

Titre	<b>Proposition de travail conjoint : Projet HCCH-UNIDROIT sur la loi applicable aux détentions et transferts transfrontières d'actifs numériques et de jetons</b>
Document	<b>Doc. préél. No 3C de janvier 2023</b>
Auteur	BP
Point de l'ordre du jour	Point II.5.
Mandat(s)	C&D No 14 du CAGP de 2022
Objectif	Obtenir un mandat pour mener des travaux conjoints avec UNIDROIT afin d'examiner l'opportunité de disposer d'une orientation coordonnée et la possibilité d'élaborer un cadre normatif sur la loi applicable aux détentions et transferts transfrontières d'actifs numériques et de jetons, couvrant les aspects pertinents de droit privé
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	Annexe : Table des matières, Principe 5 et son commentaire du projet de Principes d'UNIDROIT sur les actifs numériques et le droit privé
Documents connexes	Doc. préél. No 3A à l'attention du CAGP de 2022 Doc. préél. No 4 REV à l'attention du CAGP de 2021



## Table des matières

I.	Introduction.....	2
II.	Aspects de droit international privé des travaux du Groupe de travail d'UNIDROIT sur le projet sur les actifs numérique et le droit privé.....	2
III.	Évolutions récentes concernant les actifs numériques et les jetons .....	3
	A. Hypothèses actuelles sur le droit international privé et les actifs numériques et les jetons .	3
	B. Les nouveaux actifs donnent un second souffle aux anciens facteurs de rattachement .....	5
IV.	Proposition de travail conjoint avec UNIDROIT .....	6
V.	Proposition soumise au CAGP .....	8
	ANNEXE.....	9

# Proposition de travail conjoint : Projet HCCH-UNIDROIT sur la loi applicable aux détentions et transferts transfrontières d'actifs numériques et de jetons

## 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 2022<sup>1</sup>, la Conférence inaugurale de la HCCH sur le droit commercial, numérique et financier transfrontière (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 Doc. pré-l. No 3A<sup>2</sup>.
- 2 La Conférence CODIFI a notamment permis à plusieurs experts de conclure qu'il est à la fois opportun et souhaitable de mener des travaux sur le droit international privé relatif aux actifs numériques, en particulier la détermination de la loi applicable. Cette conclusion rejoint les résultats du Groupe de travail sur les actifs numériques et le droit privé (Groupe de travail) d'UNIDROIT, qui a conclu que des règles claires sur les actifs numériques et les jetons, y compris sur le droit international privé, présenteront plusieurs avantages pour les États, notamment une efficacité accrue et une réduction des coûts<sup>3</sup>.
- 3 En réponse à cette contribution, le présent Document préliminaire décrit le travail de base effectué par le Groupe de travail d'UNIDROIT, en mettant l'accent sur les aspects de droit international privé de ce travail ; il rend compte des évolutions importantes en matière d'actifs numériques et de jetons qui ont trait à la question de la loi applicable ; et il demande au CAGP un mandat afin d'examiner, conjointement avec UNIDROIT, l'opportunité de disposer d'une orientation coordonnée et la possibilité d'élaborer un cadre normatif sur la loi applicable aux détentions et transferts transfrontières d'actifs numériques et de jetons, couvrant les aspects pertinents de droit privé.

## II. Aspects de droit international privé des travaux du Groupe de travail d'UNIDROIT sur le projet sur les actifs numérique et le droit privé

- 4 L'an dernier, le BP a poursuivi son étroite collaboration avec UNIDROIT, notamment en participant activement en tant qu'observateur au Groupe de travail d'UNIDROIT, qui met la dernière main à un ensemble de Principes assortis de commentaires relatifs à la nature juridique, au transfert et au recours aux actifs numériques<sup>4</sup>. Le Groupe de travail a conclu qu'« il est important de disposer de règles claires qui s'appliquent aux aspects clés de ces transactions »<sup>5</sup> [traduction du BP], et que des lignes directrices, notamment sur les questions

---

<sup>1</sup> C&D No 33 du CAGP de 2022 ; voir également C&D No 38 du CAGP de 2021, disponibles sur le site web de la HCCH à l'adresse [www.hcch.net](http://www.hcch.net) sous les rubriques « Gouvernance », « Conseil sur les affaires générales et la politique » puis « Archives (2000-2022) ».

<sup>2</sup> « Économie numérique et Conférence de la HCCH sur le droit commercial, numérique et financier transfrontière (Conférence CODIFI) : Rapport », Doc. pré-l. 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](http://www.hcch.net) sous les rubriques « Gouvernance » puis « Conseil sur les affaires générales et la politique ».

<sup>3</sup> Projet de Principes d'UNIDROIT sur les actifs numériques et le droit privé (« projet de Principes d'UNIDROIT »), janvier 2023, projet pour consultation publique, disponible en ligne à l'adresse <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/01/Draft-Principles-and-Commentary-Public-Consultation.pdf>, (en anglais uniquement) Introduction, para. 2 et 4.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, para. 2.

de droit international privé relatives aux actifs numériques, permettront « d'accroître la prévisibilité des transactions impliquant ces actifs qui sont réalisées »<sup>6</sup> [traduction du BP].

