur canadien des technologies financières. Un autre élément de ce débat concerne la quête d'équilibre entre l'innovation, le respect de la vie privée et la protection des intervenants. Christine Lagarde, directrice du Fonds monétaire international, a d'ailleurs déjà affirmé que les autorités réglementaires devaient s'attaquer aux enjeux liés aux cryptoactifs afin de « [traduction] lutter contre l'évasion fiscale, le blanchiment d'argent et le financement des activités terroristes de façon à ce que ces risques soient bien compris et bien gérés »¹⁴⁹.

À cet égard, la popularité initiale des cryptoactifs décentralisés s'expliquait par leur haut degré d'anonymat et l'absence de réglementations gouvernementales¹⁵⁰. Ces caractéristiques ont créé un outil permettant aux criminels de faire du blanchiment d'argent et de financer des activités terroristes en bénéficiant d'un haut degré d'anonymat. Voici, par ailleurs, ce que dit Steven David Brown des avantages de l'anonymat dans le milieu des cryptoactifs :

« [Traduction] Dans les enquêtes sur le blanchiment d'argent, la principale stratégie a toujours été de "suivre l'argent". Étant donné que les détails concernant les transactions de cryptomonnaies sont distribués à tous les détenteurs de comptes du grand livre, la comparaison du flux et de la valeur des transactions avec le moment où ont lieu les activités criminelles devrait permettre de repérer les pseudonymes impliqués et de suivre leur historique de transactions. Le problème consiste ensuite à associer ce pseudonyme à un individu réel; or, comme je l'ai mentionné précédemment, la décentralisation des cryptomonnaies rend cette tâche extrêmement difficile. »¹⁵¹

Un tel anonymat rend hautement improbable la possibilité qu'un outil ou un mécanisme moderne soit en mesure de retracer des échanges directs de cryptoactifs effectués dans le cadre de transactions de pair à pair entre deux utilisateurs (transactions de gré à gré, par exemple). Tenter de réglementer ce segment des transactions de cryptoactifs serait ultimement très peu avantageux pour les autorités réglementaires, puisqu'il faudrait consacrer énormément de ressources pour repérer les transactions frauduleuses. Imaginons le cas de deux criminels s'échangeant de grandes quantités de papier-monnaie à cours forcé (argent liquide) sans passer par l'intermédiaire d'une institution financière. Dans les deux cas (cryptoactifs et argent liquide), le contrôle efficace des transactions frauduleuses serait extrêmement coûteux et peu

¹⁴⁹ Christine Lagarde, « A Regulatory Approach to Fintech », in *Finance & Development*, vol. 55, no 2, mars 2018. En ligne : <www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/06/how-policymakers-should-regulate-cryptoassets-and-fintech/straight.pdf>.

¹⁵⁰ Steven David Brown, « Cryptocurrency and criminality: the Bitcoin opportunity », in *The Police Journal: Theory, Practice and Principals*, vol. 89, no 4, 2016, page 327.

¹⁵¹ *Ibidem*.

efficace. Il serait vain de chercher à réglementer toutes les facettes des transactions en argent liquide et en cryptoactifs. Toshendra Kumar Sharma en explique bien les raisons :

« [Traduction] Il est important de noter que toutes les activités de blanchiment d'argent et toutes les activités illégales effectuées avec des cryptomonnaies peuvent être aussi effectuées avec de l'argent liquide. L'argent liquide a toujours été le principal mode de paiement des trafiquants de drogue, des blanchisseurs d'argent et autres criminels violents. Or, comme les citoyens sans histoire utilisent également l'argent liquide, les gouvernements ne peuvent éliminer cette forme de paiement. De la même façon, même si une petite partie des transactions en cryptomonnaies se font dans le cadre d'activités illégales, il serait contreproductif de bannir toutes les cryptomonnaies, étant donné qu'elles ont le potentiel d'améliorer grandement le système bancaire actuel. Les gouvernements devraient plutôt consacrer leur énergie à utiliser cette technologie révolutionnaire pour améliorer la transparence de leurs propres activités. »¹⁵²

L'une des options de réglementation serait de bannir complètement les cryptoactifs, ce qu'ont fait la Banque populaire de Chine¹⁵³ et la Banque d'État du Vietnam¹⁵⁴, qui ont promulgué des lois interdisant aux institutions financières d'effectuer ou de traiter des transactions de cryptoactifs. Nous sommes d'accord avec le commentaire de Toshendra Kumar Sharma voulant qu'une telle interdiction semble contreproductive, d'autant plus qu'une réglementation intrusive ou une interdiction totale pourrait avoir des conséquences négatives, comme la création d'un réseau clandestin, qui pourraient éventuellement obliger ces États à revenir sur leur décision et à trouver un moyen de mieux réglementer les cryptoactifs¹⁵⁵. De plus, une réglementation aussi stricte pourrait s'avérer contreproductive en ce qui a trait à la LBA et à la LFAT au Canada.

Encore une fois, ces considérations vont dans le sens d'une réglementation axée sur les mécanismes de convertibilité. Un mécanisme de convertibilité est le processus ou le mécanisme de conversion qui permet aux utilisateurs de convertir leurs cryptoactifs en monnaie à cours forcé (ou vice versa). Le ministre français des Finances souligne qu'une « évaluation des risques liés aux monnaies virtuelles doit notamment prendre en considération les modalités d'émission, les conditions d'utilisation et notamment la transparence des flux, la liquidité et la convertibilité en monnaie légale »¹⁵⁶. Les inquiétudes initiales qu'il exprime sont liées au risque potentiel de manque de transparence qui accompagne la création d'un portefeuille de cryptoactifs et l'anonymat total sous-jacent aux transactions de cryptoactifs, ce qui rend incontournable la nécessité de « répondre aux préoccupations en matière de connaissance du donneur

¹⁵² Toshendra Kumar Sharma, *How does Bitcoin Money Laundering Work*, blogue du Blockchain Council, 27 janvier 2018). En ligne : <www.blockchaincouncil.org>.

¹⁵³ Xie Yu, « China orders banks to stop financing cryptocurrencies as noose tightens around disrupter », in *South China Morning Post*, 19 janvier 2018). En ligne : <www.scmp.com/business/banking-finance/article/2129645/pboc-orders-banks-halt-banking-services-cryptocurrency>.

¹⁵⁴ Service de communications de la Banque d'Indonésie, *Trade Balance Deficit Decreases*, Communiqué de presse no 20/50/DKom, 25 juin 2018. En ligne : <www.bi.go.id/en/ruang-media/siaran-pers/Pages/sp_205018.aspx>.

¹⁵⁵ Gilly Wright, « Cryptocurrencies Face Bans, More Regulation », in *Global Finance magazine*, vol. 32, no 2, 2 février 2018, page 10. En ligne : <www.gfmag.com/magazine/february-2018/cryptocurrencies-face-bans-more-regulations>.

¹⁵⁶ Groupe de travail « Monnaie virtuelle », *Encadrement des monnaies virtuelles, Recommandations visant à prévenir leurs usages à des fins frauduleuses ou de blanchiment*, juin 2014, page 3. En ligne : <www.economie.gouv.fr/files/rapport_monnaiesvirtuelles_web.pdf>.

d'ordre et du bénéficiaire effectif »¹⁵⁷. Il s'inquiète également de l'extraterritorialité des cryptoactifs, étant donné qu'il est possible d'effectuer des transactions de cryptoactifs d'un pays à un autre avec une extrême rapidité et la plus complète discrétion.

S'il est pratiquement vain de tenter de réglementer les transactions de cryptoactifs de pair à pair, il serait beaucoup plus efficace d'imposer le fardeau réglementaire à la conversion en cryptoactifs, qui constitue le principal mécanisme de convertibilité utilisé pour convertir de la monnaie à cours forcé en cryptoactifs. Même si cette structure permettrait toujours certaines transactions de cryptoactifs dans le cadre d'échanges clandestins de cryptoactifs et d'argent liquide et même si une bonne partie des transactions sont effectuées grâce à des échanges de cryptoactifs, ces conversions devraient être le point de mire des autorités réglementaires en matière de LBA et de LFAT. C'est pour cette raison que certains joueurs ont opté pour la déclaration volontaire de leurs activités au Canada afin de devenir des ESM conformes au cadre en matière de LBA et LFAT, et ce, avant l'application des modifications proposées, de façon à obtenir la confiance de la population.

14. RÈGLE DE LA CONNAISSANCE DU CLIENT

La règle de connaissance du client (RCC) fait référence aux procédures qu'une entreprise doit suivre pour vérifier l'identité de ses futurs clients et évaluer les risques potentiels d'activités illégales de la relation d'affaires. La RCC est l'une des principales mesures pouvant être mises en place pour réduire le risque de blanchiment d'argent et de financement d'activités terroristes. Bien sûr, comme on peut le lire dans le résumé de la décision de la CSC dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* :

« Il existe un risque que les intermédiaires financiers – ceux qui manipulent des fonds pour le compte d'autrui – facilitent le recyclage des produits de la criminalité ou le financement des activités terroristes. Pour réduire ce risque, la législation canadienne visant à lutter contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes impose des obligations aux intermédiaires financiers, notamment aux avocats, comptables, courtiers d'assurance-vie et courtiers en valeurs mobilières. Ils doivent recueillir des renseignements afin de vérifier l'identité des personnes pour le compte desquelles ils paient ou reçoivent de l'argent, tenir des relevés des opérations et établir des programmes internes pour assurer le respect de la loi. La législation assujettit également les intermédiaires financiers, y compris les avocats, à la perquisition et à la saisie des documents qu'ils sont tenus de recueillir et de conserver. »¹⁵⁸

La vérificatrice générale du Canada constate pour sa part que les mieux placés pour combattre le blanchiment d'argent et le financement d'activités terroristes sont « les employés de première ligne — qui traitent quotidiennement avec les clients »¹⁵⁹. Ces employés sont les mieux placés pour repérer les transactions inhabituelles ou suspectes. Il est donc important qu'ils soient capables de reconnaître ce genre de transactions et les événements déclencheurs qui mènent à des transactions suspectes, étant

¹⁵⁷ *Ibidem*, page 4.

