

ICO : de la disruption technologique à la contractualisation des relations juridiques

Alexandre QUIQUEREZ

Maître de conférences en droit privé

Vice-Doyen en charge des études

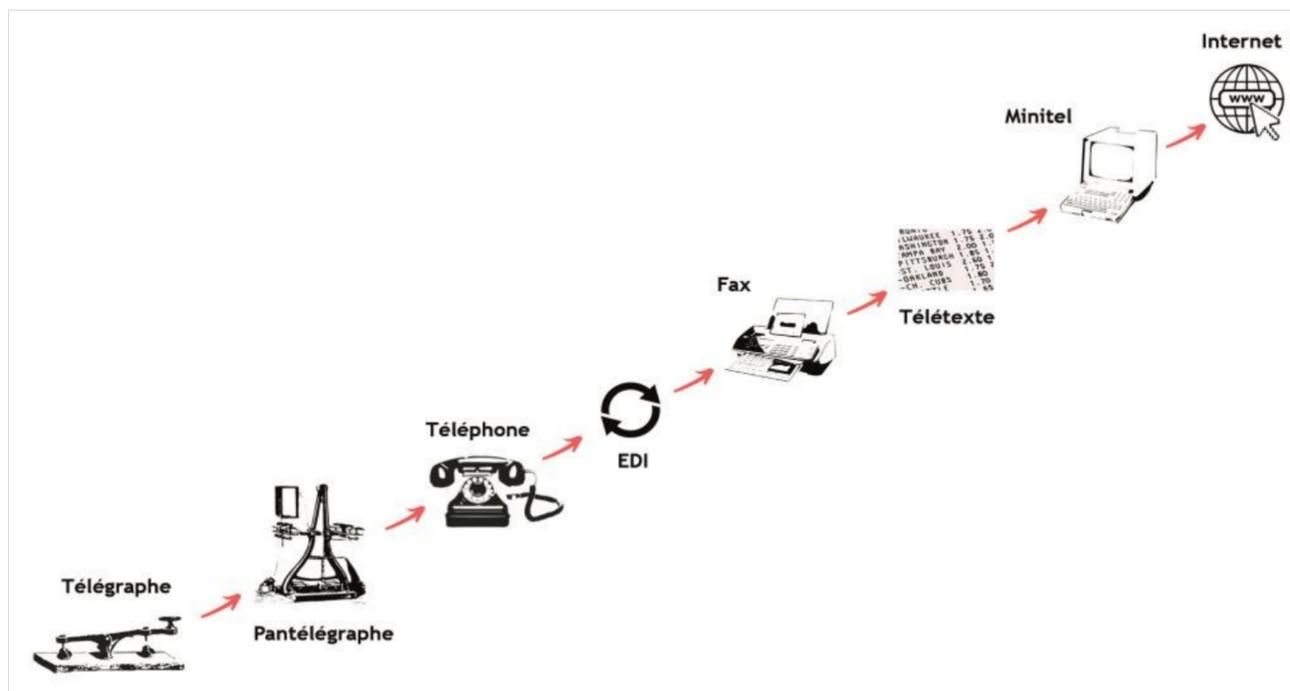
Université Lumière Lyon 2

Docteur en droit de l'Université du Luxembourg et de l'Université de Poitiers

Laboratoire de recherches Droits, Contrats, Territoires (EA 4573)

Introduction

Le néologisme « Fintech » vient s'ajouter aux nombreux autres se rapportant à différents secteurs : Legaltech, Assurtech, Medtech, Foodtech... Si ce terme, contraction de « *Financial* » et de « *Technology* »¹, pouvait déjà se rencontrer dans des publications financières américaines dans les années 1970², il ne s'est popularisé que dans les années 2010. Au confluent de la finance et des technologies digitales, la Fintech englobe toute une variété d'innovations technico-financières. Comme exemples de Fintech, nous pouvons mentionner le télégraphe, le pantélégraphe, l'échange de données informatisé (EDI), le fax, le Télétex, sans oublier le Minitel !³ Autant de moyens de communication qui étaient utilisés par les banquiers et les investisseurs et qui montrent que, si la Fintech est un terme d'apparition récente, elle ne renvoie pas à une nouveauté du XXI^e siècle. Reste qu'il est des techniques, comme les ICO, qui connaissent un développement prometteur tout en suscitant des questions juridiques nombreuses et impliquant des matières variées.