- 5 Plus particulièrement, le Principe 5 du projet de Principes d'UNIDROIT porte sur les conflits de lois. Par souci de commodité, le Principe 5 et son commentaire figurent à l'annexe I du présent Document préliminaire (en anglais uniquement). Le Principe 5 fournit une règle de conflit de lois sous forme de hiérarchie, décrivant les facteurs qui permettent de déterminer la loi applicable régissant les questions de propriété relatives à un actif numérique – la première considération serait d'appliquer la loi interne de l'État explicitement spécifié dans l'actif numérique lui-même, puis la loi de l'État spécifié dans le système ou la plateforme dans lequel l'actif numérique est enregistré. En l'absence de ces spécifications, deux options sont envisageables : l'option A donne à l'État du for la liberté de spécifier lesquelles de ses propres règles s'appliquent et, dans la mesure où l'application de cette spécification ne le permet pas, la possibilité d'établir que les Principes s'appliquent en tout ou en partie ; selon l'option B, la première des alternatives de l'option A disparaît, et la possibilité de spécifier les Principes est la seule possibilité laissée à l'État du for. Comme indiqué ci-dessous (voir para. 21), une règle spéciale s'applique à la relation entre un dépositaire et son client<sup>7</sup>.
- 6 Le Groupe de travail d'UNIDROIT a terminé ses travaux sur le projet de Principes d'UNIDROIT, qui « visent à faciliter les transactions sur les actifs numériques » [traduction du BP]. Le 10 janvier 2023, UNIDROIT a lancé une consultation publique sur le projet de Principes d'UNIDROIT afin de s'assurer que l'instrument est bien adapté à une application dans différents contextes, et de recueillir les réactions des parties engagées dans le secteur des actifs numériques. La date limite pour la soumission des commentaires est fixée au 20 février 2023. Le Groupe de travail examinera les commentaires reçus lors de sa prochaine session du 8 au 10 mars 2023. Le BP, en collaboration avec le Secrétariat d'UNIDROIT, rendra compte des commentaires pertinents reçus au CAGP lors de sa réunion de mars 2023.

### III. Évolutions récentes concernant les actifs numériques et les jetons

#### A. Hypothèses actuelles sur le droit international privé et les actifs numériques et les jetons

- 7 Les technologies numériques ont progressé plus rapidement que toute autre innovation. Le climat actuel entourant les technologies numériques se caractérise par une connectivité omniprésente grâce à des appareils mobiles et connectés à Internet, ainsi que par un calcul et un stockage de données à faible coût. Ensemble, ces facteurs permettent de mettre en place de nouveaux modèles commerciaux pour la prestation de services et l'exploitation de grandes réserves de données. Le secteur financier est le plus grand utilisateur de technologies numériques et représente un moteur majeur de la transformation numérique de l'économie et de la société, qui est un catalyseur crucial pour permettre un accès équitable au financement<sup>8</sup>. Plus récemment, l'échange décentralisé d'actifs numériques et de jetons, y compris par le recours à la technologie du registre distribué (TRD)<sup>9</sup>, repose sur

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, para. 4.

<sup>7</sup> Le projet de Principes d'UNIDROIT, le Principe 5 et son commentaire figurent à l'annexe I du présent Document préliminaire.

<sup>8</sup> Plan d'action pour les technologies financières de la Commission européenne <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0109>.

<sup>9</sup> Voir également la discussion sur les évolutions et les tendances récentes dans le domaine de l'économie numérique, y compris les systèmes et applications de TRD, dans « Évolutions concernant les implications de l'économie numérique sur le droit international privé », Doc. préI. No 4 REV de janvier 2022 à l'attention du CAGP

un registre ou une base de données répartis sur un réseau en ligne sans point de contrôle central<sup>10</sup>. Ajoutant une couche supplémentaire de complexité, de nombreuses technologies sont conçues, développées et déployées sur des infrastructures ou dans des espaces qui échappent à la compétence d'un seul État.

- 8 Du point de vue du droit international privé, ces plateformes présentent des caractéristiques de conception uniques qui mettent à rude épreuve l'application des facteurs de rattachement traditionnels<sup>11</sup>. Les experts ont indiqué que les facteurs de rattachement traditionnels seront difficiles à appliquer à ces technologies. Les défis en matière de droit international privé sont inhérents aux systèmes de TRD dans la mesure où le pseudonymat des utilisateurs et la nature décentralisée des registres distribués peuvent rendre difficile, voire impossible, la détermination du *situs* d'un actif<sup>12</sup>. Les questions qui seraient traditionnellement déterminées par la *lex situs* devraient donc être déterminées par une autre loi.
- 9 Pour compliquer les choses, certains partisans de la TRD résistent à la réglementation formelle en faveur de l'autorégulation ou de l'adhésion à l'éthique de la *lex cryptographica*<sup>13</sup>. Les autres questions de droit international privé qui se posent dans les cas d'utilisation de la TRD sont les suivantes<sup>14</sup> :
- la caractérisation de la relation entre les participants à un système de TRD, y compris les détenteurs d'actifs numériques et les intermédiaires de TRD tels que les bourses de cryptomonnaies et les fournisseurs de porte-monnaie, et la loi applicable à cette relation ;
  - la caractérisation et la loi applicable à la détention et à la transaction d'actifs numériques dans un système de TRD ;
  - la loi applicable aux effets patrimoniaux des actifs numériques à l'égard des tiers, y compris les émetteurs de crypto-actifs, les preneurs de garantie en actifs numériques, les héritiers successifs de détenteurs d'actifs numériques et les créanciers de détenteurs d'actifs numériques devenus insolubles ;
  - la compétence des tribunaux pour connaître des litiges liés aux résultats prévus dans les contrats intelligents auto-exécutables déployés sur les systèmes de TRD ;
  - la reconnaissance et l'application des décisions de règlements de litiges basés sur la TRD ;
  - la question de savoir comment déterminer la loi relative aux actifs liés.

