Conseil sur les affaires générales et la politique – mars 2020

Document	Document préliminaire ☒ Document d'information ☐	Doc. prél. 28 de février 2020
Titre	Proposition d'allocation de ressources afin de suivre les implications du droit international privé en rapport aux développements dans le domaine de la technologie du registre distribué, en particulier en ce qui concerne la technologie financière	
Auteur	Bureau Permanent (BP)	
Point de l'ordre du jour	III.7	
Mandat	Rôle général du BP dans le suivi de l'évolution du droit international privé	
Objectif	Inviter le CAGP à autoriser une partie de l'allocation des ressources du BP pour suivre les implications du droit international privé dans le domaine de la technologie du registre distribué, en particulier en ce qui concerne la technologie financière	
Mesure(s) à prendre	Pour approbation ☐ Pour décision ☒ Pour information ☐	
Annexes	s.o.	
Document(s) connexe(s)	s.o.	

I. Introduction

1. La technologie du registre distribué (TRD) est de plus en plus considérée comme étant une solution technologique pour les activités quotidiennes. La TRD présente un potentiel considérable pour un large éventail d'applications, notamment la crypto-monnaie et d'autres technologies financières (FinTech), les contrats intelligents, les dérivés, la preuve de propriété et la traçabilité des actifs. Autrefois réservées à l'élite la plus avisée en matière de technologie, la TRD et les applications qui s'y rattachent deviennent des mécanismes qui permettent d'accroître l'efficacité opérationnelle et la robustesse des systèmes de nombreuses industries.

2. Le présent document décrit l'impact sur le droit international privé des récentes évolutions en matière de TRD et de chaînes de blocs, en mettant l'accent sur les FinTech[1]. Bien qu'il ne soit nullement exhaustif, ce document énumère certains des problèmes de conflit de lois qui ont déjà été identifiés en rapport avec l'utilisation de la TRD. Le présent document invite le Conseil sur les affaires générales et la politique (CAGP) à évaluer si le BP devrait allouer des ressources afin de suivre les évolutions en matière de TRD (en particulier en ce qui concerne les chaînes de blocs) et des conflits de lois, en vue de tenir le CAGP informé des résultats éventuels en 2021.

3. Le présent document décrira d'abord brièvement certaines des notions et applications clés relatives à la TRD, à la chaîne de blocs et aux FinTech, avant d'aborder les questions de droit international privé afférentes à ces technologies.

II. Notions clés

4. La TRD regroupe les caractéristiques de la cryptographie avec le stockage et la validation décentralisés des transactions, d'où son nom de « technologie du registre distribué ». Une chaîne de blocs est une base de données qui est enregistrée et actualisée par l'intermédiaire de la TRD, fournissant un enregistrement unique, immuable et public des transferts d'actifs. Les données sont stockées dans une série de blocs interconnectés, formant une chaîne de blocs qui ne peuvent être modifiés. Comme il est décentralisé, il peut y avoir autant de copies du registre qu'il y a d'utilisateurs. Les transactions sont archivées sur toutes les copies du registre, et ce dernier est constamment synchronisé.

5. Les transferts sur une chaîne de blocs nécessitent généralement deux numéros uniques, une clé publique et une clé privée. La clé publique est essentiellement une adresse du destinataire, tandis que la clé privée fonctionne comme un code PIN. Chaque transfert est ajouté comme un bloc à l'enregistrement des transferts précédents (donc une « chaîne de blocs »). L'immuabilité du registre permet d'éviter qu'un bien déjà transféré soit à nouveau dépensé (« problème de double dépense »). Un actif enregistré sur la chaîne de blocs est connu sous le nom de crypto-actif.

6. La décentralisation est une caractéristique essentielle de la technologie de la chaîne de blocs. L'enregistrement des transferts est dispersé sur plusieurs serveurs internet dans le monde entier (« nœuds »), ce qui augmente la robustesse de l'enregistrement. Il n'y a pas d'intermédiaires classiques tels que les banques impliquées. Au lieu de cela, chaque transaction est validée par les nœuds.

III. Application de la TRD et de la chaîne de blocs

7. La décentralisation et la répartition des transferts entre les nœuds, ainsi que la suppression de la nécessité de faire appel à un tiers fiable, permettent d'assurer la transparence et l'anonymat des

---

[1] Le BP tient à remercier le Prof. Dr. Matthias Lehmann de l'Université de Bonn (Allemagne) pour son aide précieuse dans la préparation de la présente note.

transactions, ainsi que la garantie qu'une unité pourrait être envoyée en toute sécurité d'un nœud à l'autre sans risque de copie ou de falsification.