¹⁵⁸ 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401. En ligne : <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/14639/index.do>>.

¹⁵⁹ Canada, *supra* note 138.

donné qu'ils sont les gardiens pouvant prévenir le blanchiment d'argent par l'entremise des organisations qui les embauchent.

Au Canada, c'est le CANAFE qui émet les directives concernant la RCC. Ces directives, qui ont été mises à jour en juin 2017, élargissent et précisent davantage les méthodes acceptées d'identification des clients pour se conformer aux exigences en matière de LBA et de LFAT. Le CANAFE précise plusieurs types de transactions et d'activités qui nécessitent l'identification des personnes impliquées et la confirmation de l'existence des entités concernées : casinos, entités financières, entreprises immobilières, courtiers en valeurs mobilières et ESM. On retrouve les différentes exigences de la RCC pour secteurs d'activités dans la *LRPCFAT*, y compris celles relatives aux relations d'affaires, aux procédures de suivi, aux directives sur la propriété bénéficiaire, la détermination des tiers et les règlements concernant les personnes politiquement exposées et les chefs d'organisations internationales.

En ce qui concerne les cryptoactifs, les exigences relatives à la RCC risquent d'être appliquées plus aisément et plus efficacement au point d'entrée du mécanisme de convertibilité des cryptoactifs. **Nous recommandons donc que les entités qui agissent comme mécanisme de convertibilité soient requises de s'inscrire comme ESM afin de faire appliquer les exigences en matière de LBA et de LFAT.** Comme nous l'avons mentionné précédemment, c'est au niveau du mécanisme de convertibilité que la réglementation gouvernementale serait la plus efficace pour mettre en place une stratégie fondée sur la RCC.

15. ÉCHANGES DE CRYPTOACTIFS PAR L'ENTREMISE D'UNE ESM

Au Canada, la *Loi* créant le cadre de LBA et de LFAT, le projet de loi C-31, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 11 février 2014 et mettant en œuvre d'autres mesures*¹⁶⁰, a obtenu la sanction royale de 19 juin 2014. Malgré le fait que le gouverneur en conseil se soit vu conférer le droit d'adopter des règlements concernant le « commerce de monnaie virtuelle » en vertu de l'alinéa 73.1(a) de la *LRPCFAT*¹⁶¹, ladite loi n'a jamais été modifiée de façon à inclure une définition de

¹⁶⁰ Projet de loi C-31, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 11 février 2014 et mettant en œuvre d'autres mesures*, 2^e session, 41^e législature, 2014, paragraphe 256(2) (sanctionnée le 19 juin 2014).

¹⁶¹ *LRPCFAT*, *supra* note 4. Bien sûr, dans la partie intitulée « MODIFICATIONS NON EN VIGUEUR » de la *LRPCFAT*, il est expressément écrit :

« MODIFICATIONS NON EN VIGUEUR

— 2014, ch. 20, par. 256(2), modifié par 2017, ch. 20, art. 436

2006, ch. 12, par. 3(1)

256 (2) L'alinéa 5h) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

h) les personnes et entités qui ont un établissement au Canada et qui se livrent à la fourniture de l'un des services suivants : [...]

(iv) le commerce de monnaie virtuelle,

(v) tout service prévu par règlement; [...].

h.1) les personnes et entités qui n'ont pas d'établissement au Canada et qui se livrent à la fourniture, à l'intention de personnes ou entités se trouvant au Canada, de l'un des services ci-après et qui les fournissent à leurs clients se trouvant au Canada : [...]

(iv) le commerce de monnaie virtuelle,

(v) tout service prévu par règlement; [...] »

« commerce de monnaie virtuelle », créant par le fait même un vide juridique. Si la « monnaie virtuelle » n'est pas clairement définie, cette situation pourrait entraîner la création d'un régime excessif qui obligerait toutes les personnes participant à la sphère des cryptoactifs à s'inscrire comme ESM.

En plus de ce problème, les législateurs ont décidé, pour des raisons que nous ignorons, de ne pas modifier le paragraphe 5(h) de la *LRPCFAT* pour qu'il comprenne les personnes faisant « commerce de monnaie virtuelle ». Par conséquent, il n'existe aucune exigence réglementaire pour que ces personnes soient régies par les règles entourant les « entreprises de services monétaires » et, par le fait même, soient tenues de se conformer aux différentes exigences de la *LRPCFAT*, dont : a) la tenue de livres; b) la vérification d'identité; c) la déclaration de transactions suspectes; et d) l'inscription, comme le prévoit l'*Avis de CANAFE portant sur les entreprises de services monétaires qui utilisent les monnaies virtuelles dans le cadre de leurs activités*¹⁶². La *Loi* ne semble pas non plus se pencher sur les mécanismes liés la conversion de cryptoactifs en monnaie à cours forcé (et vice versa), qui pourraient provoquer l'application de la *LRPCFAT*. Le *CANAFE* semble également avoir fourni des interprétations contradictoires¹⁶³ quant au traitement des entreprises de cryptoactifs en vertu de la *LRPCFAT* et sur leur statut d'ESM, comme on peut le constater dans l'Annexe A ci-jointe.

Il est étonnant que les législateurs n'aient pas défini le « commerce de monnaie virtuelle » dans la *LRPCFAT* lorsque le projet de loi C-31 a obtenu la sanction royale en 2014. Il est également surprenant que la phrase du paragraphe 5(h) de la *Loi* n'ait jamais été modifiée de façon à réglementer certaines entreprises de cryptoactifs à titre d'ESM. À ce sujet, il est important que les législateurs adoptent une loi qui permettrait d'avoir un régime efficace en matière de LBA et de LFAT, tout en évitant d'étouffer l'innovation dans le secteur des technologies financières au Canada, ce qui l'empêcherait d'être un chef de file mondial dans le domaine.

16. ANALYSE DES MODÈLES RÉGLEMENTAIRES SUISSE ET SINGAPOURIEN

16.1. SINGAPOUR¹⁶⁴

I. Introduction

Singapour se trouve dans une situation extrême avantageuse, étant l'un des paradis mondiaux de la cryptomonnaie. Elle continue donc à attirer les activités de l'écosystème de la chaîne de blocs et de la mobilisation de capitaux, au milieu des hauts et des bas de certaines monnaies virtuelles populaires, comme celle du réseau Ethereum. Dans les pages qui suivent, nous étudierons et analyserons certaines composantes clés des volets juridiques et réglementaires singapouriens, dont la documentation juridique, la protection des données, la RCC, la LBA et la propriété intellectuelle.

¹⁶² Gouvernement du Canada, Centre l'analyse des opérations et déclarations financières du Canada, *Inscrire votre entreprise de services monétaires (ESM)*, 2017). En ligne : <www.canafe-fintrac.gc.ca/msb-esm/register-inscrire/reg-ins-fra.asp>.

¹⁶³ Gouvernement du Canada, Centre l'analyse des opérations et déclarations financières du Canada, *Interprétation de politiques du CANAFE*, 2017. En ligne : <www.canafe-fintrac.gc.ca/guidance-directives/overview-aperçu/FINS/2-fra.asp?s=12>.

¹⁶⁴ Franca Ciambella et al., *Blockchain Cryptocurrency & the Legal Environment in Singapore*, Singapore, Consilium Law Corporation, 2017.

II. La « solution » : l'assise de tout le système

Dans un système de cryptomonnaie en chaîne de blocs typique, il existe une communauté dont les membres ont des rôles à jouer pour la mise en place d'une solution à un problème donné. Cette solution, qu'on appelle souvent « protocole » ou « plateforme », est l'assise essentielle de tout système, car sans une solution viable et pratique, le système a peu de chance de réussir, peu importe le capital rassemblé et le nombre de participants. En plus de la technologie, de la sophistication et des réflexions inhérentes à certaines de ces solutions, les simples études de faisabilité commerciale courantes pourraient suffire pour prédire la réussite ou l'échec d'une solution à partir de son utilité, de sa fonctionnalité et de sa durabilité. Donc, avant même de commencer, il convient de se poser la question suivante : « notre solution est-elle utile, fonctionnelle et attrayante, et a-t-elle d'un point de vue commercial? ».

Certains créateurs, toutefois, lancent une nouvelle monnaie virtuelle sous prétexte d'offrir une solution, mais dont l'objectif principal réel se limite à son échange sur les marchés afin qu'elle prenne de la valeur, assurant ainsi leur enrichissement rapide. Ces personnes ne se préoccupent ni du développement de l'écosystème, ni de son utilisation, ni de la création d'une communauté; elles souhaitent simplement créer un actif hautement spéculatif. De plus, certaines d'entre elles n'ont aucun scrupule à participer à une activité spéculative, dans la mesure où elles en tirent un profit, puisqu'elles n'ont jamais eu l'intention de faire partie de l'écosystème des cryptoactifs à long terme.

III. Pourquoi Singapour est-elle si attrayante?

Plusieurs décrivent Singapour comme un environnement propice à l'épanouissement des cryptomonnaies et des chaînes de blocs en raison de son extraordinaire réseau de communications, de sa réputation internationale de centre financier, de l'approche axée sur l'équilibre et la non-ingérence de ses organismes de réglementation et de son intérêt croissant pour la technologie financière.

Contrairement à d'autres pays, Singapour a privilégié une approche libérale et opté pour une vision plus équilibrée en accueillant à bras ouverts les jeunes entreprises de cryptoactifs et en mettant en place des projets à grande échelle pour encourager la croissance et l'innovation en matière de technologie financière. L'organisme de réglementation singapourien, l'Autorité monétaire de Singapour (AMS), a toutefois de la difficulté à protéger adéquatement les épargnants et la population générale des offres « frauduleuses » et à instaurer des protections adéquates. Il est important de noter, par ailleurs, que l'objectif principal de l'AMS consiste à ne pas d'adopter trop de restrictions afin d'éviter de plomber la croissance des cryptoactifs et des cryptomonnaies.