---

de 2022, para. 9 à 35, disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse [www.hcch.net](http://www.hcch.net) (voir chemin d'accès indiqué à la note **Error! Bookmark not defined.**).

<sup>10</sup> La TRD est le protocole sur lequel repose la chaîne de blocs, la technologie à l'origine du Bitcoin. Voir aussi CNUCED (2021), « Harnessing Blockchain for Sustainable Development: Prospects and Challenges », UNCTAD/DLR/STICT/2021/3 et Corr. 1, p. 2.

<sup>11</sup> Rapport CODIFI, annexe I du Doc. pré-l. No 3A, *supra* note 2. Les experts s'accordent à dire que la TRD pose des défis technologiques et juridiques en raison du pseudonymat des utilisateurs, de la nature immatérielle des actifs numériques et de l'incertitude de l'emplacement des réseaux intermédiaires. Voir également la discussion sur les facteurs de rattachement à l'égard des actifs numériques créés et transférés via des systèmes décentralisés, dans « Évolutions concernant les implications de l'économie numérique, notamment de la TRD, sur le droit international privé », Doc. pré-l. No 4 de novembre 2020 à l'attention du CAGP de 2021, para. 15 à 21, disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse [www.hcch.net](http://www.hcch.net) (voir chemin d'accès indiqué à la note **Error! Bookmark not defined.**).

<sup>12</sup> M. Lehmann (2019) « Who Owns Bitcoin? Private (International) Law Facing the Blockchain », *European Banking Institute Working Paper Series 2019*, No 42, p. 2.

<sup>13</sup> Voir, par ex., P. de Fillippi et A. Wright (2018), *Blockchain and the Law - The Rule of Code*. Pour un point de vue opposé, voir D. Sindres (à paraître en 2023), « Is Bitcoin out of Reach for Private International Law? », dans *Blockchain and Private International Law* A. Bonomi and M. Lehmann (Éditions).

<sup>14</sup> Voir également les discussions sur les différentes implications sur le droit international privé des systèmes avec et sans autorisation, dans le Doc. pré-l. No 4 de novembre 2020, para. 16 et annexe I, disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse [www.hcch.net](http://www.hcch.net) (voir chemin d'accès indiqué à la note **Error! Bookmark not defined.**).

## B. Les nouveaux actifs donnent un second souffle aux anciens facteurs de rattachement

- 10 En général, l'application des facteurs de rattachement de droit international privé aux plateformes technologiques transfrontières est illustrée par l'essor d'Internet. Bien qu'Internet ait « presque immédiatement déclenché un débat au sein de la communauté juridique [...] sur la question de savoir si ce nouveau média devait être régi par le droit étatique » [traduction du BP], la conclusion selon laquelle le droit étatique pouvait réglementer Internet s'est rapidement imposée<sup>15</sup>. L'application des facteurs de rattachement permettant d'identifier un État ou un système juridique spécifique, indépendamment de la technologie utilisée, tels que le domicile, la résidence habituelle et l'établissement du défendeur, pose peu de difficultés<sup>16</sup>. Une autre méthode pour déterminer la loi applicable consiste à s'appuyer sur le choix explicite de la loi définie dans la relation hôte / utilisateur dans les clauses contractuelles des plateformes en ligne<sup>17</sup>.
- 11 Sans un choix explicite de la loi applicable, l'application des facteurs de rattachement se heurterait au pseudonymat des utilisateurs et à l'incapacité de localiser les liens de la plateforme de TRD avec un État ou territoire spécifique, bien que certaines autorités aient tenté de le faire sur la base de la concentration des réseaux intermédiaires<sup>18</sup>. Alors que la détermination explicite de la loi applicable dans un accord de plateforme en ligne serait idéale, celle-ci ne tient pas systématiquement compte des circonstances dans lesquelles les utilisateurs choisissent d'éviter les services d'une plateforme centralisée, pour des raisons notamment de sécurité, de manque de confiance dans la plateforme et de philosophie personnelle.
- 12 Il est toutefois possible que les développements futurs exigent de reconsidérer l'hypothèse selon laquelle les facteurs de rattachement traditionnels n'ont aucun rôle utile à jouer. Un exemple est celui des actifs numériques liés à des titres, où il peut y avoir un certain degré d'identification des parties aux transactions afin que l'émetteur puisse identifier les détenteurs de l'actif.
- 13 Un autre exemple est celui des « jetons Soulbound »<sup>19</sup>. Les jetons Soulbound sont définis comme des jetons publiquement visibles et non transférables représentant des affiliations, des adhésions et des références, permettant à un portefeuille numérique de TRD d'agir comme un « CV étendu » des activités et des relations du détenteur<sup>20</sup>. Les illustrations des cas d'utilisation comprennent des jetons qui pourraient être :
- délivrés par une université pour attester que le titulaire du portefeuille est diplômé ;