¹ Legeais D. (ss dir), « L'apport des Fintech au droit bancaire », RDBF janv. 2017, dossier 2, parties 1 et 2 ; Caprioli E. A. (ss dir.), *Banque et assurance digitale*, RB édition, 2017 ; Philippon Th., « L'opportunité de la FinTech », *Revue d'économie financière*, 2017/3, n° 127, p. 173.

² Schueffel P., « Taming the Beast : A Scientific Definition of Fintech », *Journal of Innovation Management*, 2016, n° 4, p. 32.

³ Dès 1984, Cetelem permettait de demander un crédit à la consommation par le biais du Minitel.

L'acronyme ICO – pour *Initial Coin Offering* en anglais – est apparu à partir des États-Unis dans les années 2010, avant de se diffuser sur le plan mondial. L'ICO désigne l'offre au public de jetons (« *tokens* » en anglais), laquelle est généralement réalisée au moyen d'une chaîne de blocs, plus communément désignée sous le terme anglais « *blockchain* »⁴. Les ICO permettent à une entreprise, qui est le plus souvent une start-up, de récolter de l'argent. Les investisseurs achètent les jetons avec de la monnaie « officielle » (euros, dollars, etc.) ou des crypto-monnaies (bitcoin, ether, etc.). Une fois l'ICO terminée, la société peut utiliser l'argent qu'elle a récolté ou échanger les jetons qu'elle a reçus contre de la monnaie officielle.

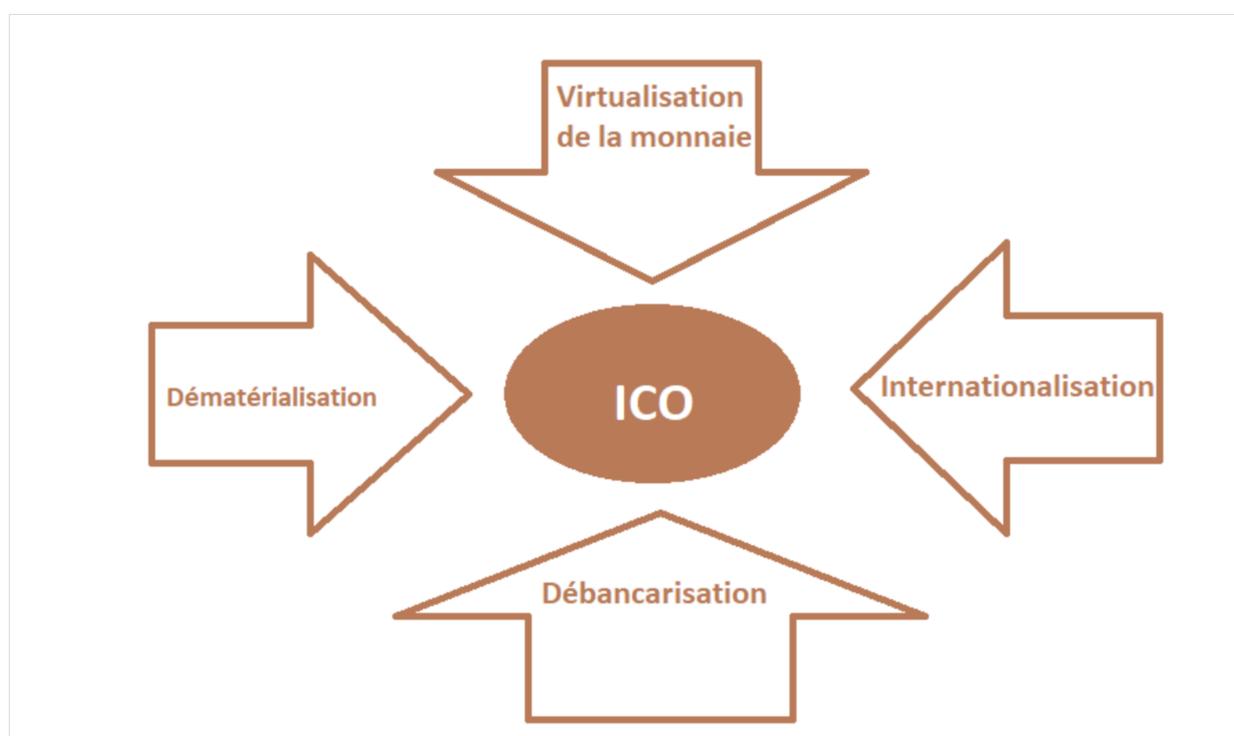
Les ICO présentent des similitudes avec certaines techniques de financement. D'abord, avec les offres au public de titres financiers⁵ (en anglais : IPO – *Initial Public Offering*), puisque l'utilisation d'Internet permet de cibler le public. Ensuite, les ICO ressemblent au financement participatif, puisqu'il s'agit également d'utiliser une plateforme Internet pour trouver des financeurs. Une variante d'ICO est dite *Initial Exchange Offering* (IEO). Ce type d'opération consiste à émettre des jetons sur une plateforme d'échange de jetons. La société gestionnaire de la plateforme vérifie que le projet est sérieux et organise la vente et l'échange des jetons auprès des utilisateurs de la plateforme.