Le plus grand intérêt pour l'univers des cryptomonnaies singapourien vient des sociétés et des investisseurs (locaux et étrangers). Les épargnants ou les acheteurs de jetons veulent investir dans les nombreuses cryptomonnaies qui existent, tandis que les sociétés souhaitent plutôt organiser des « événements de génération de jetons » (EGJ) liés à l'émission de jetons numériques à Singapour et mobiliser des capitaux (nous utilisons ici les termes PEC et EGJ de façon interchangeable).

Singapour est considérée comme un endroit intéressant pour organiser des EGJ parce que, notamment : 1) il y est facile d'incorporer une entité; et 2) l'AMS a décidé (le 1^{er} août 2017), de ne pas réglementer l'offre ou l'émission de jetons numériques, puisque ces derniers ne sont pas des produits réglementés en vertu de la section 289 de la *Securities and Futures Act (SFA)* du pays. L'absence d'interdiction explicite concernant l'émission de jetons numériques et la perception que les cryptomonnaies décentralisées sont

des actifs non réglementés expliquent pourquoi Singapour, ainsi que la Suisse, est considérée par plusieurs comme un cryptoparadis.

Cela étant dit, il convient de noter que le 15 novembre 2017, peu de temps après la publication du *The DAO Report* de la SEC, en juillet 2017, l'AMS a publié *A Guide to Digital Token Offerings*. On y précise notamment que l'offre de jetons numériques doit se conformer à la SFA uniquement s'il s'agit d'un projet réglementé en vertu de ladite *Loi*.

L'AMS y présente également plusieurs études de cas hypothétiques de jetons numériques relevant de la SFA, et d'autres n'étant pas soumis au cadre réglementaire. La situation est donc plus claire pour les entités qui offrent des jetons et qui pourraient être soumis au cadre réglementaire de l'AMS.

L'AMS, qui affirme vouloir évaluer soigneusement la nature, la composition et les particularités des jetons numériques, a mis en place une approche réglementaire du « bac à sable » afin de répondre rapidement aux requêtes.

Nonobstant cette réglementation, un investisseur doit tenir compte du fait qu'il y aura toujours des risques commerciaux inhérents à son investissement, principalement en raison du succès de la solution mentionnée précédemment, qui peut faire en sorte qu'un investisseur perde une grande partie ou la totalité de sa mise. Cela nous amène à aborder la deuxième étape de l'analyse réglementaire : il serait fort possible que le jeton lui-même ne soit pas réglementé, mais que la solution ou l'activité de la plateforme le soit. Si, par exemple, les jetons sont utilisés pour un protocole dont les activités sont réglementées à Singapour, comme le secteur des prêts ou des assurances, il faudrait alors obtenir les licences requises pour ces activités.

IV. Documents juridiques types utilisés pour un EGJ ou une PEC

Dans les faits, il se pourrait que le seul recours possible pour un adhérent ou un investisseur ayant investi dans une entreprise de jetons ou de cybermonnaie non réglementée, ou ayant acheté lesdits jetons ou ladite cybermonnaie, pourrait être les dispositions prévues dans les accords commerciaux conclus entre un investisseur ou un adhérent et l'émetteur de jetons ou de cybermonnaie.

En ce qui a trait à la structuration d'un EGJ ou d'une PEC, l'une des façons de procéder est de faire du « générateur » l'assise de toute la structure, habituellement sous forme d'une société à responsabilité limitée par garanties, étant donné que cette société mènera des activités sans but lucratif ayant un certain intérêt national ou public. La plateforme, quant à elle, peut être exploitée par une autre société. Il peut s'agir d'une société fermée à responsabilité limitée, qui serait idéalement responsable de l'adhésion des utilisateurs et du développement de la plateforme. Les accords qui accompagnent habituellement une telle structure sont un contrat de développement et de service.

Nous vous présentons, dans les pages qui suivent, les autres documents et accords généralement utilisés lors d'un EGJ ou d'une PEC à Singapour.

(1) *Document de présentation technique*

Le document de présentation technique sert à expliquer aux investisseurs l'intention derrière l'EGJ ou la PEC, les objectifs de l'offre, la technologie derrière le projet (si elle est soutenue par la technologie de

chaîne de blocs, par exemple), la structure d'entreprise privilégiée pour l'offre potentielle et le modèle financier de la génération des jetons.

Le document de présentation technique, qui est souvent le premier document publié sur le site Web du générateur de jetons, sert en quelque sorte de « déclaration d'intérêt » destinée aux investisseurs potentiels. Il est impératif que ces derniers étudient attentivement l'information fournie dans le document de présentation technique et posent les bonnes questions afin de bien comprendre la technologie derrière l'émission de jetons numériques, par exemple, avant d'effectuer un investissement.

(2) *Avis juridique*

L'avis juridique est une étape essentielle à Singapour, puisqu'il vise à analyser les caractéristiques des jetons et à déterminer si leur « comportement » est régi par la *SFA* ou par d'autres lois liées au droit des valeurs mobilières. L'avis juridique comprend également des conseils sur les exigences en matière de licence ou de déclaration d'une PEC. De plus, il comprend généralement des conseils sur toute autre loi pouvant s'appliquer aux activités de la plateforme.

(3) *Accord de prévente*

L'accord de prévente (APV) est, comme son nom l'indique, un accord conclu entre des investisseurs retenus et le générateur avant la « vente au grand public ».

La prévente a généralement lieu avant l'EGJ ou la PEC proprement dits afin de permettre au générateur de vendre à l'avance de la cybermonnaie ou des jetons numériques à un groupe trié sur le volet d'investisseurs ou d'adhérents potentiels (membres de la famille, amis ou investisseurs) à un prix inférieur, et pendant une période limitée, selon les critères imposés par le générateur. La prévente est également un excellent moyen de jauger l'intérêt de son offre de jetons numériques avant de les proposer au grand public dans le cadre d'un EGJ ou d'une PEC. Il convient de noter que vendre une trop grande quantité de jetons en prévente peut s'avérer contreproductif, car il faut souvent un nombre important d'adhérents pour assurer la réussite d'un écosystème ou d'une communauté. Vendre rapidement ses jetons à un petit groupe de personnes peut limiter le nombre et l'éventail des adhérents et, ultimement, nuire à la réussite de la communauté.

Dans certains cas, le générateur propose une version localisée de l'accord de vente de futurs jetons (AVFJ), conforme aux lois singapouriennes, comme document de prévente.

Dans certaines transactions, les parties peuvent décider de créer une convention d'entiercement avant l'EGJ afin qu'un tiers dépositaire séquestre la cryptomonnaie dans une fiducie au nom de l'investisseur, qui sera remise au générateur de jetons dans certaines circonstances.

(4) *Conditions d'un EGJ*

Les conditions d'un EGJ ou d'une PEC (documents de l'EGJ) comprennent les principaux documents utilisés lors de la vente au grand public.

Les documents de l'EGJ comprennent habituellement de l'information sur le générateur, les restrictions relatives à la distribution des jetons, un avis de non-responsabilité, les dédommagements et

l'autorégulation, les caractéristiques des jetons, les procédures d'acquisition et de réception des jetons, de même que les représentations légales et les garanties des investisseurs.

En d'autres mots, les documents de l'EGJ, qui constituent le principal accord juridiquement contraignant entre les investisseurs et le générateur de jetons, établissent clairement les responsabilités du générateur à l'égard des investisseurs si les risques liés à l'émission des jetons venaient à se concrétiser. Il est donc essentiel que les investisseurs potentiels étudient soigneusement les documents de l'EGJ et en comprennent les implications avant d'investir.

Les documents de l'EGJ comprennent également des conditions commerciales propres à l'offre en question et qui diffèrent selon les circonstances et les détails technologiques de l'offre.

(5) *Manuel de conformité*

Le générateur de jetons s'assure habituellement d'avoir un manuel de conformité bien défini, dans lequel on retrouve de l'information sur la conformité générale de l'entité exploitante (qui émet les jetons), les relations avec les autorités de réglementation (le cas échéant), les dispositions anticorruption, la tenue de livres, la politique de protection des renseignements personnels et, plus important encore, les dispositions relatives à la fraude et au blanchiment d'argent.

L'AMS insiste sur le fait que ses avis pertinents en matière de prévention du blanchiment d'argent et de lutte au financement d'activités terroristes pourraient malgré tout s'appliquer aux jetons numériques qui ne sont pas régis par son cadre réglementaire (particulièrement en ce qui concerne l'obligation de déclarer les transactions suspectes au Bureau de communication des transactions suspectes du ministère des Affaires commerciales de Singapour et l'interdiction d'offrir des services ou d'entretenir des liens d'affaires avec des personnes et des sociétés désignées en vertu du chapitre 325 de la *Terrorism (Suppression of Financing) Act*), ou par toute autre mesure législative subsidiaire.

Il serait prudent qu'un investisseur demande au générateur de jetons s'il possède un manuel de conformité bien défini qui contient toutes les dispositions mentionnées précédemment, et s'il est prêt à le lui transmettre au moment opportun.

L'AMS a également annoncé qu'elle mettrait en place, au moment voulu, un nouveau cadre pour les services de paiement, qui comprendrait des règles pour prévenir les risques de blanchiment d'argent et de financement d'activités terroristes associés à l'échange ou à la conversion de monnaies virtuelles contre des devises à cours forcé ou d'autres monnaies virtuelles. Il est conseillé que les investisseurs obtiennent, avant d'investir, des clarifications des intermédiaires du générateur de jetons concernant la publication de ces lignes directrices par l'AMS, et, le cas échéant, s'ils ont mis en place le cadre requis.