---

<sup>15</sup> T. Lutz, « Private Ordering, the Platform Economy, and the Regulatory Potential of Private International Law », dans *Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms*, p. 130 et 131.

<sup>16</sup> T. Lutz, « Private International Law Online: Internet Regulation and Civil Liability in the EU », p. 102.

<sup>17</sup> T. Lutz, « Private Ordering, the Platform Economy, and the Regulatory Potential of Private International Law », *supra* note 15, p. 136.

<sup>18</sup> Tout ordinateur connecté au réseau de la TRD ou de la chaîne de blocs est appelé « réseau intermédiaire ». Chacun de ces réseaux exploite une copie complète des transactions validées du registre de la chaîne de blocs, voir CNUCED (2021), *supra* note 10, p. 51. La *Security and Exchange Commission* des États-Unis a revendiqué sa compétence sur l'ensemble des transactions de la chaîne de blocs Ethereum en se basant sur l'emplacement des réseaux intermédiaires sur son territoire. Voir *Securities and Exchange Commission* des États-Unis contre Ian Balina, Action civile No. 1:22-CV-950 déposée le 19 septembre 2022, para. 69.

<sup>19</sup> E. Weyl, P. Ohlhaber, V. Buterin, « Decentralized Society: Finding Web3's Soul », disponible à l'adresse [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4105763](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4105763) (en anglais uniquement).

<sup>20</sup> Le terme « Soulbound » est emprunté aux jeux en ligne largement multijoueurs, dans lesquels l'équipement Soulbound est généralement récompensé pour des réalisations d'une grande complexité et d'un investissement en temps élevé, et est lié (« bound » en anglais) à l'âme (« soul » en anglais) du joueur car il ne peut pas être échangé ou vendu à d'autres joueurs. L'équipement a donc une valeur de réputation car il prouve que le propriétaire a accompli un défi important dans le jeu.

- acquis par la participation aux activités d'organisations, en apportant la preuve de la participation à une conférence ou la reconnaissance de relations plus substantielles, telles que des contributions importantes à une organisation caritative ou une participation importante à la gouvernance d'organisations autonomes décentralisées ; ou
- utilisés pour modéliser les systèmes et arrangements financiers traditionnels. Par exemple, un jeton de type « privilège » peut indiquer que le détenteur du portefeuille a une dette impayée ou, à l'inverse, un jeton de type « cote de crédit » peut indiquer que le détenteur du portefeuille a régulièrement effectué des paiements sur un prêt.

14 Ces « jetons sociaux, communautaires et de réputation » (jetons sociaux) constituent une méthode numérique pour représenter la localisation, l'identification personnelle ou les affiliations du détenteur d'un portefeuille. Une disposition élaborée des jetons sociaux pourrait fournir des indications sur les identités, les emplacements, les lieux d'affaires et les modèles de comportement social ou économique du monde réel – en d'autres termes, des faits qui facilitent l'application des facteurs de rattachement traditionnels. Par ailleurs, les utilisateurs seraient incités à acquérir volontairement plus de jetons sociaux car leur possession pourrait signaler l'authenticité de leurs propres portefeuilles numériques et la cohérence et la fiabilité de l'exécution de leurs obligations. De tels marqueurs de fiabilité dans un portefeuille faciliteraient l'accès à davantage de privilèges et de services pour le détenteur. Pour cette raison, les jetons sociaux peuvent surmonter les obstacles liés à l'emplacement et à l'identité en matière de droit international privé et de TRD, et ce, tout en respectant l'éthique de l'échange entre pairs qui guide de nombreux utilisateurs et communautés de TRD.

15 Il convient toutefois de noter que les jetons sociaux peuvent remettre en question les notions traditionnelles de contrôle dans le cadre du droit des biens. Les cas d'utilisation des jetons sociaux reposent sur le principe selon lequel un utilisateur ne peut pas transférer librement un jeton social à un autre utilisateur après l'acquisition initiale – un utilisateur peut seulement le « détruire »<sup>21</sup>. Certains jetons sociaux peuvent également ne pas être modifiables sans le consentement ou la signature de l'émetteur (par ex., lorsqu'un jeton social émis par une banque représente un titre de créance en cours). Cela a des implications sur la question de savoir s'ils peuvent être caractérisés avec précision comme des biens. Alors que ce comportement est présenté comme une avancée dans le monde des actifs numériques en ce qu'il permet des cas d'utilisation autres que la collecte et la vente de jetons de type monnaie, cela soulève une complication supplémentaire dans la chasse aux règles générales qui peuvent être utilisées pour caractériser les actifs sur les plateformes numériques.