8. Cela signifie que la TRD et la chaîne de blocs sont des technologies qui peuvent être utilisées dans un large éventail d'applications. Les applications qui sont activées par la TRD et la chaîne de blocs comprennent :

a. les crypto-monnaies, qui permettent aux utilisateurs d'échanger des actifs numériques ;

b. le stockage d'informations relatives à d'autres droits, notamment le droit de réclamer un service, le droit de recevoir un paiement ou des intérêts courus, et la preuve de la propriété d'un bien ;

c. la traçabilité des actifs ; et

d. les contrats intelligents, ou l'exécution automatique d'un contrat lorsque certaines conditions sont remplies, grâce à l'utilisation de programmes informatiques mis en œuvre sur une chaîne de blocs qui exécutent une instruction de travail prédéfinie.

IV. Questions de droit international privé afférentes à l'utilisation de la TRD et de la chaîne de blocs

9. Si la TRD et la technologie des chaînes de blocs peuvent être appliquées dans de nombreuses sphères d'activité commerciale et ont déjà fait l'objet d'investissements importants, de nombreux problèmes liés au droit international privé demeurent sans solution. Les questions relatives à la détermination de la loi applicable, à la compétence et à l'élection de for sont particulièrement épineuses. Ces problèmes sont encore aggravés par le fait que la TRD et la chaîne de blocs ne reconnaissent pas les frontières nationales traditionnelles et ont une portée mondiale.

Loi applicable aux crypto-actifs

10. La sécurité des crypto-actifs peut être compromise en cas de piratage, de copie ou de suppression. Les détenteurs de crypto-actifs peuvent également faire l'objet de fraude, d'extorsion ou de chantage. La quantité massive de richesses incarnée par les chaînes de blocs nécessite une réglementation juridique afin de fournir une protection de droit privé aux détenteurs d'actifs. Toutefois, il reste difficile d'identifier le système juridique dans le cadre duquel cette protection est accordée. On peut distinguer plusieurs questions juridiques :

a. Nature juridique des crypto-actifs : Peuvent-ils faire l'objet d'un droit de propriété malgré leur caractère immatériel ? S'apparentent-ils davantage à des instruments financiers ? Ou devraient-ils être classés comme de l'argent, en particulier les crypto-monnaies comme le Bitcoin ?

b. Règle de conflit appropriée : Le principe de la *lex rei sitae* doit-il s'appliquer ? Le cas échéant, comment le situs pourrait-il être identifié avec une sécurité juridique suffisante ? Les participants devraient-ils être autorisés à choisir la loi régissant leur système conformément au principe de l'autonomie des parties ?

c. Autonomie des parties : Si les participants sont autorisés à choisir la loi régissant leur système conformément au principe de l'autonomie des parties, pour certains types de chaînes de blocs, comme ceux qui comptent un nombre exhaustif de participants (« systèmes autorisés »), d'autres questions découlent : Comment le choix se fait-il ? Peut-il être intégré dans le protocole de la chaîne de blocs ? Quels sont ses effets sur les tiers ?

Loi applicable aux transferts sur une chaîne de blocs

11. Le transfert de crypto-actifs soulève d'autres questions :

a. Technologie contre contrat : Quelles conditions doivent être remplies pour qu'un tel transfert soit juridiquement valable ? La bonne exécution du processus technologique est-elle suffisante ? Ou bien les parties doivent-elles avoir conclu un accord spécifique sur le transfert ?

b. Loi applicable : Si un accord spécifique sur le transfert entre les parties est nécessaire, comment la loi applicable à un tel accord sera-t-elle déterminée ? Cette question est particulièrement difficile, étant donné qu'une chaîne de blocs possède des contacts dans le monde entier et que le lieu (de résidence habituelle) des parties est généralement inconnu.

Loi applicable aux transferts en dehors d'une chaîne de blocs

12. Les événements qui se produisent en dehors de la chaîne de blocs peuvent également soulever des questions relatives à la détermination de la loi applicable. Ces questions comprennent :

a. Succession : Que se passe-t-il après le décès du détenteur d'un crypto-actif ? Le crypto-actif sera-t-il transmis à ses héritiers ou à l'exécuteur du trust ? Comment les héritiers ou les exécuteurs testamentaires vont-ils disposer de l'actif si la clé privée est inconnue ? Quelle loi s'applique à ces questions ?

b. Insolvabilité : En pratique, les clés privées sont généralement stockées auprès d'un intermédiaire, tel qu'un bureau de change ou un fournisseur de porte-monnaie. Que se passera-t-il en cas de faillite de l'intermédiaire ? Les détenteurs de crypto-actifs seront-ils protégés de la même manière que les propriétaires de titres ? Ou seront-ils traités comme les créanciers d'une somme d'argent due ? Quelle loi régit leur statut ?