V. Protection des renseignements personnels

On retrouve la définition suivante dans le paragraphe 2(1) de la *Personal Data Protection Act (PDPA)* de Singapour :

« [Traduction] Renseignements personnels. Ensemble des données, vraies ou fausses, propres à un individu qui permettent de l'identifier : a) à partir des données elles-mêmes; ou b) à partir des données et d'autres renseignements auxquels un organisme a accès ou pourrait avoir accès. »

L'information nominative sur les participants recueillie en ligne au moment d'une PEC constitue des renseignements personnels en vertu de la *PDPA*. D'après cette loi, le générateur doit obtenir le consentement des participants pour recueillir, utiliser et divulguer des renseignements personnels. De plus, cette collecte de données doit être jugée raisonnable pour l'offre des services relatifs au produit. Le générateur doit également garantir qu'il a déployé des efforts raisonnables pour prévenir l'accès non autorisé aux données. Lorsque les raisons pour lesquelles les données ont été recueillies ne sont plus d'actualité, le générateur est tenu de les détruire.

L'article 26 de la *PDPA* exige que le générateur s'abstienne de transmettre des renseignements personnels à un pays ou un territoire à l'extérieur de frontières singapouriennes, à l'exception des organisations ayant des normes comparables à celles de la *PDPA* en matière de protection des renseignements personnels. Cette règle est importante dans le cas des PEC lancées dans plusieurs pays simultanément.

L'adoption récente du *General Data Protection Regulation*, et son application extraterritoriale, entraîne certaines obligations à Singapour lorsque des participants sont issus de l'Union européenne.

VI. Règle de connaissance du client et lutte au blanchiment d'argent

La RCC et la LBA, que nous avons mentionnées précédemment et qui font partie des manuels de conformité, doivent également être incluses dans les questionnaires que doivent remplir les adhérents ou les acheteurs de jetons. Si des incertitudes demeurent quant à l'application du chapitre 65A de la *Corruption, Drug Trafficking and other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act (CDSA)* de Singapour aux cryptomonnaies, il serait plus prudent de la part du générateur d'avoir des questionnaires exhaustifs pour recueillir de l'information nominative sur les adhérents ou les investisseurs potentiels, tant avant de l'EGJ qu'à l'étape de l'EGJ, conformément aux exigences de la *CDSA* en la matière.

VII. Propriété intellectuelle

À Singapour, il n'est pas possible d'enregistrer des droits d'auteur. Par conséquent, le générateur doit tenir des dossiers impeccables, notamment en ce qui a trait à la date de création et aux codes sources du protocole de chaîne de blocs, afin de protéger ses droits d'auteur sur les codes sources de son logiciel.

Le générateur devrait également envisager la possibilité de faire breveter les nouveaux procédés de sa technologie de chaîne de blocs (le cas échéant) et d'enregistrer sa marque de commerce auprès du Bureau de la propriété intellectuelle de Singapour.

VIII. Conclusion

Le système monétaire décentralisé des cryptomonnaies, qui est fort probablement l'avenir des transactions financières à Singapour, risque de révolutionner le paysage financier international. Il sera intéressant de voir comment l'AMS tentera d'assurer un juste milieu entre, d'une part, la croissance et la prospérité des plateformes de cryptomonnaies à Singapour et, d'autre part, l'amélioration d'un régime réglementaire déjà complexe grâce à des garanties supplémentaires afin de protéger non seulement les investisseurs, mais également la population générale. Il sera également intéressant de constater les méthodes que les générateurs de jetons et de cybermonnaies utiliseront pour faire en sorte que leurs

« solutions » soient performantes du point de vue commercial et assurent la réussite de leurs communautés.

16.2 SUISSE¹⁶⁵

Le 16 novembre 2016, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers de la Suisse (FINMA) a publié ses objectifs stratégiques 2017-2020. Le cinquième de ces objectifs consiste à « créer des conditions-cadres pour les modèles d'affaires innovants »¹⁶⁶, pour le financement participatif, en particulier, et pour la technologie financière, en général.

Les nouvelles règles en matière de technologie financière sont entrées en vigueur le 1^{er} août 2017¹⁶⁷. De plus, un nouveau permis bancaire (un permis bancaire allégé) fait actuellement l'objet de discussions en Suisse à partir d'un projet de réglementation publié le 21 juin 2018. L'objectif de ce nouveau permis est de permettre à des entités (autres que des banques) d'accepter des dépôts jusqu'à concurrence de 100 millions de francs suisses¹⁶⁸.

Étant donné la décision politique (et l'objectif stratégique) de la Suisse d'adapter ses lois aux technologies financières, notamment, la situation évolue rapidement dans ce pays. Le 16 février 2018, la FINMA a publié des lignes directrices concernant les PEC¹⁶⁹ (*Guide pratique de la FINMA*).

Nous nous appuyerons principalement, dans les pages qui suivent, sur le *Guide pratique de la FINMA* (ainsi que sur les premières décisions rendues par la FINMA), étant donné qu'on y trouve une définition relativement claire des différentes catégories de jetons et de la réglementation suisse qui s'applique.

¹⁶⁵ Alexandre de Boccad, *Swiss regulatory framework applicable to Token Generating Event (TGE/Initial)*, Suisse, Ochsner & Associés, 2018.

¹⁶⁶ Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers de Suisse, *Objectifs stratégiques de la FINMA*. En ligne : <www.finma.ch/fr/finma/objectifs/strategie/>.

¹⁶⁷ Gouvernement de la Suisse, Conseil fédéral, *Le Conseil fédéral met en vigueur de nouvelles règles pour les FinTech*, Berne, 5 juillet 2017. En ligne : <www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-67436.html>.

¹⁶⁸ Gouvernement de la Suisse, Le Chef du Département fédéral des finances DFF, *Modification de l'ordonnance sur les banques (autorisation FinTech) : ouverture de la procédure de consultation*, Suisse, 21 juin 2018. En ligne : <www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2967/OB-autorisation-FinTech_Lettre_fr.pdf>.

¹⁶⁹ Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers de la Suisse, *La FINMA publie un guide pratique sur les ICO*, 16 février 2018. En ligne : <<https://www.finma.ch/fr/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung/>>.

I. Guide pratique de la FINMA et catégories de jetons

La FINMA fonde son approche sur la fonction économique sous-jacente des jetons¹⁷⁰. Elle distingue trois types de jetons :

(1) *Jetons de paiement*

« “Jetons de paiement” (synonyme de “cryptomonnaies” pures) inclut les jetons qui sont acceptés comme moyen de paiement pour l’achat de marchandises ou de services dans les faits ou selon l’intention de l’organisateur ou qui doivent servir à la transmission de fonds et de valeurs. »¹⁷¹

Selon l’alinéa 3.2 (b), l’émission d’un moyen de paiement (ce qui comprend les paiements en jetons et en cryptomonnaies) par une entité suisse (c’est-à-dire une entité ayant une présence physique en Suisse) est soumise à la *Loi sur le blanchiment d’argent* de la Suisse du 10 octobre 1997.

L’une des conséquences de cette réglementation est que l’entité émettrice suisse doit être affiliée à un organisme d’autorégulation (OAR) aux fins de la LBA. Cela étant dit, l’émetteur peut choisir de déléguer la réception des fonds à un intermédiaire financier suisse assujetti à la LBA.

En cas de délégation, l’émetteur n’est pas assujetti à la LBA (quoique cela exige une confirmation de la part de la FINMA dans le cas d’une lettre de non-intervention). Plusieurs intermédiaires financiers offrent actuellement des services en lien avec les exigences relatives à la RCC et à la LBA. De plus, de nombreuses banques suisses ont accepté d’ouvrir des comptes commerciaux (en devises) pour des sociétés ayant effectué une PEC.

(2) *Jetons d’utilité*

Les jetons d’utilité sont des « jetons censés donner accès à un usage ou à un service numériques et qui s’appuient sur l’utilisation d’une infrastructure de type *blockchain* »¹⁷².

Par ailleurs, les jetons d’utilité « confèrent uniquement un droit d’accès à un usage ou à un service numériques et que le jeton d’utilité est utilisable dans ce sens à la date d’émission »¹⁷³. En d’autres mots, si les produits de la PEC servent (même en partie) à développer la fonction principale du jeton ou de sa plateforme (technologie de chaîne de blocs), la FINMA considère ce jeton comme une valeur mobilière¹⁷⁴.

Toutefois, lorsque la valeur mobilière n’accorde ni droit de vote (comme dans le cas des titres et des actions), ni droits économiques (comme dans le cas des titres, des actions ou des droits de participation), ni droit d’acquisition (dette émise par l’émetteur, comme des obligations), le jeton peut se qualifier comme un « droit-valeur ». La principale exigence à respecter pour émettre un droit-valeur (sur le marché

¹⁷⁰ Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers de la Suisse, *Guide pratique pour les questions d’assujettissement concernant les initial coin offerings (ICO)*, 29 septembre 2017 (Switzerland), § 3.1, page 3, [FINMA].

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*, § 3.2.2, page 5.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

primaire) est de tenir un registre des jetons et de leurs détenteurs (ce qui peut être fait de façon numérique à l'aide d'une chaîne de blocs, comme l'a confirmé la FINMA¹⁷⁵). Toutefois, à partir de la même hypothèse (à savoir aucun droit de vote ou droit de propriété garanti par l'émetteur, ni aucune dette à recouvrer), aucun prospectus n'est requis en vertu des lois suisses actuelles (plus particulièrement en vertu du *Code des obligations* suisse).

(3) *Jetons d'investissement (jetons de valeur mobilière)*

La FINMA utilise le terme « jeton d'investissement » au lieu de « jetons de valeur mobilière ». Cela étant dit, en Suisse, du point de vue matériel et juridique, ces concepts sont plutôt similaires.