#### IV. Proposition de travail conjoint avec UNIDROIT

16 Les évolutions décrites dans la section ci-dessus soutiennent deux domaines de recherche en ce qui concerne les règles de droit international privé pour les actifs numériques et les jetons, y compris les actifs liés et les jetons sociaux.

- Tout d'abord, une règle de choix de la loi requiert plus de clarté sur la loi applicable dans les cas où aucun choix explicite n'est fait, que ce soit par les utilisateurs ou les propriétaires de plateformes. Des questions subsidiaires se posent également en matière de protection des parties plus faibles lorsqu'un choix explicite de la loi est, en fait, effectué.

---

<sup>21</sup> L'élément dissuasif hypothétique est qu'un porte-monnaie dépourvu de jetons sociaux apparaîtra comme un nouvel utilisateur sans marqueurs de réputation, c.-à-d., potentiellement risqué pour effectuer des transactions.

- Deuxièmement, les jetons sociaux peuvent créer un environnement numérique qui diminue l'anonymat des utilisateurs et augmente la précision de la localisation des utilisateurs, des actifs et des transactions. Les jetons sociaux peuvent, à leur tour, faciliter l'application de facteurs de rattachement plus traditionnels aux plateformes numériques décentralisées dans la recherche de la loi applicable, tout en nécessitant une étude plus approfondie des différences entre les jetons sociaux et les actifs numériques librement négociables.

Le BP propose que ces deux domaines de recherche bénéficient de la collaboration et de la contribution d'UNIDROIT en ce qui concerne la modernisation, l'harmonisation et la coordination du droit commercial privé et du droit numérique.

- 17 Alors que le Groupe de travail d'UNIDROIT cherche à achever le projet de Principes d'UNIDROIT en 2023 conformément à son mandat<sup>22</sup>, le BP et le Secrétariat d'UNIDROIT ont discuté de la poursuite d'un travail de coopération sur un projet conjoint axé sur les actifs numériques et les jetons. Le champ d'application de ce projet conjoint proposé s'appuierait, de manière générale, sur les travaux réalisés par le Groupe de travail et permettrait de les approfondir, en se concentrant sur le Principe 5 du projet de Principes d'UNIDROIT. En principe, cette proposition de travaux conjoints examinerait l'opportunité de disposer d'une orientation coordonnée et la possibilité d'élaborer un cadre normatif sur la loi applicable aux détentions et transferts transfrontières d'actifs numériques et de jetons, couvrant les aspects pertinents de droit privé. Le nom proposé pour ce projet conjoint est « Projet HCCH-UNIDROIT sur la loi applicable aux détentions et transferts transfrontières d'actifs numériques et de jetons » (« Projet HCCH-UNIDROIT sur les actifs numériques et les jetons »). Il est proposé que le projet soit mené conjointement par le BP et le Secrétariat d'UNIDROIT, avec des experts en la matière.
- 18 Il est proposé que ce projet conjoint comprenne une phase initiale allant jusqu'à mars 2024, en commençant par le Principe 5 du projet de Principes d'UNIDROIT, et en se concentrant sur les domaines de recherche décrites ci-dessus, notamment :
- la loi applicable en l'absence d'un choix explicite de loi par les parties ;
  - la protection des parties faibles dans les transactions relatives aux actifs numériques et aux jetons ;
  - les facteurs de rattachement qui auraient un impact sur la loi applicable aux détentions et transferts transfrontières d'actifs numériques et de jetons ;
  - la loi applicable aux actifs liés.
- 19 Le BP présentera un rapport au CAGP lors de sa réunion de mars 2024 (le Secrétariat d'UNIDROIT faisant rapport à ses organes directeurs) sur les résultats de cette phase initiale du projet, y compris des propositions sur l'opportunité et la possibilité de poursuivre les travaux sur cette question en établissant un Groupe d'experts conjoint. Le BP continuera à collaborer étroitement avec les organisations sœurs afin de s'assurer que le travail sur cette initiative se concentre sur ses objectifs définis, qu'il n'entre pas en conflit avec d'autres projets ou mandats existants, et qu'il est conforme aux objectifs de coordination et de coopération.
- 20 Si le CAGP conclut que le BP doit donner suite à cette proposition de projet conjoint, le Secrétariat d'UNIDROIT présentera la proposition à son Conseil de direction lors de sa prochaine réunion du 10 au 12 mai 2023.

---

<sup>22</sup> Conclusion sommaire No 26 du Conseil de direction d'UNIDROIT (juin 2022).