Les ICO ont fait irruption dans le paysage financier mondial dans un contexte favorable :

- Une dématérialisation forte des relations économiques et sociales, laquelle ne se confond pas exactement, nous semble-t-il, avec la digitalisation. Cette dernière repose sur des technologies continuant de reposer largement sur des objets matériels et faisant appel au sens du toucher, comme le montre l'usage de *smartphones* ou de tablettes. Les biens matériels restent indispensables pour lire, écrire, accepter et payer, mais tendent à faire office de simples vecteurs d'accès à des biens incorporels ; mais, demain, pourra-t-on payer ou emprunter par simple commande vocale ?
- Une internationalisation croissante, qui permet de cibler un public d'internautes ou d'investisseurs on ne peut plus large ;
- Une « virtualisation » de la monnaie, en ce sens où les monnaies officielles se trouvent concurrencées par des moyens de paiement reposant sur des crypto-monnaies. Avec les ICO, des investisseurs financent les entreprises en achetant des jetons, une boucle économique serait bouclée en permettant massivement aux consommateurs d'acheter des produits en crypto-monnaies ;
- Un phénomène de « débanquarisation », c'est-à-dire le fait que les entreprises ne se financent plus forcément auprès des banques. En réalité, une « rebanquarisation » peut s'observer, étant donné que les banques peuvent intervenir à divers titres, notamment en étant investisseurs dans ce marché.

⁴ Les opérations sur les jetons sont enregistrées et peuvent être consultées par les utilisateurs de la plateforme, selon les modalités propres à chaque ICO et type de jeton.

⁵ Art. L. 411-1 du Code monétaire et financier.



Pour l'entreprise, les avantages de recourir à une ICO résident dans la faculté de se financer au niveau international et de se bâtir une image moderne. Du côté des investisseurs, ils peuvent souvent bénéficier d'un accès privilégié au service proposé par l'entreprise financée, mais il s'agit surtout pour eux de devenir propriétaires d'un bien incorporel – le jeton – qu'ils pourront revendre afin d'en tirer une plus-value, ou bien l'utiliser pour obtenir un produit ou un service.

Depuis ces dernières années, le droit des affaires est confronté à de nouvelles technologies, parfois qualifiées de « disruptives », tant elles bouleversent les modèles économiques et les usages technologiques. Notre propos sera cependant de montrer que les règles et techniques juridiques les plus classiques, particulièrement en droit des contrats, continuent de trouver un terrain fertile d'application. Compte tenu de la diversité des pratiques, nous prendrons appui sur un exemple spécifique afin d'étayer notre propos. Cette illustration permettra de montrer que le droit commun conserve une place qu'il ne faut pas négliger.

L'exemple retenu est celui de l'opération portée par la société DomRaider, souvent présentée comme la première entreprise française ayant pratiqué, en septembre 2017, une levée de fonds par ce moyen, à travers sa crypto-monnaie, le DRT (DomRaider Token). Créée en 2013, DomRaider est une SAS établie à Clermont-Ferrand. Elle est spécialisée dans le « *drop-catching* », qui consiste en l'enregistrement automatisé de noms de domaine expirés. La société achète des noms de domaines, puis les revend aux enchères à ses clients qui les lui ont demandés. En trois mois seulement, la start-up parvint à lever 6,9 millions d'euros (sur les 35 millions espérés à l'origine du projet) en vendant des DRT au prix de vente unitaire de 0,10 euros afin de créer une plateforme décentralisée dédiée aux enchères en temps réel sur une chaîne de blocs. L'acquisition de DRT était réservée aux personnes physiques ou morales agissant dans le cadre de leurs activités professionnelles. Les acquéreurs étaient localisés dans 117 pays différents⁶. La vente des jetons a permis à DomRaider de financer la croissance de ses activités et le développement de la chaîne de blocs dédiée aux enchères électroniques. Les DRT servent de moyen de paiement sur les sites d'enchères de DomRaider, lesquels utilisent une chaîne de blocs, et sont échangeables sur les places de marché de crypto-monnaies.