Loi applicable aux contrats intelligents

13. Les contrats intelligents ont un champ d'application potentiellement large, par exemple sur les marchés des produits dérivés, où ils peuvent être utilisés pour verser automatiquement une certaine somme lorsqu'un événement déterminé se produit. Les contrats intelligents suscitent une série de questions :

a. Construction juridique : Les contrats intelligents ont-ils une valeur juridique équivalente à celle d'un contrat ? Une exécution automatisée peut-elle être comprise comme l'expression de la volonté d'une partie ? Ou bien les contrats intelligents ne font-ils qu'incarner un accord contractuel antérieur entre les parties et / ou se rapportent-ils à son exécution ?

b. Loi applicable : En fonction de la réponse aux questions ci-dessus : Les règles de droit international privé existantes sont-elles adaptées à l'utilisation de contrats intelligents ou doivent-elles être adaptées ?

Loi applicable aux Organisations Autonomes Décentralisées

14. Les Organisations Autonomes Décentralisées sont des entités quasi-corporatives basées sur la chaîne des blocs. Les opérations de sociétés, telles que le vote et la distribution de dividendes, sont entièrement automatisées. La détermination de la loi régissant les Organisations Autonomes Décentralisées soulève des problèmes de conflits complexes :

a. Caractérisation juridique : Les Organisations Autonomes Décentralisées sont-elles des sociétés ou des contrats ?

b. Règle de conflit appropriée : Les Organisations Autonomes Décentralisées doivent-elles être régies par la loi du lieu de constitution ou de leur siège social ? Le cas échéant, comment ces lieux seront-ils déterminés ? Ou le principe de l'autonomie des parties pourrait-il être appliqué et le cas échéant comment ?

Compétence et élection de for

15. D'autres questions se posent également en ce qui concerne la compétence et l'élection de for :

    a. Compétence : Comment les questions liées à la compétence seront-elles déterminées ? Quelles juridictions sont compétentes pour les litiges portant sur des crypto-actifs, des contrats intelligents et des Organisations Autonomes Décentralisées ?

    b. Élection de for : Les parties peuvent-elles choisir le tribunal compétent au moyen d'une clause attributive de compétence intégrée dans le protocole de la chaîne de blocs ou le contrat intelligent ? La Convention HCCH de 2005 sur l'élection de for, par exemple, s'applique-t-elle dans ce contexte ?

V. Proposition soumise au CAGP

16. L'utilisation de la TRD soulève un certain nombre de questions assez complexes et difficiles en matière de droit international privé. Il est évident que les législateurs des États répondent différemment à ces questions, ce qui entraîne une fragmentation des règles relatives au droit international privé en ce qui concerne l'utilisation et l'application du droit international privé. Les effets pour l'industrie seraient considérables : entre autres, l'efficacité de la chaîne de blocs en tant que mécanisme de transfert mondial serait compromise, la position des détenteurs de crypto-actifs pourrait être menacée, et des conflits (y compris un éventuel *forum shopping*) pourraient survenir.

17. Dans ce contexte, il peut être nécessaire – et peut s'avérer être une occasion unique – d'éviter ces effets indésirables. L'émergence de différentes règles de droit international privé pourrait être anticipée avant que les positions nationales ne s'enracinent. L'objectif doit être d'éviter une situation dans laquelle des traditions et concepts juridiques divergents viennent compliquer la recherche d'une identification uniforme de la loi applicable.

18. À cet effet, il conviendrait peut-être d'élaborer un ensemble de règles harmonisées de droit international privé qui pourrait être suivi dans le monde entier. À ce stade, le BP n'est pas en mesure de proposer des actions spécifiques ou un instrument spécifique (par ex., un traité juridiquement contraignant, des principes juridiquement non contraignants ou un guide législatif). Le BP suggère simplement d'utiliser une partie de ses ressources pour suivre l'évolution de la situation afin d'évaluer ces questions de manière plus approfondie, éventuellement en collaboration avec un groupe d'experts que le CAGP pourrait souhaiter créer à cet effet.

19. Par ailleurs, le CAGP pourrait souhaiter que le BP étudie davantage la coopération avec d'autres organisations, en particulier la CNUDCI et / ou UNIDROIT, sur ces questions et la possibilité de développer des synergies éventuelles. Sous réserve des ressources disponibles et du programme de travail global de la HCCH, le CAGP pourrait envisager d'inviter le BP à allouer des ressources pour suivre les évolutions dans ce domaine, en vue de rendre compte au CAGP de toute conclusion éventuelle et peut-être de soumettre des suggestions spécifiques pour des discussions ultérieures.