## V. Proposition soumise au CAGP

21 Compte tenu des recommandations des experts ayant participé à la Conférence CODIFI, des implications sur le droit international privé que les évolutions dans le domaine de l'économie numérique ont pour les Membres de la HCCH, et du travail d'UNIDROIT, ainsi qu'en ayant à l'esprit les ressources disponibles au BP et le programme de travail assigné à l'équipe de droit commercial international, numérique et financier, le BP propose la Conclusion et Décision suivante :

Le CAGP se félicite de la coopération qui s'est instaurée entre le BP et le Secrétariat d'UNIDROIT sur les questions relatives aux actifs numériques. Le CAGP enjoint au BP d'examiner, conjointement avec le Secrétariat d'UNIDROIT et à la lumière des travaux déjà réalisés à UNIDROIT ainsi que des décisions qui pourraient être prises par le Conseil de direction d'UNIDROIT, l'opportunité de disposer d'une orientation coordonnée et la possibilité d'élaborer un cadre normatif sur la loi applicable aux détentions et transferts transfrontières d'actifs numériques et de jetons, couvrant les aspects pertinents de droit privé, par le biais du projet HCCH-UNIDROIT sur les actifs numériques et les jetons. Le BP rendra compte des résultats de ce projet au CAGP lors de sa réunion de 2024, y compris des propositions sur l'opportunité et la possibilité de poursuivre les travaux sur cette question en établissant un Groupe d'experts conjoint.

## **ANNEXE**





**Digital Assets and Private Law  
Public Consultation**

UNIDROIT 2023  
Study LXXXII - PC  
English only  
January 2023

**DRAFT UNIDROIT PRINCIPLES ON DIGITAL ASSETS AND PRIVATE LAW**

**TABLE OF CONTENTS**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>3</b>
<b>SECTION I: SCOPE AND DEFINITIONS</b>	<b>7</b>
Principle 1: Scope .....	7
Principle 2: Definitions.....	8
Principle 3: General principles .....	14
Principle 4: Linked assets.....	17
<b>SECTION II: PRIVATE INTERNATIONAL LAW</b> .....	<b>21</b>
Principle 5: Conflict of laws .....	21
<b>SECTION III: CONTROL</b> .....	<b>26</b>
Principle 6: Definition of control.....	26
Principle 7: Identification of a person in control of a digital asset .....	30
Principle 8: Innocent acquisition.....	31
Principle 9: Rights of transferee.....	33
<b>SECTION IV: CUSTODY</b> .....	<b>34</b>
Principle 10: Custody .....	34
Principle 11: Duties owed by a custodian to its client.....	39
Principle 12: Innocent client.....	42
Principle 13: Insolvency of custodian .....	44
<b>SECTION V: SECURED TRANSACTIONS</b> .....	<b>46</b>
Principle 14: Secured transactions: general .....	46
Principle 15: Control as a method of achieving third-party effectiveness.....	49
Principle 16: Priority of security rights in digital assets .....	52
Principle 17: Enforcement of security rights in digital assets .....	54

<b>SECTION VI: PROCEDURAL LAW INCLUDING ENFORCEMENT .....</b>	<b>57</b>
Principle 18: Procedural law including enforcement.....	57
<b>SECTION VII: INSOLVENCY .....</b>	<b>59</b>
Principle 19: Effect of insolvency on proprietary rights in digital assets.....	59

**SECTION II: PRIVATE INTERNATIONAL LAW*****Principle 5:******Conflict of laws***

**(1) Subject to paragraph (2), proprietary issues in respect of a digital asset are governed by:**

**(a) the domestic law of the State (excluding that State's conflict of laws rules) expressly specified in the digital asset as the law applicable to such issues;**

**(b) if sub-paragraph (a) does not apply, the domestic law of the State (excluding that State's conflict of laws rules) expressly specified in the system or platform on which the digital asset is recorded as the law applicable to such issues;**

**(c) if neither sub-paragraph (a) nor sub-paragraph (b) applies:**

**OPTION A:**

**(i) [the forum State should specify here the relevant aspects or provisions of its law which govern proprietary issues in respect of a digital asset];**

**(ii) to the extent not addressed by sub-paragraph (c)(i), [the forum State should specify here either that these Principles govern proprietary issues in respect of a digital asset or should specify the relevant Principles or aspects of these Principles which govern proprietary issues in respect of a digital asset];**

**(iii) to the extent not addressed by sub-paragraph (i) or (ii), the law applicable by virtue of the rules of private international law of the forum.**

**OPTION B:**

**(i) [the forum State should specify here either that these Principles govern proprietary issues in respect of a digital asset or should specify the relevant Principles or aspects of these Principles which govern proprietary issues in respect of a digital asset];**

**(ii) to the extent not addressed by sub-paragraph (c)(i), the law applicable by virtue of the rules of private international law of the forum.**

**(2) In the interpretation and application of paragraph (1), regard is to be had to the following:**

**(a) proprietary issues in respect of digital assets, and in particular their acquisition and disposition, are always a matter of law;**

**(b) in determining whether the applicable law is specified in a digital asset, or in a system or platform on which the digital asset is recorded, consideration should be given to records attached to or associated with the digital asset, or the system or platform, if such**

records are readily available for review by persons dealing with the relevant digital asset;

(c) by transferring, acquiring, or otherwise dealing with a digital asset a person consents to the law applicable under paragraph (1)(a) and (b);

(d) the law applicable under paragraph (1) applies to all digital assets of the same description from the time that a digital asset is first issued or created;

(e) if a digital asset, or the system or platform on which the digital asset is recorded, expressly specifies the applicable law effective from a time after the time that the digital asset is first issued or created, proprietary rights in the digital asset that are established before the express specification becomes effective are not affected by the specification.