⁶ Information délivrée dans des communiqués de presse de la société.

Dans le monde des affaires électroniques, le contrat apparaît comme un mot qu'il faut bannir de l'information et des documents mis à la disposition des internautes, tant le droit tend aujourd'hui à être souvent appréhendé par nombre d'entrepreneurs comme une source de contraintes et comme étant peu adapté à la modernité et à l'agilité du « digital ». Le livre blanc d'une « petite » ICO va jusqu'à prétendre que « les informations contenues dans ce document peuvent ne pas être exhaustives et n'impliquent ni ne constituent aucune relation contractuelle »⁷, alors que le document de livre blanc comporte de nombreuses obligations, et ce, surtout à la charge des internautes.

En février 2018, lors de la publication d'une synthèse des résultats d'une consultation publique, l'Autorité des marchés financiers (AMF) avait annoncé son souhait de poursuivre le travail relatif à la définition d'un cadre juridique spécifique aux ICO. Il s'agirait notamment de rendre obligatoire un document d'information pour renseigner les acheteurs de *tokens* sur le projet de financement et les droits conférés par les *tokens*. Le gouvernement a pris en compte les réflexions de l'AMF en proposant un cadre juridique applicable à certaines ICO. Ainsi, la loi dite Pacte⁸, en référence au plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, a instauré un régime des offres au public de jetons qui a été intégré au sein du Code monétaire et financier.

Quel regard un juriste peut-il porter sur les contrats d'ICO et quelles analyses peut-il en dégager ?⁹ Notre propos s'efforcera de montrer que les ICO n'entraînent ni disparition du contrat, ni disruption du droit. Ainsi présenterons-nous le contrat, comme support essentiel des ICO (I), puis le droit applicable aux contrats d'ICO (II).

I. Le contrat comme support essentiel des ICO

L'internaute est-il amené à conclure un contrat lorsqu'il participe à une ICO ? On connaît l'enjeu : le contrat crée des obligations à la charge des parties, au-delà de simples devoirs moraux (A). Une réponse positive nous amènera à nous interroger sur la catégorie juridique du contrat entrant en jeu (B).

A. L'existence d'un contrat

Les documents mis à disposition de l'investisseur sont généralement les suivants : un document appelé « livre blanc » (« *white paper* »), et des conditions générales, fréquemment intégrées dans le livre blanc.

Le terme de « livre blanc » ne renvoie pas à une réalité précise. Le juriste connaît surtout ce mot comme visant le document publié par la Commission Européenne et contenant des propositions d'action sur une question particulière. En tout cas, ce terme est étranger au droit des contrats. Le site Wikipedia, dont on sait qu'il est une source d'informations très employée et influente, en fournit la définition suivante : « un livre blanc est un

⁷ Opération lancée sur cinemawell.com.

⁸ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

⁹ Également pour des propositions d'approche contractuelle, avant la loi Pacte : Choné-Grimaldi A.-S., « Les contraintes du droit des obligations sur les opérations d'ICO », D. 2018, p. 1171 ; Legeais D., « Regards sur une opération juridique non identifiée : les ICOs », Dalloz IP/IT, 2018, p. 113.

type de Littérature grise prenant la forme d'un rapport ou guide destiné à présenter des informations concises sur un sujet complexe tout en présentant la philosophie de l'auteur sur le sujet. Il a généralement pour objectif de faciliter ou d'orienter la prise de décision du lecteur sur le sujet, et est utilisé aussi bien au niveau institutionnel que commercial ». Les propos qui suivront permettront de nuancer que ce document serait un simple rapport ou guide.