D'après le *Guide pratique de la FINMA*, les jetons d'investissement sont des actifs, comme les actions ou les emprunts obligataires de l'émetteur. En ce qui concerne leur fonction économique, ces jetons sont analogues aux actions, aux obligations et aux produits dérivés¹⁷⁶. Nous pourrions par ailleurs ajouter les produits structurés et les fonds communs de placement pour compléter ce tableau.

Si les jetons se qualifient comme titres (avec un droit de participation, c'est-à-dire des actions sans droit de vote) ou comme obligations, un prospectus d'émission est requis en vertu des lois suisses si lesdits jetons sont offerts ou vendus au public (c'est-à-dire s'ils ne sont pas exclusivement offerts à un nombre limité d'investisseurs). Toutefois, en vertu des lois actuelles (plus précisément en vertu du *Code des obligations*), ni le dépôt de ce prospectus ni son examen par l'autorité réglementaire, un OAR ou un autre organisme ne sont requis.

De plus, si l'on effectue l'émission en « son propre compte », aucun permis (de négociateur de valeurs mobilières) n'est requis en vertu de la loi suisse. En d'autres mots, l'émission de jetons d'action, de jetons avec droit de participation ou de jetons obligataires à son propre compte n'est, en principe, assujettie ni aux lois financières suisses, ni aux exigences en matière d'autorisation, ni aux exigences relatives au contenu des prospectus.

Enfin, les jetons permettant d'échanger des biens matériels dans la chaîne de blocs entrent aussi dans la catégorie des jetons d'investissement et se qualifient dans la catégorie « droit-valeur ».

II. Cantons de Zoug, de Neuchâtel et de Genève

La Suisse, comme le Canada, est une fédération, à la différence qu'elle se compose de « cantons » plutôt que de « provinces ». Plusieurs cantons accueillent chaleureusement les chaînes de blocs et les émetteurs de jetons, dont les cantons de Zoug, de Neuchâtel et de Genève.

¹⁷⁵ *Ibidem*, § 3.2, page 4.

¹⁷⁶ *Ibidem*, § 3.1, page 3.

Le 28 mai 2018, le canton de Genève a publié un guide sur les PEC afin de fournir de l'information précise (notamment sur les enjeux fiscaux) et d'aider les émetteurs de jetons (qu'ils viennent de la Suisse ou de l'étranger) quant aux différentes étapes et facettes des PEC¹⁷⁷, dont les événements post-PEC.

Grâce à la chaîne de blocs sophistiquée, au financement participatif et à l'écosystème contractuel efficace mis en place rapidement par le canton de Genève, des projets de jetons ont pu être présentés au canton dans un court délai, de même qu'à plusieurs experts, dont des banques suisses, les autorités genevoises en matière de fiscalité, des fournisseurs de services en lien avec la RCC et la LBA, des spécialistes en technologie financière, ainsi que des fiscalistes et des avocats spécialisés en technologie financière (tous soumis à des règles de non-divulgaration et d'autres règles internes).

17. CONCLUSIONS : POUR UN NOUVEAU RÉGIME RÉGLEMENTAIRE DES CRYPTOACTIFS

Au vu de cet examen comparatif des régimes réglementaires actuels des cryptoactifs à l'échelle mondiale, et de la complexité de l'univers des cryptoactifs, nous proposons la mise en place d'un nouveau régime réglementaire au Canada. Un régime qui constituerait l'approche la plus prudente possible, « en considérant que ces offres sont tellement nouvelles et multifformes qu'elles ne peuvent entrer dans aucune réglementation existante de façon satisfaisante »¹⁷⁸ Créer un nouveau régime réglementaire sera donc une tâche extrêmement difficile, qui nécessitera énormément de ressources. Si l'on veut être réaliste, il faudra prévoir beaucoup de temps et planifier à long terme¹⁷⁹.

Premièrement, un observe un soutien notable¹⁸⁰ à l'idée que les personnes qui font « commerce de monnaie virtuelle » devaient être réglementées par le cadre législatif canadien en matière de LBA et de LFAT et, plus particulièrement, que les ESM nationales et étrangères (c'est-à-dire les entités déclarantes) soient soumises aux obligations suivantes : i) la tenue de livres; ii) la RCC; et iii) la reddition de comptes¹⁸¹.

¹⁷⁷ République et canton de Genève, Département de la sécurité, *Initial Coin Offerings (ICOs) in the Canon of Geneva*, 28 mai 2018. En ligne : <<https://www.ge.ch/document/guide-initial-coin-offerings-icos-canton-geneva>>.

¹⁷⁸ France, Autorité des marchés financiers, *Discussion Paper on Initial Coin Offerings*, Document de travail, 2017.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Voir les mémoires et témoignages suivants :

- **Dominion Bitcoin Mining Company**. En ligne : <www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/FINA/Brief/BR9977217/br-external/DominionBitcoinMiningCompany-e.pdf>;
- **Mme Annette Ryan (sous-ministre adjointe déléguée, Direction de la politique du secteur financier, ministère des Finances)**. En ligne : <www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/42-1/FINA/meeting-163/evidence#Int-10230587>;
- **M. Luc Beaudry (directeur adjoint, Secteur de la collaboration, du développement et de la recherche, Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada)**. En ligne : <www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/42-1/FINA/meeting-133/evidence#Int-9976970>;
- **M. Kyle Kemper (directeur général, Blockchain Association of Canada)**. En ligne : <www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/42-1/FINA/meeting-140/evidence#Int-10039264>;
- **M. Stuart Davis, chef de la lutte contre le blanchiment d'argent, AML Entreprise, BMO Groupe financier, Association des banquiers canadiens**. (En ligne : <www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/42-1/FINA/meeting-141/evidence>.

¹⁸¹ Il est important de souligner qu'on trouve, dans les parties 7 et 8 du guide du CANAFE intitulé *Ligne directrice 2 : opérations douteuses* (publié en juin 2017), de bonnes mesures et de bons indicateurs concernant la RCC, qui facilitent la détection de transactions douteuses. En ligne : <www.canafe.gc.ca/guidance-directives/transaction-operation/Guide2/2-fra.asp#s7>.

Deuxièmement, le gouvernement fédéral a pris l'excellente initiative de publier son projet de modification législative le 9 juin dernier, dans lequel on retrouve une mise en garde concernant la possibilité que les cryptoactifs puissent s'avérer plus difficiles à blanchir que les monnaies traditionnelles¹⁸².

Nous tenons à vous faire les recommandations suivantes, à partir des conclusions glanées lors de notre étude du paysage réglementaire canadien actuel, de notre examen des caractéristiques inhérentes aux cryptoactifs et de notre analyse des modèles en cours aux États-Unis, en Suisse et à Singapour.

1. La définition de « monnaie virtuelle » (ou cryptoactif) devrait être remplacée par « cryptoactif » pour éviter toute ambiguïté et tout malentendu.

Dans la section « Monnaie virtuelle » du *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation* (REIR) du gouvernement fédéral, on décrit ainsi les monnaies virtuelles :

« Le contexte changeant des services financiers est influencé par la monnaie virtuelle, en particulier les systèmes de paiement numériques décentralisés, comme Bitcoin, qui fonctionnent à l'extérieur du système financier traditionnel. Une monnaie virtuelle est un moyen d'échange qui permet à une valeur d'être détenue et échangée de façon électronique et non physique, n'est pas une monnaie fiduciaire (c'est-à-dire cours légal d'un pays), a pour but d'être échangée pour des produits et services réels et virtuels, et permet les transferts de pair à pair.

Les monnaies virtuelles peuvent être "centralisées", c'est-à-dire qu'elles sont émises et contrôlées par une seule compagnie ou entité, ou "décentralisées", puisqu'il n'y a pas d'autorité centrale qui la crée ou la gère (par exemple Bitcoin). Ces tâches sont plutôt gérées collectivement par le réseau de certains utilisateurs de la monnaie virtuelle.

De plus, la monnaie virtuelle peut être "convertible" ou "non convertible", selon si elle peut être échangée contre des fonds. La monnaie virtuelle convertible est exposée aux abus quant au recyclage des produits de la criminalité et au risque de financement des activités terroristes parce qu'elle permet un grand niveau d'anonymat, voire un anonymat total, comparativement aux méthodes de paiement traditionnel non en espèces. Il est possible d'avoir accès à la monnaie virtuelle à l'échelle mondiale au moyen des systèmes en ligne ou mobiles. Elle permet le transfert rapide de fonds à l'intérieur ou à l'extérieur des frontières, souvent sans intermédiaire, elle est en général qualifiée de relation d'affaires à distance et elle peut contourner complètement le système financier traditionnel. En raison de ses caractéristiques, la monnaie virtuelle est de plus en plus utilisée pour faciliter la fraude et la cybercriminalité et pour acheter des produits et services illégaux dans le Web profond. »

Dans le projet de modification législative, on définit la « monnaie virtuelle » de la façon suivante :

« a) de la monnaie numérique qui n'est pas une monnaie fiduciaire et qui peut être facilement échangée contre des fonds ou contre une autre monnaie virtuelle qui peut être facilement échangée contre des fonds;

¹⁸² Kai Sedgwick, « Cryptocurrency is Harder to Launder Than Fiat Currency », in *Bitcoin.com*, 2 février 2018. En ligne : <<https://news.bitcoin.com/cryptocurrency-harder-launder-fiat-currency/>>. La citation suivante est, à ce propos, très éclairante : « [traduction] étant donné la nature des chaînes de blocs publiques et la nécessité de les encaisser en monnaie à cours forcé, les cryptomonnaies sont beaucoup plus faciles à contrôler ».

b) des renseignements permettant à une personne ou entité d'avoir accès à une telle monnaie numérique. »¹⁸³

Cette proposition de définition de « monnaie virtuelle » est insuffisante, car elle alimente la perception qu'il s'agit : i) d'une « monnaie », ce qu'elle n'est pas (voir la section 5); ii) d'une « monnaie numérique »¹⁸⁴, ce qui ne peut être le cas, puisque ni ce terme ni sa définition n'existent dans les lois canadiennes actuelles¹⁸⁵; iii) d'une forme « d'argent électronique », alors qu'encore une fois ni ce terme ni sa définition n'existent dans les lois canadiennes actuelles; ou iv) d'argent¹⁸⁶.

