

Titre	Proposition de travaux préparatoires : Aspects de droit international privé des monnaies numériques de banques centrales (MNBC)
Document	Doc. préél. No 3B de janvier 2023
Auteur	BP
Point de l'ordre du jour	Point II.5.
Mandat(s)	C&D No 14 du CAGP de 2022
Objectif	Proposer d'effectuer des travaux exploratoires sur les aspects de droit international privé des monnaies numériques de banques centrales (MNBC)
Mesures à prendre	Pour décision <input checked="" type="checkbox"/> Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour discussion <input type="checkbox"/> Pour action / achèvement <input type="checkbox"/> Pour information <input type="checkbox"/>
Annexes	S.O.
Document(s) connexe(s)	Doc. préél. No 3A de janvier 2023

Table des matières

I.	Introduction	2
II.	Implications des MNBC sur le droit international privé.....	2
III.	Domaines de travaux exploratoires futurs.....	4
IV.	Proposition soumise au CAGP	5

Proposition de travaux préparatoires : Aspects de droit international privé des monnaies numériques de banques centrales (MNBC)

I. Introduction

- 1 Conformément à la Conclusion et Décision (C&D) No 33 et suite au mandat du Conseil sur les affaires générales et la politique (CAGP) en mars 2022¹, la Conférence inaugurale de la HCCH sur le droit commercial, numérique et financier transfrontière (Conférence CODIFI) a été organisée en ligne avec succès du 12 au 16 septembre 2022. La Conférence CODIFI comportait trois volets de discussions sur des questions liées à l'économie numérique, suite aux demandes des Membres qui avaient répondu à un questionnaire distribué par le BP fin 2021. Le rapport de la Conférence CODIFI figure à l'annexe I du Document préliminaire (Doc. pré.) No 3A².
- 2 La Conférence CODIFI a notamment permis à plusieurs experts de conclure qu'il est à la fois opportun et souhaitable de poursuivre l'étude des aspects de droit international privé liés aux monnaies numériques de banques centrales (MNBC)³. En réponse à cette contribution, le présent Doc. pré. fait état des implications des MNBC sur le droit international privé et sollicite au CAGP un mandat pour entreprendre des travaux exploratoires sur les aspects de droit international privé des MNBC.

II. Implications des MNBC sur le droit international privé

- 3 Les MNBC sont des monnaies numériques émises par les banques centrales. Les MNBC basées sur des jetons ont été définies comme suit : (a) une forme de monnaie (b) émise par une banque centrale (c) dans laquelle la créance monétaire sur la banque centrale est incorporée dans un jeton numérique et (d) le transfert du jeton équivaut au transfert de la créance, (e) sans relation de compte courant entre la banque centrale et le détenteur⁴. Les MNBC ont attiré l'attention des gouvernements pour leur potentiel en tant que « nouvelle forme d'argent »⁵ afin de promouvoir les objectifs politiques, notamment l'inclusion financière, la réduction des coûts de transaction, la résilience des paiements dans les situations d'urgence, la réduction de l'utilisation illicite de l'argent et l'augmentation de la concurrence dans le secteur des paiements d'un pays⁶. Un certain nombre de banques centrales pilotent actuellement des MNBC, certaines MNBC ayant été récemment déployées dans des États et territoires du monde entier. Les experts présents à la Conférence CODIFI ont mis en avant le potentiel des MNBC dans les domaines de la finance, du

¹ C&D No 33 du CAGP de 2021 ; voir aussi C&R No 38 du CAGP de 2021, disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net sous les rubriques « Gouvernance », « Conseil sur les affaires générales et la politique » puis « Archives (2000-2022) ».

² « Économie numérique et Conférence de la HCCH sur le droit commercial, numérique et financier transfrontière (Conférence CODIFI) : Rapport », Doc. pré. No 3A de janvier 2023 à l'attention du CAGP de 2023, disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net sous les rubriques « Gouvernance » puis « Conseil sur les affaires générales et la politique ».