(3) Notwithstanding the opening of an insolvency proceeding and subject to paragraph (4), the law applicable in accordance with this Principle governs all proprietary issues in respect of digital assets with regard to any event that has occurred before the opening of that insolvency proceeding.

(4) Paragraph (3) does not affect the application of any substantive or procedural rule of law applicable by virtue of an insolvency proceeding, such as any rule relating to:

(a) the ranking of categories of claims;

(b) the avoidance of a transaction as a preference or a transfer in fraud of creditors;

(c) the enforcement of rights to an asset that is under the control or supervision of the insolvency representative.

(5) Other law applies to determine:

(a) the law applicable to the third-party effectiveness of a security right in a digital asset made effective against third parties by a method other than control; and

(b) the law applicable to determine the priority between conflicting security rights made effective against third parties by a method other than control.

(6) Other law applies to determine the law applicable to the relationship between a custodian and its client.

## Commentary

1. It is recognised that a conflict-of-laws rule will always be imperfect. The aim of these Principles is therefore to improve the clarity and legal certainty surrounding the issue of conflict-of-laws to the largest possible extent.

2. Principle 5 addresses the applicable law for proprietary issues in general and is not limited to those issues that are covered by the Principles. The law of the forum determines what would qualify as 'proprietary issues'. This broad scope of Principle 5 is to prevent the issues covered by these Principles, which are limited in scope, being governed by laws different than those governing

proprietary issues that are closely connected with the issues covered by these Principles, but fall outside its scope. See, e.g., the issues listed in [Principle 3\(3\)](#).

3. Principle 5 recognises that the usual connecting factors for choice-of-law rules (e.g., the location of persons, offices, activity, or assets) have no useful role to play in the context of the law applicable to proprietary issues relating to digital assets. Indeed, adoption of such factors would be incoherent and futile because digital assets are intangibles that have no physical situs. Instead, the approach of this Principle is to provide an incentive for those who create new digital assets or govern existing systems for digital assets to specify the applicable law in or in association with the digital asset itself or the relevant system or platform. This approach would accommodate the special characteristics of digital assets and the proprietary questions concerning digital assets that may arise.

4. Principle 5(1) provides a 'waterfall' of factors for the determination of the applicable law. Under Principle 5(1)(a), the applicable law is the law of the State specified in the digital asset itself. If Principle 5(1)(a) does not apply, the applicable law is that of the State specified in the system or platform in which the digital asset is recorded. Those choice-of-law rules are based on party autonomy. This approach is appropriate because Principle 5(2)(c) treats every person dealing with a digital asset, and who could be affected by a determination of a proprietary issue, as consenting to the choice of law rules in Principle 5(1) (see also paragraph 10 below). Such persons will know about the specification of the applicable law, since it will be in records readily available for review by such persons (see Principle 5(2)(b)). (Moreover, although many digital assets, or systems or platforms, currently do not include a specification of applicable law, the rules in Principle 5(1)(a) and Principle 5(1)(b) provide an incentive for such a specification to be included. This reliance on party autonomy is consistent with Article 3 of the Hague Conference Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts ('Hague Conference Principles'). It would also be possible for a digital asset, or a system or platform, to specify that the UNIDROIT Principles (supplemented where necessary by the law applicable by virtue of the rules of private international law of the forum) would be the law applicable to proprietary issues.

5. At the bottom of the 'waterfall', in the absence of a specification made in the digital asset or the system or platform as contemplated by Principle 5(1)(a) and Principle 5(1)(b), Principle 5(1)(c) provides a state with a considerable degree of freedom to choose the appropriate rules for a forum sitting in that state. An overarching consideration is the fact that in many cases the digital asset may have no significant connection with any state. It is not feasible to specify in Principle 5(1)(c) a definitive, "one size fits all" approach to be applied by the forum to proprietary questions in respect of a digital asset. Paragraph (1)(c) provides for two Options (A and B): each includes the provision of some or all of the Principles to such questions. Because these Principles are generally accepted on an international level as a neutral and balanced set of rules, their application at the bottom of the waterfall is appropriate (see Article 3 of the Hague Conference Principles that 'allows the parties to choose not only the law of a State but also "rules of law", emanating from non-State sources.')

6. Within each option in Principle 5(1)(c), there is a 'waterfall' set out in sub-paragraphs. The wording inside the square brackets found within the various sub-paragraphs explains what content the forum state should include within that square bracket, in order to specify what legal provisions apply in respect of proprietary issues in relation to a digital asset.