En outre, il est impossible de savoir avec certitude si la définition actuelle de « monnaie virtuelle » pourrait inclure les notions de PEC et de PEJ (et leur jetons correspondants, comme les jetons transactionnels, les jetons utilitaires et les jetons de plateforme). Les jetons n'ont pas les mêmes caractéristiques (ou attributs) que les monnaies traditionnelles et les cryptomonnaies, comme le Bitcoin ou l'Ether¹⁸⁷. Parmi les conséquences négatives imprévues de l'utilisation de l'expression faire « commerce de monnaie virtuelle » est qu'il est impossible de déterminer si les utilisateurs de cryptoactifs, de services de conversion, de services de transmission de valeurs, de services de minage ou d'autres services d'échange – tous pouvant servir de mécanisme de convertibilité – seront assujettis à ladite terminologie.

L'une des avenues possibles serait de modifier la *LRPCFAT* de façon à y inclure la définition de « monnaie virtuelle » ou, idéalement, d'utiliser le terme « cryptoactif », ce qui irait dans le sens de la définition des autorités bancaires de l'Union européenne et du FINCEN, puisqu'il n'existe pas actuellement de consensus au Canada¹⁸⁸ sur la définition de « monnaie virtuelle » (ou de cryptoactif). En fait, le terme « cryptoactif » pourrait être défini (comme le font les autorités bancaires européennes) comme des « représentations numériques d'une valeur qui ne sont émises ni par une banque centrale ni par une autorité publique, qui ne sont pas nécessairement liées non plus à une monnaie à cours forcé, mais qui sont acceptées comme moyen de paiement par des personnes physiques ou morales et qui peuvent être transférées, stockées ou échangées par voie électronique »¹⁸⁹.

¹⁸³ *Gazette du Canada*, *supra* note 1, paragraphe 1(7) et articles 14, 15, 25, 26, 27, 29, 31, 32, 33, 35, 36, 40, 42, 49, 51, 55, 57, 61, 63, 67, 69, 70, 73, 79, 81, 82, 84, 86, 95, 116, 120, 121, 122, 123, 125, 129, 133, 135, 136, 137, 144, 146, 154 et 155, en ce qui concerne les annexes 4 et 5 du projet de modification législative.

¹⁸⁴ Gouvernement du Canada, Agence de la consommation en matière financière du Canada, *Monnaie numérique*, 19 janvier 2018. <www.canada.ca/fr/agence-consommation-matiere-financiere/services/paiement/monnaie-numerique.html>. D'après le site Web du gouvernement du Canada, la « monnaie numérique » peut être considérée comme de « l'argent électronique ».

¹⁸⁵ En date du 9 juillet 2018, il n'y a aucune mention de « monnaie numérique » dans la loi (d'après notre recherche à l'aide de l'outil de recherche de <http://lawslois.justice.gc.ca/Search/Search.aspx>).

¹⁸⁶ Straitev, *supra* note 20.

¹⁸⁷ Haeems, *supra* note 10.

¹⁸⁸ L'Agence de la consommation en matière financière du Canada définit vaguement le terme « monnaie numérique » de la façon suivante : « La monnaie numérique est de l'argent électronique. Elle n'est pas offerte en billet ou en pièce de monnaie. [...] Les monnaies numériques, comme le Bitcoin et autres cryptomonnaies, n'ont pas cours légal au Canada. » Voir : www.canada.ca/fr/agence-consommation-matiere-financiere/services/paiement/monnaie-numerique.html.

¹⁸⁹ Banque centrale européenne, *Avis de la Banque centrale européenne du 12 octobre 2016*. En ligne : <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_52016ab0049_fr_txt.pdf>.

¹⁹¹ *Gazette du Canada*, *supra* note 1.

2. Les exigences en matière de RCC et de LBA en lien avec les cryptoactifs devraient être imposées aux mécanismes de convertibilité.

À notre avis, le cadre canadien de RCC actuel est suffisant, voire exemplaire, en ce qui a trait aux dispositions en matière de LBA et de LFAT en lien avec les cryptoactifs. À ce sujet, le CANAFE a publié un document intitulé *Ligne directrice 2 : opérations douteuses* en juin 2017, dans lequel on précise les procédures de RCC, ainsi que les « drapeaux rouges » qui peuvent être le signe de blanchiment d'argent ou de financement d'activités terroristes.

De plus, les procédures de RCC sont très efficaces, car elles peuvent faire appel aux avancées technologiques extrêmement sophistiquées pour vérifier l'identité d'un individu (reconnaissance faciale, numérisation de documents et authentification, par exemple). De telles procédures seraient faciles à implanter pour veiller à ce que le document requis pour vérifier l'identité d'un client soit « authentique, valide et à jour »¹⁹⁰, et vérifiable par un tiers indépendant.

On pourrait y parvenir en obligeant les personnes faisant « commerce de monnaie virtuelle » (ou faisant « du commerce en cryptoactifs ») – des échanges de cryptoactifs assujettis au régime des ESM, par exemple – à adhérer au régime actuel des ESM en vertu de la *LRPCFAT*. Cette obligation offrirait l'avantage d'imposer la conformité aux exigences de la *LRPCFAT*, y compris les procédures de RCC devant être appliquées aux mécanismes de convertibilité. De plus, la *Ligne directrice 2 : opérations douteuses* du CANAFE devrait continuer à être utilisée comme paradigme pour la conformité à la RCC.

18. AUTEURS ET REMERCIEMENTS

AUTEURS

David Durand, LL.L., B.Sc. (chimie) et membre du Barreau du Québec depuis 2011, est l'un des membres fondateurs de Durand Morisseau LLP. Avant de fonder Durand Morisseau LLP, David a travaillé pour plusieurs petits cabinets spécialisés en propriété intellectuelle, où il contribuait principalement aux dossiers liés à la technologie et à la propriété intellectuelle. David a récemment élargi son réseau international lors de sa collaboration avec des cabinets suisses et singapouriens dans le cadre de la rédaction du présent document et de sa pratique dans le domaine des technologies financières et des enjeux réglementaires.

Drew Dorweiler, FRICS, FCBV, MBA, CPA•ABV, CPA (IL), ASA, CVA, CBA, CFE, est le directeur général de IJW & Co., Ltd. Drew possède plus de 33 ans d'expérience en évaluation de centaines de sociétés privées et ouvertes dans le cadre de mandats d'évaluation commerciale, de finance d'entreprise et d'assistance en matière de litiges financiers, et ce, à travers le monde. De plus, il a participé fréquemment, à titre de conseiller financier, à des fusions et acquisitions, des dessaisissements, des lancements d'entreprises et du financement d'entreprises en Amérique du Nord et ailleurs dans le monde. Il a également témoigné comme témoin expert dans plus de 27 affaires devant la Cour supérieure du Québec, la Cour supérieure de justice de l'Ontario, la Cour de district des États-Unis, la Cour de l'impôt du Canada, la Cour du banc de

¹⁹⁰ Gazette du Canada, supra note 1.

la Reine de l'Alberta et des groupes d'arbitrage dans des affaires d'évaluation et des litiges financiers complexes et très médiatisés.

Drew a donné plusieurs entrevues diffusées à la télé, à la radio et dans les médias écrits partout dans le monde sur différents enjeux liés à l'évaluation commerciale, à la finance d'entreprise et aux affaires sportives. Au cours des 28 dernières années, il a aussi pris la parole dans une multitude de congrès et publié de nombreux articles dans des publications professionnelles sur l'évaluation commerciale, l'assistance en matière de litiges financiers et la fraude. Il a par ailleurs été élu au conseil d'administration de l'Appraisal Foundation, de 2013-2018, et à celui de l'Institut canadien des experts en évaluation d'entreprises, de 2006-2009 (dont il est *fellow* depuis cette année). Il a également été nommé *fellow* de la Royal Institution of Chartered Surveyors en 2013, puis élu président du conseil d'administration de la section montréalaise de l'Association of Certified Fraud Examiners, de 2005 à 2007. Drew, qui a obtenu un baccalauréat en économie du Collège de Dartmouth, détient un MBA double en finance d'entreprise et en comptabilité de l'École supérieure de commerce de Lubin de l'Université Pace.

Franca Ciambella est la directrice générale de Consilium Law Corporation. Formée en droit et en commerce au Canada, à New York et à Singapour, Franca est membre du Barreau du Québec depuis 1990. En 2010, elle devient l'une des premières avocates étrangères à être pleinement reçue au Barreau de Singapour. Pendant sa carrière juridique de plus de 25 ans, Franca a travaillé 16 ans dans des cabinets privés (notamment à titre d'associée directrice générale du bureau de Singapour de Stikeman Elliott et d'associée chez Norton Rose) et 7 ans comme avocate générale pour Asie-Pacifique chez Tyco International Ltd (une société américaine faisant partie du Fortune 500). Elle a également été conseillère technique concernant l'intégration de l'économie régionale auprès de représentants gouvernementaux de haut niveau à l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE), en plus de mener des activités de médiatrices. Depuis 2010, elle est la directrice générale du cabinet d'avocats international Consilium Law Corporation (CLC) basé à Singapour. CLC représente des clients qui font des affaires au Canada et dans des économies émergentes, notamment en Asie du Sud-Est et en Afrique, et ce, dans différents secteurs.

