

Blockchain et évolutions du droit des affaires

Dominique LEGEAIS

Professeur à l'Université Paris-Descartes

Université Sorbonne Paris-Cité

Directeur du CEDAG

Introduction

Il m'a été demandé de traiter de l'influence de la *blockchain* sur le droit des affaires avec un double prisme¹. Il faut envisager son influence dans le cadre de la digitalisation. Il faut l'évoquer comme défi au droit des affaires et non comme outil au service du droit des affaires. Le premier défi est facile à relever dans la mesure où, au même titre que l'IA, le *cloud*, l'Internet des objets connectés, l'*instant payment*, la *blockchain* participe au phénomène de digitalisation². C'est une base de données. Elle peut permettre de les conserver, de les transmettre et d'en faire bon usage. Le deuxième angle d'attaque est plus difficile à respecter dans la mesure où la *blockchain* conçue pour être une technique de rupture tend peu à peu à être appropriée par les acteurs existants et donc à devenir leur allié. Elle devient donc au service du droit des affaires comme il vous sera indiqué ultérieurement. Je vais donc m'attacher à montrer comment la *blockchain* peut bousculer les acquis, remettre en cause des institutions établies du droit des affaires, voire les remettre en question. N'a-t-on pas envisagé que la *blockchain* puisse menacer l'avenir même du droit ? Si cette affirmation a pu être formulée, c'est en référence à la formule de Lessig, « *code is law* » qui pouvait signifier que le seul codage pouvait être source de droit, que les informaticiens à eux seuls allaient pouvoir fixer les bases d'un monde juridique nouveau. Cette vision primaire apparaît aujourd'hui largement utopiste. S'il est concevable que la *blockchain* bouleverse le droit existant, il est beaucoup plus délicat d'admettre qu'elle le remette en cause totalement. Tout au plus, pourrait-il y avoir une nouvelle forme de *lex mercatoria*, une *lex informatica* qui serait l'une des sources principales du nouveau droit de la *blockchain* en cours de formation, un droit transnational³.

Le sujet est volontairement large et il est à la mesure du projet *blockchain* qui se donne pour ambition de révolutionner la vie économique⁴. Le droit des affaires est donc en priorité concerné. De fait, les premières applications concrètes sont relatives au droit des affaires. Le droit des affaires c'est le droit de l'entreprise, qu'il s'agisse de ses acteurs, de ses modalités d'organisation, de ses biens ou de ses moyens de paiement. Or, la *blockchain* peut concerner chacun de ces domaines.

Traditionnellement, le droit des affaires se distingue du droit civil dont il s'est détaché par l'exigence de rapidité, de souplesse, de sécurité. C'est le droit des affaires qui a inventé les nouveaux moyens de paiement, les titres.

Or précisément, la *blockchain* dans son essence et ses différentes applications, s'inscrit parfaitement dans le cadre de cette ambition traditionnelle. Clairement, il s'agit de mettre en place un processus totalement sécurisé,

¹ Le style oral de l'intervention a été conservé.

² « Les enjeux juridiques de la digitalisation pour les banques », sous la dir. de D. Legeais, *RD bancaire et fin.* 2019, Dossier 48.

³ P. de Filippi et A Wright, « Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia », mars 2015, SSRN.

⁴ D. Legeais, *Blockchain et actifs numériques*, Lexis Nexis, 2019.

permettant de se dispenser d'intermédiaires et de permettre des transmissions de valeurs très rapidement. Les *smart contracts* obéissent à la même idée puisqu'il s'agit de rendre plus rapide la formation et l'exécution du contrat en laissant une large place au codage informatique.

Au préalable, il convient de présenter rapidement le fonctionnement de la technologie et ses différentes fonctions.

La *blockchain* avec ses autres technologies se donne ainsi pour ambition de mettre en place une nouvelle économie digitalisée, une économie collaborative caractérisée par l'importance de la collecte et du traitement de données.