La loi Pacte est venue encadrer le livre blanc, sans le nommer tel quel. L'article L. 552-4 du Code monétaire et financier vise, en vue de l'obtention du visa de l'AMF, l'établissement d'« un document destiné à donner toute information utile au public sur l'offre proposée et sur l'émetteur ». Il ajoute que « ce document d'information et les communications à caractère promotionnel relatives à l'offre au public présentent un contenu exact, clair et non trompeur et permettent de comprendre les risques afférents à l'offre ».

Rappelons que l'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». L'article 1110 distingue le contrat de gré à gré du contrat d'adhésion, le premier étant « celui dont les stipulations sont négociables entre les parties » ; le second étant « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

La seule référence dans le livre blanc à l'usage de *smartcontracts* (signifiant littéralement en français « contrats intelligents ») ne permet pas de donner au document son vêtement contractuel, puisque les *smartcontracts* sont de simples programmes informatiques permettant d'automatiser l'exécution du contrat d'acquisition du jeton¹⁰. Pour autant, le livre blanc se prête particulièrement bien à la notion de contrat et spécialement à celle de contrat d'adhésion, même si cela n'apparaît pas de façon manifeste à la lecture de ce type de document.

D'abord, le livre blanc constitue un accord de volontés entre la société émettrice et l'internaute, même si son contenu n'est pas négociable. Ensuite, ce document a vocation à créer des obligations, tant à la charge de l'émetteur que de l'internaute. Reprenons ces deux éléments :

- un accord de volontés entre la société émettrice et l'internaute : ce dernier doit généralement cliquer sur une case à cocher précisant qu'il a lu le livre blanc pour manifester son acceptation ;
- cet accord de volontés crée des obligations : ainsi qu'on le verra, l'émetteur des jetons s'engage notamment à transférer la propriété des jetons, tandis que l'internaute doit en payer le prix. Le livre blanc précise et détaille les différentes obligations contractuelles de chaque partie.

Il nous apparaît néanmoins que les livres blancs sont des documents au contenu hétérogène, certaines parties n'ayant pas la valeur de contrat. Il en va ainsi de la présentation des activités de l'entreprise et du projet d'ICO, dont on pourrait toutefois tirer des informations importantes, ne serait-ce que pour interpréter une clause obscure ou ambiguë. Ce type d'informations n'est pas sans évoquer le contenu de préambules de certains contrats d'affaires, mais elles sont plus détaillées. Surtout, les livres blancs s'apparentent aux prospectus communément mis à disposition des investisseurs dans des titres financiers. Il s'agit dans les deux cas d'informer les investisseurs sur les caractéristiques de l'opération et les facteurs de risques. Les livres blancs,

¹⁰ Gillioz F., « Du contrat intelligent au contrat juridique intelligent », Dalloz IP/IT, 2019, p. 16 ; Mekki M., « Le smart contract objet de droit (partie 1) », Dalloz IP/IT 2019, p. 27 ; Roda J.-C., « Smart contracts, dumb contracts ? », Dalloz IP/IT, 2018, p. 397.

comme les prospectus, permettent aux entreprises ou émetteurs d'assurer pleinement leur obligation d'information précontractuelle. Sur le plan formel, les livres blancs se veulent beaucoup moins techniques et moins juridiques, agréables à lire. Ils se présentent en partie comme des outils de communication marketing.

La présentation de la structure du projet de DomRaider permet de se rendre compte de la diversité du contenu du livre blanc.

Avertissement préalable (exclusion des consommateurs et des investisseurs américains)

Présentation du marché visé par l'émetteur

Présentation de son activité de *drop catching*

Présentation des partenariats (notamment avec des banques)