³ Conférence CODIFI, H.A.M. Hamza, « Digital Economy Redefine / Digital Economy of the Asia-Pacific and MENA Regions », 15 septembre 2022 ; Conférence CODIFI, A. Kwan, « Opening Securities », 12 septembre 2022 ; Conférence CODIFI, H. Wang, « Digital Economy Redefine / Central Bank Digital Currencies (CBDCs) & Private International Law », 13 septembre 2022.

⁴ M. Bechara, W. Bossu, A. Rasekh, C.Y. Tan, A. Yoshinaga, IMF Fintech Note, "Private Law Aspects of Token-Based CBDC (First Draft) », para. 3.

⁵ *Ibid.*, para. 9. Contrairement à la MNBC basée sur des comptes, la MNBC basée sur des jetons a été reconnue comme représentant légalement une véritable « nouvelle forme de monnaie » qui, selon sa définition, incorpore une créance monétaire sur la banque centrale dans un jeton numérique où le transfert de ce jeton équivaut au transfert de la créance et qui n'entraîne aucun rapport juridique de compte courant entre la banque centrale et le détenteur.

⁶ G. Soderberg, M. Bechara, W. Bossu, N.X. Che, S. Davidovic, J. Kiff, I. Lukonga, T.M. Griffoli, T. Sun, A. Yoshinaga, IMF Fintech Note, « Behind the Scenes of Central Bank Digital Currency : Emerging Trends, Insights and Policy Lessons », p. 6 et 7.

commerce et du commerce électronique tels que les paiements transfrontières, le commerce électronique, les transactions de machine à machine et les contrats intelligents⁷.

- 4 Plusieurs questions sur les implications des MNBC sur le droit international privé ont été soulevées par des experts, des administrations et des États qui pilotent actuellement des MNBC. En réponse, le Département juridique du FMI a étudié le développement et le fonctionnement des MNBC et a rédigé une Note Fintech sur les aspects de droit privé des MNBC basées sur des jetons⁸. Le Département juridique du FMI a demandé au BP de contribuer à des analyses sur les aspects de droit international privé des MNBC. Il convient de noter que les questions de droit international privé soulevées dans la Note Fintech du FMI reprend les mêmes questions soulevées par les experts lors de la Conférence CODIFI, ce qui témoigne de la pertinence mondiale de ces considérations de droit international privé⁹.
- 5 Lorsqu'une autorité envisage d'émettre des MNBC, les options possibles sont de qualifier les MNBC comme un type existant d'actif hybride ou d'attribuer aux MNBC une nouvelle catégorie *sui generis* de droit des biens¹⁰. Dans le premier cas, il a été observé qu'il était peu probable que les MNBC puissent être considérées comme l'une des principales catégories d'actifs hybrides existantes, bien que rien n'empêche d'établir cette catégorie comme un nouveau type d'actif hybride en vertu du droit des biens et de lui attribuer des attributs tangibles. Dans ce dernier cas, il semblerait possible qu'une nouvelle catégorie de droit de biens puisse être créée pour les MNBC, bien que cela soulève des questions quant à savoir si les applications basées sur des technologies adjacentes à celles qui sous-tendent les MNBC entreraient également dans cette nouvelle catégorie. Cela nécessiterait un examen plus approfondi des rôles juridiques des registres (distribués) et des portefeuilles afin de déterminer les implications en aval sur la détention et la preuve des droits.
- 6 La nature juridique des CBDC pourrait également poser des difficultés pour l'application des règles conventionnelles de droit international privé¹¹. Même s'il s'avère que des règles s'appliquent, il n'est pas certain que chaque règle existante soit adaptée à son objectif. Par exemple, si une MNBC est classée comme un hybride tangible-intangible dans un cadre juridique national, la *lex rei sitae* pourrait en théorie s'appliquer, mais il n'est pas clair quel serait le *situs* d'un jeton détenu sur des registres distribués et par le biais de portefeuilles¹². Pour soutenir sa circulation en tant que monnaie, il sera également crucial que des règles de droit privé établissent comment la propriété et les autres droits sur les MNBC peuvent être transférés entre les agents économiques.
- 7 En fonction du modèle de fonctionnement choisi, notamment en ce qui concerne l'accès transfrontière des non-résidents aux MNBC, les banques centrales peuvent déléguer certaines fonctions à des intermédiaires du secteur privé¹³. Les banques qui examinent la possibilité de recourir aux MNBC sont toutes d'accord pour adopter un modèle basé sur l'intermédiation. Le déploiement de MNBC nationales pourrait aussi potentiellement nécessiter le recours à des intermédiaires étrangers, ou à des intermédiaires ayant des bureaux dans le monde entier ; de plus, un utilisateur peut détenir des MNBC d'États et territoires différents sur le même compte. Ainsi, les implications sur le droit international privé ressemblent aux défis de l'intermédiation et de la dématérialisation qui ont inspiré le développement de la *Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire* (Convention Titres).