Les domaines d'expertise juridique de Franca sont le droit des sociétés, le droit commercial, les contrats, le droit des technologies, les technologies financières, les fusions et acquisitions transfrontalières, le droit des investissements étrangers et le commerce international, avec un intérêt particulier pour le Canada, l'ANASE et l'Afrique de l'Ouest. En ce moment, elle concentre son attention sur des projets technologiques et sur la pratique du droit dans des dossiers transfrontaliers à la fine pointe en lien avec les cryptomonnaies et les PEC. Elle aide aussi ses clients à mettre en place des programmes de conformité, notamment pour la lutte anticorruption et le respect des règles commerciales. Franca, qui possède le titre de médiatrice du Centre de médiation de Singapour et de l'ADR Group de London, au Royaume-Uni, agit comme médiatrice dans différents domaines, notamment dans les litiges transfrontaliers en droit de la famille. Détentrice d'un baccalauréat en commerce et d'un certificat en affaires (des États-Unis et du Canada), elle conseille des multinationales et siège au conseil d'administration de plusieurs sociétés et organismes sans but lucratif. Auteure de nombreuses publications, dont un ouvrage intitulé *Investments in South-east Asia : Policies and Laws*, Franca contribue régulièrement aux publications et sites Web de plusieurs chambres de commerce, en plus de faire des conférences devant les étudiants au MBA de plusieurs universités, dont l'Université McGill.

Alexandre de Bocard est un avocat formé en réglementation financière en Suisse et aux États-Unis. Associé du cabinet juridique suisse Ochsner & Associés, il conseille des institutions financières telles que des banques, des maisons de courtage de valeurs et des gestionnaires de fonds sur des enjeux

réglementaires, le droit des contrats, le droit des entreprises, la réglementation des technologies financières et le droit boursier. Partenaire juridique officiel de la Swiss Crowdfunding Association depuis sa constitution en 2015, Alexandre conseille également des sociétés actives dans le secteur des technologies financières. De plus, il aide ses clients à obtenir des permis de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers de la Suisse (FINMA), de même que dans des cas de décisions négatives pour des activités telles que le financement participatif, l'émission de moyens de paiement, des EGJ et des PEC. Dans le canton de Genève, le cabinet Ochsner & Associés est reconnu pour son expertise dans le domaine des PEC.

CONTRIBUTION PARTICULIÈRE

Alexander Schaefer commence sa troisième année en droit à l'Université de Windsor. Il a été stagiaire en droit chez Durand Morisseau LLP, à Montréal, à partir du mois de mai 2018. Pendant son stage, il a principalement travaillé sur des dossiers de droit réglementaire et de droit des technologies financières. Précédemment, Alexander a travaillé comme analyste financier chez BMO Groupe financier, à la succursale de London, en Ontario. Alexander détient également un baccalauréat en sciences politiques (avec mention) de l'Université de Western Ontario.

CABINETS SIGNATAIRES

Durand Morisseau LLP offre différents services juridiques à ses clients au Canada comme à l'étranger : litiges, représentation lors de poursuite en lien avec la propriété intellectuelle et transactions commerciales, notamment. Pour plus de détails sur Durand Morisseau LLP, rendez-vous au www.durandmorisseau.com.

Étant donné l'ampleur du sujet abordé, l'information fournie en ces pages pourrait ne pas s'appliquer à toutes les situations et, par conséquent, ne devrait en aucun cas être utilisée sans avis juridique précis sur une situation particulière. Vous pouvez nous écrire à l'adresse suivante si vous avez des commentaires sur la présente publication : David Durand, Durand Morisseau LLP, 3 Place Ville-Marie, bureau 400, Montréal, Québec, Canada, H3B-2E3, ou par courriel à info@durandmorisseau.com.

IJW & Co., Ltd. est une banque d'investissement offrant des services-conseils sur les fusions et les acquisitions, des services d'évaluation d'entreprise, de l'assistance en matière de litiges financiers (témoins experts) et des services en finance d'entreprise à des clients à travers le monde. En plus de son siège social au Canada, IJW & Co., Ltd. a des bureaux aux États-Unis, à Hong Kong, à Singapour et à Antigua. Pour plus de détails sur IJW & Co., Ltd., rendez-vous au www.ijw.ca.

ANNEXE A

Résumé des interprétations de politiques du CANAFE concernant les ESM (monnaie virtuelle)

Interprétation de politiques	Rendue le	Description	Décision rendue par le CANAFE
PI-5404	2012-05-02	Courtier en valeurs mobilières ou ESM : « Le bulletin d'interprétation donne d'autres précisions et établit qu'une entreprise pourrait ne pas être tenue de s'inscrire en tant qu'ESM si elle exerce ses activités dans le cadre d'autres activités réglementées (achat de valeurs mobilières, dans cet exemple précis). La question qui se pose donc est la suivante : la définition d'une ESM viserait-elle un courtier en valeurs mobilières qui effectue des transactions sur des devises, soit des activités qui débordent du strict champ de l'achat de valeurs mobilières. Doit-il s'inscrire alors comme une ESM? »	« Si un courtier en valeurs mobilières exerce des activités qui relèvent d'une entreprise de services monétaires (ESM), par exemple des opérations sur devises qui débordent du cadre strict des activités de courtage de valeurs mobilières, le courtier en valeurs mobilières serait tenu de s'inscrire en qualité d'ESM. Au moment de s'inscrire comme ESM, l'inscrit indiquerait que ses activités relèvent d'un autre genre d'entité déclarante (courtier en valeurs mobilières). En sa qualité d'ESM et de courtiers en valeurs mobilières, cette entité serait assujettie à toutes les dispositions pertinentes de la <i>Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes</i> et de la réglementation connexe. »
PI-5549	2013-05-09	Entreprise exerçant des activités d'échange de pièces de monnaie numériques, notamment des Bitcoin et des Litecoin	« Selon les renseignements fournis, à savoir que votre "entreprise exerce des activités d'échange de pièces de monnaie numériques, notamment les Bitcoin et les Litecoin", il semble qu'actuellement, votre entité n'exerce pas comme entreprise de services monétaires au Canada aux termes de la <i>Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes</i> et de son <i>Règlement</i> . En fait, votre entité

Interprétation de politiques	Rendue le	Description	Décision rendue par le CANAFE
			<p>n'offre pas des services de remise ou de transfert de fonds pour eux-mêmes. Le transfert de fonds n'est qu'un service corollaire à votre service réel d'achat et de vente de monnaie virtuelle. Par conséquent, vous n'êtes pas tenu d'inscrire votre entité auprès de nous. »</p>
PI-5550	2013-05-09	<p>L'achat et la vente de Bitcoin directement auprès des clients; un fournisseur de services de paiement en Bitcoin; lancement d'un échange.</p>	<p>« Selon les renseignements que vous avez fournis, à savoir que votre entité achète et vend des Bitcoin directement auprès de ses clients, il semble qu'elle n'exerce pas comme ESM au Canada aux termes du <i>Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes</i>. En fait, votre entité n'offre pas des services de remise ou de transfert de fonds pour eux-mêmes. Le transfert de fonds n'est qu'un service corollaire à votre service réel d'achat et de vente de monnaie virtuelle. De plus, actuellement, il ne découle pas de la création d'un "logiciel pour qu'une entreprise puisse accepter des paiements en Bitcoin, et conserver les Bitcoin ou les convertir automatiquement en dollars canadiens", ou d'un "carnet d'ordres où les gens peuvent passer un ordre au prix X dans l'espérance qu'il soit exécuter" que votre entité soit considérée comme exerçant à titre d'ESM au Canada, étant donné qu'elle offre une plateforme permettant aux entreprises d'accepter ou</p>

Interprétation de politiques	Rendue le	Description	Décision rendue par le CANAFE
			d'échanger de la monnaie virtuelle. »
PI-5551	2013-05-09	Monnaie virtuelle « La Banque ABC achète, à taux de gros, de la monnaie virtuelle, comme des Bitcoin, des Litecoin, des crédits Facebook et des pièces de monnaie de World of Warcraft, puis la vend à des emplacements physiques situés aux quatre coins du pays et en ligne, au moyen de dépôts en espèces dans des banques. Dans nos magasins physiques, nous recueillerons l'argent des acheteurs avant de leur envoyer les crédits virtuels. »	Selon les renseignements fournis, « il semble qu'actuellement, votre entité n'exerce pas comme entreprise de services monétaires au Canada aux termes du <i>Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes</i> . En fait, votre entité n'offre pas des services de remise ou de transfert de fonds pour eux-mêmes. Le transfert de fonds n'est qu'un service corollaire à votre service réel d'achat et de vente de monnaie virtuelle. Par conséquent, vous n'êtes pas tenu d'inscrire votre entité auprès de nous. »
PI-5554	2013-05-16	Échanges de Bitcoin	« Actuellement, si l'entité achète ou vend des Bitcoin directement à ou de ses clients, il semble qu'elle ne soit pas considérée comme une ESM au Canada aux termes de la <i>Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes</i> et de son <i>Règlement</i> . En fait, ce genre d'entité n'offre pas des services de remise ou de transfert de fonds pour eux-mêmes. Le transfert de fonds n'est qu'un service corollaire au service réel d'achat et de vente de monnaie virtuelle »
PI-5561	2013-06-04	Échange de Bitcoin : échange de monnaie numérique	« Le commerce de la monnaie numérique, y compris du Bitcoin, n'est pas reconnu en