Quelles peuvent en être les conséquences pour le droit des affaires ? Celui-ci peut-il être sérieusement menacé par ce défi nouveau ? Pour répondre, il faut examiner la question en examinant les influences potentielles pour les acteurs traditionnels du droit des affaires et pour les biens spécifiques du droit des affaires (I), dans la mesure où la *blockchain* est créatrice d'actifs nouveaux, les actifs numériques (II).

I. La *blockchain* défie les acteurs traditionnels du droit des affaires

Pour ses promoteurs, la *blockchain* devait bouleverser le monde des affaires en supprimant les tiers de confiance, à commencer par les banques. Mais d'autres acteurs pouvaient être concernés. La *blockchain* à travers la DAO pouvait elle-même apparaître comme un nouvel acteur majeur de la vie des affaires. Ce phénomène de désintermédiation est en passe d'échouer (A). Il apparaît au contraire que ceux qui devaient disparaître mettent les moyens financiers dont ils disposent pour s'approprier la technologie à leur profit. De même, de nouveaux tiers de confiance apparaissent ! Il y a donc un phénomène perceptible de réintermédiation (B).

A. La désintermédiation envisagée

Dans l'esprit de ses promoteurs, la *blockchain* est en elle-même un facteur de confiance. La confiance dans une technologie présentée comme infaillible doit remplacer celle mise entre les mains de tiers de confiance traditionnels.

En premier lieu, la *blockchain* devait faire disparaître les banques. La *blockchain* a en effet été conçue pour permettre un transfert de valeurs entre deux personnes de manière sécurisée tout en se passant d'un intermédiaire classique. Le *bitcoin* pouvait ainsi être transféré sans le passage par une banque dans la mesure où la technologie permettait d'éviter la double dépense. Avec le *bitcoin*, il y avait le rêve d'un moyen de paiement universel et transfrontière. Cela été un échec dans la mesure où le *bitcoin* est devenu un instrument de spéculation. Cependant, c'est à nouveau cette tentation que se propose de réaliser les promoteurs du *Libra*.

Suivant cette même logique, la *blockchain* se donnait aussi pour ambition de supprimer d'autres tiers de confiance traditionnels ou nouveaux : les juges, les teneurs de registres, les notaires et en dernier lieu les plateformes. Il est vrai que la première fonction de la *blockchain* est d'être une base de données, de faire

fonction de registre, d'assurer la traçabilité, voire de certifier. Uber ne devait-il pas être ubérisé par la *blockchain* ? C'est que la *blockchain* peut remplir certaines des fonctions des plateformes c'est-à-dire la mise en relation.

Le projet consistait ainsi à créer un monde juridique autonome ayant ses propres règles et même ses propres juges. Des sites proposent ainsi des modes de règlement des litiges parfaitement originaux.

Toujours dans la même logique, la *blockchain* était de nature à donner naissance à un acteur juridique d'un nouveau type connu sous le nom de DAO. Il s'agit de qualifier le réseau décentralisé par nature et de résoudre le problème de gouvernance inhérent à la *blockchain* lorsqu'elle est publique. Le premier projet fût un échec. Il apparaît que la plupart des projets sont pilotés par des personnes morales classiques, ce qui révèle déjà un premier échec du phénomène de désintermédiation initialement envisagé.

B. La réintermédiation en cours

Assez paradoxalement, alors que la *blockchain* devait faire disparaître des acteurs de la vie des affaires, elle est en passe de favoriser l'apparition de nouveaux.

D'abord, les acteurs traditionnels subsistent et tentent de mettre la technologie à leur profit. On peut citer l'exemple des notaires⁵, des banques centrales⁶, des géants de l'Internet qui voient une opportunité pour accroître leur pouvoir.

Pour fonctionner et se développer, la *blockchain* a aussi besoin de nouveaux acteurs. Il faut citer les mineurs qui sont devenus des fermes de minage exerçant une activité à titre professionnel. Il faut aussi mentionner les oracles chargés de fournir les informations déclenchant le jeu des *smart contracts*.

Il faut aussi observer que la *blockchain*, pour être opérationnelle, nécessite en réalité le recours à des prestataires, les plateformes, les coffres-forts numériques, les professionnels chargés de mettre à profit toutes les applications potentielles de la *blockchain*.