⁷ Conférence CODIFI, Y. Nishitani, *supra*, note 3.

⁸ M. Bechara, W. Bossu, A. Rasekh, C. Y. Tan, A. Yoshinaga, *supra* note 4, para. 3.

⁹ Voir, par exemple, Conférence CODIFI, H. Wang *supra* note 3.

¹⁰ *Ibid.*, para. 65.

¹¹ *Ibid.*, para. 55.

¹² *Ibid.*

¹³ Voir généralement BIS, Options d'accès et d'interopérabilité des MNBC pour les paiements transfrontières à l'adresse <https://www.bis.org/publ/othp52.pdf>.

III. Domaines de travaux exploratoires futurs

- 8 Dans ce contexte, un cadre de droit international privé sera nécessaire pour renforcer la sécurité et la prévisibilité juridiques transfrontières des MNBC en tant que version numérique de la monnaie fiduciaire¹⁴, en particulier lorsque les portefeuilles numériques sont créés et gérés par des entreprises intermédiaires. L'adoption des MNBC doit être soigneusement étudiée à la lumière des considérations relatives au droit international privé, car la sécurité juridique d'un cadre de droit international privé favorise la réalisation des objectifs politiques qui pourraient être poursuivis dans le cadre de la modernisation des systèmes financiers. Ces objectifs politiques comprennent l'inclusion financière, la réduction des coûts de transaction, la résilience des paiements dans les situations d'urgence, la réduction de l'utilisation illicite de l'argent et l'augmentation de la concurrence dans le secteur des paiements d'un État¹⁵.
- 9 L'une des voies possibles est l'élaboration d'un système de règles de droit applicable reposant sur la Convention Titres. Le traitement des détentions intermédiées dans la Convention Titres pourrait être adapté afin de tenir compte des systèmes d'intermédiaires qui fournissent des portefeuilles de MNBC. Cela peut également expliquer les situations dans lesquelles les entreprises intermédiaires opèrent dans des États et territoires sans cadre local de MNBC.
- 10 Le rattachement principal de droit international privé de l'article 4(1) la Convention Titres tend à favoriser un accord exprès entre le titulaire du compte et l'intermédiaire pertinent sur la loi applicable. Le choix de loi effectué par les parties ne produira uniquement ses effets que si, au moment de l'accord de la loi applicable, l'intermédiaire pertinent dispose d'un établissement (ou d'un établissement d'un tiers agissant pour le compte de l'intermédiaire pertinent) dans l'État choisi qui remplit certaines fonctions spécifiques relatives aux comptes de titres, ou qui exerce autrement à titre professionnel ou habituel une activité de tenue de comptes de titres¹⁶. Ainsi, l'autonomie de la volonté des parties permise par le choix de la loi est atténuée par ce « test de réalité »¹⁷ concernant le bureau ; le choix doit également rencontrer le consentement de l'intermédiaire, ainsi que des considérations réglementaires et pratiques¹⁸.
- 11 Ce cadre offre des avantages qui vont au-delà de ceux fournis par l'approche dite du lieu de l'intermédiaire pertinent (PRIMA – *Place of the relevant intermediary approach*), une autre approche potentielle pour la loi applicable dans un actif intermédié. Le cadre de la Convention Titres prend en considération les contraintes liées à la localisation précise d'un compte en un seul endroit et, ce faisant, garantit la sécurité et la prévisibilité juridiques *ex ante* nécessaires en ce qui concerne la loi applicable. Compte tenu de l'argument selon lequel les deux approches sont similaires en ce qu'elles considèrent qu'une relation unique entre le titulaire du compte et l'intermédiaire constitue l'élément de rattachement principal¹⁹, l'avantage offert par la Convention Titres est qu'elle contient des règles claires qui permettent aux parties de déterminer la loi applicable à faible coût et dès le début de la transaction²⁰.