### **Option A**

Option A recognises that a state may determine that it is appropriate for the forum sitting in that state to apply some aspects of its own domestic laws. This might be the case, for example, if the state has adopted laws that deal specifically with proprietary issues relating to digital assets. The aspects of domestic laws form the first part of the waterfall (Principle 5 (1)(c)(i) of Option A). Within this sub-paragraph, the state should specify those aspects of its domestic laws that should be applied, as a matter of Private International Law in respect of proprietary issues in relation to a digital asset. The second part of the waterfall, in relation to matters not addressed by paragraph (1)(c)(i), is

comprised of either the (entire) Principles, or some Principles or some aspects of the Principles. Which of these is the case should be specified by the forum state within Principle 5 (1)(c)(ii). The third part of the waterfall, which applies to the extent not addressed by other clauses, requires the forum to apply the law otherwise applicable under its private international law rules.

### **Option B**

8. Option B consists of the second and third parts of the waterfall set out in Option A. It therefore is suitable for a state which determines that proprietary issues relating to digital assets should be determined only by the Principles or some portions thereof, without any reference to substantive domestic laws. This might be the case, for example, if the state has not adopted laws that deal specifically with proprietary issues relating to digital assets.

9. By making reference to these Principles, Principle 5 provides an innovative means of permitting a forum to adopt the Principles for persons and matters subject to its jurisdiction when Principle 5(1)(a) and Principle 5 (1)(b) do not apply. The adoption of Principle 5 would accommodate the wish of a forum to adopt the Principles in such situations. In particular, the forum would apply the Principles even when the substantive law of a forum state itself otherwise would apply, without the potential delay and complexity in making substantial revisions of otherwise applicable local private law. Indeed, a forum state might choose this approach either as its primary means of adopting the Principles or as an interim approach. Of course, if the relevant digital asset or system specified the substantive law of the forum state (which would thereby apply under Principle 5(1)(a) or (b)) it is reasonable to assume that the forum state would have adopted acceptable substantive rules such as those exemplified by these Principles. Principle 5 leaves considerable flexibility for a state to craft choice-of-law rules that conform to its policy judgments and are compatible with its domestic laws.

10. Paragraph (2) provides additional guidance on the interpretation and application of Principle 5(1)(a) and Principle 5(1)(b). Principle 5(2)(a) confirms that law applies to a proprietary issue regardless of whether (i) the participants in the relevant network refute the application of any law and exclusively want to rely on code, and (ii) the application of the law is said to be too complex or to produce unclear outcomes or to disrupt the functioning of the network, as a consequence of the nature of the technology, or of the international character of the network. Principle 5(2)(b) makes it clear that a specification of applicable law in a digital asset, or in a system or platform, can be determined by looking at records attached to or associated with the digital asset, system or platform, but only if such records are readily available for those dealing with the asset. Persons dealing with the asset, who will be able to view these records, are treated, by virtue of their dealing, as having consented to the specified applicable law: this is the effect of Principle 5(2)(c). Principle 5(2)(d) and (e) provides that the specified applicable law applies to all digital assets of the same description from the time the digital asset is created or issued, but if a law is specified from a later time, pre-existing rights in the digital asset are not affected. Principle 5 concerns only choice-of-law issues and does not address the question of the jurisdiction of any tribunal over a party or the subject matter at issue.

11. Principle 5(3) makes it clear that in an insolvency proceeding Principle 5 should be applied to proprietary questions in respect of a digital asset. Principle 5(4) provides the usual exceptions that defer to the applicable insolvency laws. These exceptions are discussed in the commentary to [Principle 19](#), paragraphs 7 to 10. It should be noted that the term 'control' in Principle 5(4)(c) is used in a broad sense, and not as defined in [Principle 6](#) (see commentary to [Principle 19](#) paragraph 4).

12. Principle 5(5) recognises that the approach taken in Principle 5(1) would be inappropriate to determine the law governing a registration system for security rights, which must be based on objective indicia (such as the location of the grantor) that could be determined by a third-party searcher of the registry.

13. The recognition mentioned in Paragraph 13 is given effect to in Principle 5(5) by providing that other law (in this case, the conflicts of law rules contained in other law) determines the law applicable to third-party effectiveness of a security right in a digital asset made effective against third parties by a method other than control. In addition, because the same law also needs to govern priority between two or more such security rights, Principle 5(5) provides that other law determines the law applicable to determine priority between such conflicting security rights. If however, one conflicting security right is made effective against third parties by control (even if it is also made effective against third parties by a method other than control), Principle 5 does apply to determine the applicable law.

14. Principle 5(6) makes it clear that Principle 5(1) does not determine the law applicable to the relationship between a custodian and its client. This question is determined by other law (in this case, the conflicts of law rules contained in other law) because it is appropriate for one law to apply to that relationship, rather than different laws, as might be specified in different digital assets or different systems or platforms as contemplated by Principle 5(1)(a) and Principle 5(1)(b). By excluding the custody relationship from the application of Principle 5(1), it is not suggested that this Principle does not apply to proprietary issues such as where a custodian acquires a digital asset or where the issue to be determined is whether the client is an innocent acquirer of a digital asset (see [Principle 12](#)).

15. Where a digital asset is linked to another asset, other law (in this case, the conflicts of law rules contained in other law) determines the law applicable to determine the existence of, requirements for, and legal effect of any link between the digital asset and the other asset. These matters are determined by other law under [Principle 4](#).