Le législateur lui-même ne s'est pas trompé, consacrant le statut des prestataires sur actifs numériques.

Le danger était de voir ces nouveaux acteurs s'affranchir des règles existantes comme a pu le faire Uber dans ses premiers temps. Cependant, le législateur tente d'assurer une certaine neutralité par exemple en imposant aux plateformes le respect du dispositif anti-blanchiment et financement du terrorisme. Les nouveaux professionnels se voient quant à eux imposer des contraintes comparables à celles pesant par exemple sur les prestataires de services d'investissement.

Le premier défi est ainsi en passe d'échouer. La force de résistance des acteurs classiques a peut-être été sous-estimée !

Qu'en est-il maintenant du défi consistant à révolutionner les actifs de l'entreprise et son moyen de paiement ?

⁵ Voir le projet de blockchain notariale présenté le 7 juillet 2020.

⁶ Avec les projets de développement des crypto-monnaies de banques centrales.

II. La *blockchain*, source de création d'actifs nouveaux

La *blockchain* n'est pas seulement une base de données. Elle est aussi une technologie permettant la création et la transmission de valeurs. Il peut s'agir de valeurs classiques mais aussi de valeurs d'un genre nouveau, né du minage ou des appels de fonds, c'est-à-dire les actifs numériques. Il y a un véritable défi lancé au droit des affaires classique dans la mesure où ces nouveaux actifs se donnent clairement pour ambition de remplacer les actifs classiques, instruments-clés du droit des affaires que sont la monnaie et les titres financiers. La crypto-monnaie défie la monnaie classique. Les jetons sont un défi aux titres financiers (A). Cependant, nous allons voir que ces défis sont loin d'être gagnés et que le droit des affaires classique a les moyens de résister et de s'adapter (B).

A. La défiance à l'égard de la monnaie classique

Dès l'origine, le *bitcoin* se présente comme une monnaie digitalisée et l'ambition clairement affichée est d'en faire un nouveau moyen de paiement universel, se passant de l'intermédiation bancaire. Sur le modèle du *bitcoin*, de nombreuses crypto-monnaies sont apparues. Des distinctions sont nécessaires. Les premières sont le fruit du minage. Elles sont devenues pour l'essentiel des produits de spéculation, voire pour certaines d'entre elles des outils au service du *darknet*. Face à ce constat d'échec, d'autres tentatives apparaissent aujourd'hui. Certaines sont d'origine privée, tels *Libra* ou le *Gram* de *Télégram*. D'autres sont d'origine institutionnelle, telles les crypto-monnaies de banques centrales.

Ces créations heurtent de front la monnaie qui est au cœur du droit bancaire et du droit du crédit, qui est le support de tous les échanges commerciaux. Cette émergence soudaine ne pouvait que susciter des réactions hostiles de la part des acteurs en place menacés, à savoir les banques, privées et centrales, mais aussi les Etats qui risquent de perdre un élément de leur souveraineté et un outil pour agir sur l'économie et le crédit. Mais, d'un autre côté, il est difficile d'ignorer une nouvelle économie qui se met en place. Il est ainsi permis de mieux comprendre les différentes étapes de la réponse au défi proposé.

Dans un premier temps on nie la qualification de monnaie aux crypto-monnaies ou monnaies digitales. Ce ne sont pas monnaies ayant cours légal, mais elles ne peuvent être des monnaies car seul l'Etat peut émettre une véritable monnaie⁷. Pour la même raison, le *libra*, dès sa conception, fait l'objet d'une contestation mondiale car il menace la souveraineté de tous les Etats⁸. Son origine privée constitue une menace supplémentaire

Dans le même temps, le droit ne peut être insensible aux évolutions. C'est ce qui explique l'origine des dispositions de la loi PACTE consacrant les crypto-monnaies et en faisant la première catégorie des actifs numériques⁹. C'est ce qui pourrait aussi expliquer la riposte en réaction des crypto-monnaies de banques centrales. Mais on voit bien alors le phénomène de récupération de la technologie au profit des tiers de confiance traditionnels. La *blockchain* deviendra un nouvel outil à leur service. Cela montre bien la faculté de résistance du droit des affaires traditionnel. Le même constat peut être dressé face à la tentative de s'attaquer au droit des titres financiers qui sont au cœur de la vie des sociétés.