Interprétation de politiques	Rendue le	Description	Décision rendue par le CANAFE
			<p>vertu de la <i>Loi</i> comme une des trois activités d'une ESM figurant dans la liste ci-dessus. Bien que la remise ou la transmission de fonds soit une activité d'une ESM, dans le présent scénario, la remise ou la transmission de fonds est accessoire et ne se produit que pendant que l'entreprise exerce son activité principale, soit le commerce de la monnaie numérique. La remise et la transmission de fonds constitue la méthode privilégiée par cette entreprise pour fournir ses services de commerce de la monnaie numérique. En outre, faire du commerce avec des Bitcoins, ou définir une entreprise comme un "bureau de change de Bitcoins", ne dispense pas automatiquement cette entreprise de s'inscrire en tant qu'ESM. L'entreprise peut exercer d'autres activités, auxquelles peuvent prendre part ou non les Bitcoins, ce qui ferait que cette entreprise serait assujettie à la <i>Loi</i>. Bien que la <i>Loi</i> s'applique aux entreprises exerçant des activités d'"opérations de change", cette loi ne s'applique pas au Bitcoin, car ce dernier n'est la monnaie nationale d'aucun pays. »</p>
PI-5573	2013-07-16	Plateforme de paiements en argent numérique qui assure la transaction de la monnaie numérique « à haut cryptage » ne pouvant servir qu'une seule fois, ainsi que la validation et le	« Si votre entité offre des services de remise ou de transfert de fonds à des marchands ou à des clients dans le but d'effectuer des "paiements électroniques", ou plus précisément des

Interprétation de politiques	Rendue le	Description	Décision rendue par le CANAFE
		règlement des opérations en temps réel.	“paiements personne-entreprise”, il semblerait que votre entité, à l’heure actuelle, exerce des activités d’ESM. »
PI-5598	2013-08-19	<p>Services d’échange de bitcoins/de monnaies fiduciaires au Canada avec ce type de transactions :</p> <p>« 1) Connectez-vous à votre compte d’échange et sélectionnez l’ajout d’un crédit de 100 \$ CA; 2) Transférez 100 \$ CA d’un compte bancaire personnel vers un compte bancaire d’échange, en faisant référence à un paiement unique; 3) Achetez 100 \$ CA en BTC de l’entreprise d’échange à un taux établi en fonction de l’écart entre le cours acheteur et le cours vendeur; 4) Utiliser le solde de BTC pour acheter des GBP de l’entreprise d’échange au taux établi en fonction de l’écart entre le cours acheteur et le cours vendeur; 5) Retirer des GBP de l’entreprise d’échange vers un compte bancaire personnel en GBP. »</p> <p>« Même lorsque les utilisateurs croient qu’ils procèdent à une simple conversion, par exemple, de \$ CA en GBP, l’opération réelle en arrière-plan comprendra des bitcoins comme monnaie intermédiaire”, et que “l’entreprise d’échange possèdera des comptes bancaires auprès d’une institution bancaire importante dans chaque pays où nous</p>	« L’entité participera à des opérations de change et, par conséquent, elle sera une entreprise de services monétaires au Canada en vertu de notre <i>Loi</i> et de ses règlements connexes. »

Interprétation de politiques	Rendue le	Description	Décision rendue par le CANAFE
		échangeons des devises, p. ex. compte bancaire en \$ CA au Canada et compte bancaire en GBP au Royaume-Uni. »	
PI-5601	2013-08-22	« L'entreprise ABC offre la possibilité d'acquérir en temps réel de petits montants de cryptodevises en utilisant une carte de débit INTERAC. Elle facilite aussi les commandes en ligne lorsque les commerçants acceptent les bitcoins et que les consommateurs ont un solde sur leur carte de débit. »	Il ne s'agit pas d'une ESM.
PI-5603	2013-08-27	« Le client scannera un portefeuille numérique à partir duquel il précisera le montant qu'il désire vendre au GAB. Ensuite, le GAB calculera le prix du marché du Bitcoin, puis soustraira les frais d'opération (pourcentage préétabli) du montant total à envoyer en devise à cours forcé. Les Bitcoins ayant été achetés au client seront par la suite transférés dans le compte d'échange en ligne de l'entreprise ABC, avant qu'un montant en dollars canadiens soit mis à la disposition du client. »	« À la lumière du résumé de l'entreprise ABC, il semble que votre entité n'exerce pas, à l'heure actuelle, d'activités en tant qu'ESM au Canada aux termes de la <i>Loi</i> . »
PI-5685	2014-01-21	« Nous comptons vendre des cartes Bitcoin prépayées dans nos succursales de détail. Ces cartes sont dotées d'un code d'activation. Le code d'activation ne peut être échangé que sur notre site Web contre un crédit. »	L'entité n'exerce pas, à l'heure actuelle, d'activités en tant qu'ESM au Canada.

Interprétation de politiques	Rendue le	Description	Décision rendue par le CANAFE
PI-6095	2014-02-17	Entité d'échange de monnaie virtuelle non couverte : clarifications	« [La] <i>Loi</i> ne s'applique pas aux devises virtuelles, car ces dernières ne répondent pas à la définition de "fonds" en vertu du <i>Règlement</i> . En outre, la <i>Loi</i> s'applique aux entreprises exerçant des activités d'"opérations de change", mais pas aux devises virtuelles, car ces dernières ne sont la devise nationale d'aucun pays. Dans cette optique, soulignons que le fait de traiter des devises virtuelles ou de définir une entreprise comme une opération de change de devises virtuelles ne dispense pas automatiquement l'entreprise en question de l'inscription en tant qu'ESM. L'entreprise peut exercer d'autres activités, auxquelles peuvent prendre part ou non des devises virtuelles, ce qui ferait que cette entreprise serait assujettie à la <i>Loi</i> . »
PI-6110	2014-03-04	Bitcoin (paiement de factures par télévirement à titre de destinataire de paiements de facture en ligne : « L'entreprise ABC est une solution pratique et facile pour les petites entreprises, les entrepreneurs ou les professionnels permettant de recueillir et de recevoir les paiements de leurs clients directement dans leur compte bancaire par l'entremise de télévirements à titre de destinataire de paiements de facture en ligne. [...] Les clients de l'entreprise ABC devront fournir les renseignements suivants	Cette entité est une ESM.

Interprétation de politiques	Rendue le	Description	Décision rendue par le CANAFE
		pendant le processus d'inscription : 1) Dénomination sociale complète de l'entreprise; 2) Numéro de l'entreprise ou numéro de constitution en société; 3) Renseignements bancaires existants, y compris une référence bancaire; 4) Type d'industrie et volume mensuel attendu; 5) Coordonnées d'au moins un directeur; 6) Toutes les entreprises utilisant NoCheque doivent être en activité depuis au moins 3 ans. »	
PI-6244	2014-09-30	Utilisation de cryptomonnaies pour des échanges : « le client dépose des dollars canadiens dans son compte. Il convertit ensuite les fonds en cryptomonnaies pour ensuite vendre les cryptomonnaies et acheter des dollars américains ».	L'entreprise « offrira des services de conversion de monnaies. Par conséquent, elle se livre à des activités d'entreprise de services monétaires au Canada ».
PI-6246	2014-10-01	« Possibilité pour [les] clients d'utiliser "Bitcoin à titre de technologie interne sous-jacente de transfert pour transmettre des fonds en ligne", et indiquez que "les détenteurs de comptes en devise canadienne peuvent transmettre des fonds par l'entremise du protocole de paiement de Bitcoin à titre de méthode simplifiée de déplacer des fonds." »	Si « l'utilisateur peut demander que les fonds soient remis en devise à cours forcé à l'autre personne ou entité, ABC Inc. est donc jugé être une ESM au Canada, et doit respecter toutes les obligations connexes ».
PI-6268	2014-12-10	Entreprise de Bicoïn : « des fonds seront échangés à un bureau de change Bitcoin local	« [...] Le gouvernement du Canada a apporté des changements aux services qui

Interprétation de politiques	Rendue le	Description	Décision rendue par le CANAFE
		<p>et transmis à un bureau de change Bitcoin à l'étranger afin d'être convertis en devise forcée »</p>	<p>font qu'une personne ou une entité est une ESM au Canada afin d'y inclure les services de monnaie virtuelle; toutefois ces changements ne sont pas encore en vigueur. Les personnes et les entités qui exercent des activités uniquement en lien avec des services de monnaie virtuelle seront des ESM, mais ne peuvent pas encore s'inscrire auprès de CANAFE. Avant que ces personnes et entités ne soient assujetties à la <i>Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes</i> (la <i>Loi</i>), le règlement doit être rédigé pour définir la prestation de services, comme les monnaies virtuelles. Selon l'information que vous nous avez fournie dans votre modèle d'affaires, soit que des fonds seront échangés à un bureau de change Bitcoin local et transmis à un bureau de change Bitcoin à l'étranger afin d'être convertis en devise forcée, il semble que votre entité offre des services de remise de devise forcée en devise forcée et semble, pour le moment, exercer des activités d'ESM en vertu de la <i>Loi</i> et des règlements connexes. À titre d'ESM au Canada, vous devez respecter des obligations juridiques en vertu de la <i>Loi</i>. »</p>
PI-6367	2015-10-16	<p>Achat et vente de monnaie virtuelle auprès d'une entreprise qui exerce des activités de change de devises</p>	<p>Pas une ESM, car les « changements ne sont pas encore en vigueur. Les personnes et les entités qui</p>

Interprétation de politiques	Rendue le	Description	Décision rendue par le CANAFE
		virtuelles en ligne; rapprochement d'acheteurs et de vendeurs et réception des fonds directement des personnes impliquées	exercent des activités en lien avec des services de monnaie virtuelle seront des ESM, mais elles ne peuvent pas encore s'inscrire auprès de CANAFE. [...] Selon l'information fournie, il semble que vous n'offrez aucun des services d'ESM mentionnés ci-dessus et que par conséquent, vous n'exercez pas, à l'heure actuelle, des activités d'ESM telles que définies par la <i>Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes</i> et ses règlements connexes, et ne pouvez donc pas vous inscrire auprès de CANAFE ».
PI-6369	2015-11-09	Transferts de fonds d'une personne à l'autre à l'aide d'un réseau de transfert de fonds électronique	Votre entité est une ESM « selon les scénarios suivants [...] : <ol style="list-style-type: none"> 1. service de règlement de paiements permettant à des commerçants à l'extérieur du Canada de payer des destinataires au Canada; 2. service de règlement de paiements permettant à des commerçants au Canada de payer des destinataires à l'extérieur du Canada; [...] »