¹⁴ La monnaie fiduciaire est définie comme la monnaie émise et soutenue par un gouvernement, précieuse pour son statut de cours légal plutôt que pour son adossement à une autre marchandise. Voir I. Asmundson et C. Oner, « IMF Back to Basics: What is Money? » (2012).

¹⁵ G. Soderberg, M. Bechara, W. Bossu, N.X. Che, S. Davidovic, J. Kiff, I. Lukonga, T.M. Griffoli, T. Sun, A. Yoshinaga, *supra* note 6, p. 6 et 7.

¹⁶ Cette limitation du choix de la loi applicable dans la convention de compte est connue sous le nom de « test de l'établissement conforme ».

¹⁷ Conférence CODIFI, S. Bariatti, « Reasons to Join the HCCH Securities Convention », 13 septembre 2022.

¹⁸ C. Bernasconi et C. Sigman (2005), « Myths about the Hague Convention Debunked », *International Financial Law Review*, p. 31 et 32.

¹⁹ M. Ooi (2019), « Rethinking the characterization of issues relating to securities », *Journal of Private International Law*, Vol. 15, Numéro 3, p. 582.

²⁰ C. Roodt, « The Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary : The Hague Securities Convention », *18 South African Mercantile Law Journal* 83 (2006), p. 96.

- 12 Les questions possibles de droit international privé à considérer en lien avec le développement des MNBC comprennent :
- Loi applicable : En cas de circulation transfrontière, quelle est la loi applicable aux MNBC ?
 - Compétence : Quel tribunal est compétent en matière d'intermédiaires ?
 - Reconnaissance et exécution : Comment les jugements rendus dans les systèmes de MNBC seront-ils reconnus et exécutés dans d'autres États et territoires ?
- 13 Le CAGP est invité à envisager de confier au BP, en partenariat avec les observateurs et les experts en la matière concernés, le soin d'étudier les aspects de droit international privé des MNBC à la lumière des développements en matière de technologie, d'application et de programmes pilotes. Il est proposé que cette étude comprenne une phase initiale exploratoire axée sur le suivi des nouveaux développements, tels que les implications sur le droit international privé des évolutions des cadres juridiques des projets pilotes MNBC et l'implication possible des entreprises intermédiaires. Dans le cadre de cette phase exploratoire, il pourra être demandé aux Membres de la HCCH de fournir des contributions concernant les développements relatifs aux questions énumérées ci-dessus, et tout autre sujet, le cas échéant. Le BP consultera également des experts en la matière et des observateurs afin d'obtenir leur contribution à l'étude. Le BP présentera un rapport au CAGP lors de sa réunion de 2024 avec les résultats et les propositions pour les prochaines étapes. Le CAGP pourrait également envisager la possibilité de rendre obligatoire la préparation par le BP d'un colloque en ligne sur ce sujet.

IV. Proposition soumise au CAGP

- 14 Le BP invite le CAGP à prendre note des questions décrites dans le présent Doc. pré-l. en relation avec les aspects de droit international privé des MNBC. Compte tenu des ressources limitées du BP et du programme de travail assigné à la Division du droit international commercial, numérique et financier, le BP propose la Conclusion et Décision suivante à l'attention du CAGP :
- Le CAGP confie au BP, en partenariat avec des experts en la matière et des observateurs pertinents, le soin d'étudier les implications des MNBC sur le droit international privé. Le BP présentera un rapport au CAGP lors de sa réunion de 2024 sur les résultats de cette étude, y compris des propositions pour les prochaines étapes. Le CAGP confie également au BP le soin de préparer et d'organiser un colloque en ligne sur ce sujet.