⁷ Voir le dossier « Monnaie », *RD bancaire et fin.* 2019, sous la dir. de B. Bréhier, Dossier 30.

⁸ H. de Vauplane, « Les défis juridiques du *Libra* et plus généralement des crypto-monnaies », *RD bancaire et fin.* 2020, Etude 2.

⁹ Voir le dossier « Actifs numériques », *RD bancaire et fin.* 2020, Dossier 9.

B. Une alternative aux instruments financiers

Le phénomène connu sous le nom de « tokenisation » se donne pour ambition de rendre tout actif liquide par l'émission de jetons. Ces derniers constituent une nouvelle catégorie de biens créés en opposition aux titres financiers classiques. Il faut mesurer l'attaque (1) et apprécier la riposte (2).

1. L'attaque

Avec la tokenisation, il s'agit clairement de promouvoir une nouvelle catégorie d'actifs qui se développent en marge de la catégorie consacrée des instruments et des titres financiers¹⁰. Il s'agit de retrouver une marge de liberté lors de l'émission et de la revente sur un marché secondaire. Il s'agit aussi de consacrer des actifs conférant des droits inédits et composés à leurs titulaires. Il faut en effet distinguer les *utility tokens* et les *security tokens*.

L'attaque a en partie été couronnée de succès dans la mesure où, en France et dans beaucoup de pays, la catégorie des jetons est officiellement consacrée. Ils constituent en droit français la seconde catégorie de la famille des actifs numériques. Les opérations permettant leurs émissions, les ICOs, sont également encadrées.

Il est encore prématuré pour juger des conséquences de cette offensive. Déjà, des voix s'élèvent pour contester une telle consécration¹¹. Il aurait peut-être été préférable d'adapter le droit existant plutôt que d'introduire un cheval de Troie ! Mais la riposte s'organise.

2. La riposte

La faculté de résistance du droit des affaires classique est importante. C'est qu'il a fait ses preuves et n'est donc pas forcément prêt pour accueillir des mécanismes perturbateurs peu éprouvés et source de risques potentiels mal déterminés.

La riposte prend plusieurs formes.

D'abord, la loi PACTE précise clairement qu'elle ne s'applique pas aux jetons qui sont des instruments financiers. L'assimilation est faite aux instruments financiers. Or, en pratique, la distinction se révélera souvent délicate. Ainsi aux Etats-Unis, la SEC requalifie volontiers en titres financiers les jetons pour les soumettre au droit commun des marchés financiers.

Ensuite, la loi Pacte procède à la soumission à un régime impératif les jetons qui ne sont pas des instruments financiers. La marge de liberté sera donc réduite.

¹⁰ T. Bonneau, « La notion d'actifs numériques autres que les cryptomonnaies », *Banque et droit* mai-juin 2020, p. 16. ; M. Julienne, « Les actifs numériques entre droit et technologie », *BJB* janv-fév. 2020, p. 64.

¹¹ F. Drummond, « Loi Pacte et actifs numériques », *BJB* juill. 2019, p. 60.

Enfin, il y a adaptation du droit des titres financiers à cette évolution contemporaine. Ainsi, l'ordonnance du et son décret d'application du 23 décembre 2018 permettent-ils l'inscription et la transmission de titres financiers sur la *blockchain*. Le nantissement de titres financiers est également rendu possible par cette voie. Après la dématérialisation des titres, une nouvelle étape est rendue possible par la digitalisation et la *blockchain*. Les praticiens semblent s'être appropriés cette technologie et des sociétés proposent déjà de gérer les registres de sociétés non cotées par cette voie.

Une nouvelle fois, la *blockchain*, d'hostile à l'origine, va ainsi se mettre au service du droit des affaires.