Présentation des technologies blockchain et *smartcontracts*

Présentation du projet à financer

Chronologie du projet

Présentation du processus d'enchères

Présentation de l'affectation des bénéfices issus de l'ICO

Présentation des membres

Plan financier

Documents comptables

Conditions générales

Restrictions à la vente

Avertissement général

Risques

La dimension contractuelle du livre blanc apparaît au grand jour lorsqu'il contient des conditions générales, ce qui est normalement le cas. Les ICO sont une émanation du commerce électronique, lequel se présente comme le terrain d'élection des conditions générales. DomRaider a choisi d'intégrer directement ses conditions générales dans le livre blanc. Celui-ci prend d'ailleurs le soin de préciser que « Les CGV sont un contrat conclu entre le Client et DomRaider pour les besoins de l'Opération Commerciale. En cliquant sur "Je certifie avoir pris connaissance et accepté expressément les présentes Conditions Générales de Vente", le Client accepte et reconnaît qu'il conclut un contrat ayant force obligatoire avec DomRaider et s'engage à le respecter ». Ces conditions générales sont régies par le nouvel article 1119 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Le livre blanc correspond à la notion de document contractuel. Celle-ci doit être appréhendée de façon très large, suivant la définition de Françoise Labarthe : ce sont des documents « qui contribuent à la formation ou à la réalisation du contrat et, qui engagent à titre d'élément de celui-ci »¹¹. En effet, les conditions générales, les diverses clauses qui peuvent être intégrées au fil du contenu du livre blanc, les informations précontractuelles font partie intégrante du contrat, sont soumises à des conditions de validité et engagent les parties à l'ICO si elles sont valables et licites.

Le constat de l'existence d'un contrat étant acquis, reste à déterminer sa nature juridique.

B. La qualification juridique du contrat

La qualification juridique est, comme on le sait, une opération intellectuelle indispensable pour connaître la nature juridique exacte du contrat et pour pouvoir rattacher ce dernier à un régime juridique déterminé. Le travail de qualification juridique est constamment mis au défi des pratiques innovantes du monde des affaires et des nouvelles technologies.

Au sein du cadre juridique instauré par la loi Pacte pour les ICO, le législateur emploie l'expression « offre au public de jetons », qui n'est pas sans rappeler la notion bien connue en droit financier d'« offre au public de titres financiers »¹². Le rapprochement est ainsi opéré, mais les deux opérations se distinguent par leurs objets. En effet, la loi Pacte évite de qualifier les jetons de titres financiers. L'exposé des motifs indique que « en particulier, la plupart de ces jetons ne répondent pas aux éléments de définition des titres financiers. Cette situation a pour avantage de laisser libre cours à l'innovation ». Le jeton est défini par « tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits, pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien »¹³.

La loi Pacte ne précise pas la nature du contrat faisant l'objet de l'offre, ce qui laisse la question de la qualification sans réponse. En matière de titres financiers, qu'il s'agisse notamment d'actions ou d'obligations, le Code monétaire et financier¹⁴ ainsi que la pratique font référence au « contrat de souscription de titres financiers ». Ce contrat est désormais bien connu et fait l'objet de règles contenues tant dans le Code de commerce que dans le Code monétaire et financier.

La qualification de contrat de souscription de titres financiers est à première vue séduisante, étant donné que l'ICO est souvent présentée comme étant une opération de financement, très proche d'une offre au public de titres financiers. Le nouveau régime juridique français est incorporé dans le Code monétaire et financier et, par ailleurs, emploie les termes d'émetteur et de souscripteur de jetons, ce qui relève de la terminologie financière. L'internaute participant à une ICO est fréquemment appelé *investisseur*. Pour autant, en l'état du droit français, les jetons n'entrent pas dans l'énumération des instruments financiers de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier. L'on sait toutefois que le droit s'adapte constamment aux évolutions

¹¹ Labarthe F., *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. Bibl. dr. pr., 1994, p. 6.

¹² Art. L. 411-1 du Code monétaire et financier.

¹³ Art. L. 552-2 du Code monétaire et financier.

¹⁴ Art. L. 225-143 du Code de commerce.

commerciales et technologiques, et que les listes légales ne sont jamais figées. D'ailleurs, la pratique a déjà créé des *security tokens*, lesquels sont des jetons reproduisant les caractéristiques de titres de capital, en attribuant à l'acheteur des droits de participer à la vie de la société et/ou d'intéressement aux profits futurs générés par l'entreprise. Aux États-Unis, la Securities and Exchange Commission (SEC) considère que les *tokens* présentant les caractéristiques des titres financiers sont des *securities* et relèvent de sa compétence¹⁵. Plus généralement, dans la mesure où les jetons font l'objet d'opérations de spéculation, le rapprochement avec les titres financiers apparaît naturel.

Comme le distingue l'OCDE¹⁶, il existe trois types de jetons :

- les jetons de paiement : ils servent à payer diverses opérations ;
- les jetons d'investissement : ils sont adossés à l'émission de titres financiers, qui sont en pratique principalement des titres de capital, mais pourraient également être des titres d'emprunt ;
- les jetons d'utilité : ils confèrent à leurs détenteurs un droit d'accès à des services ou produits futurs, mais déterminés.

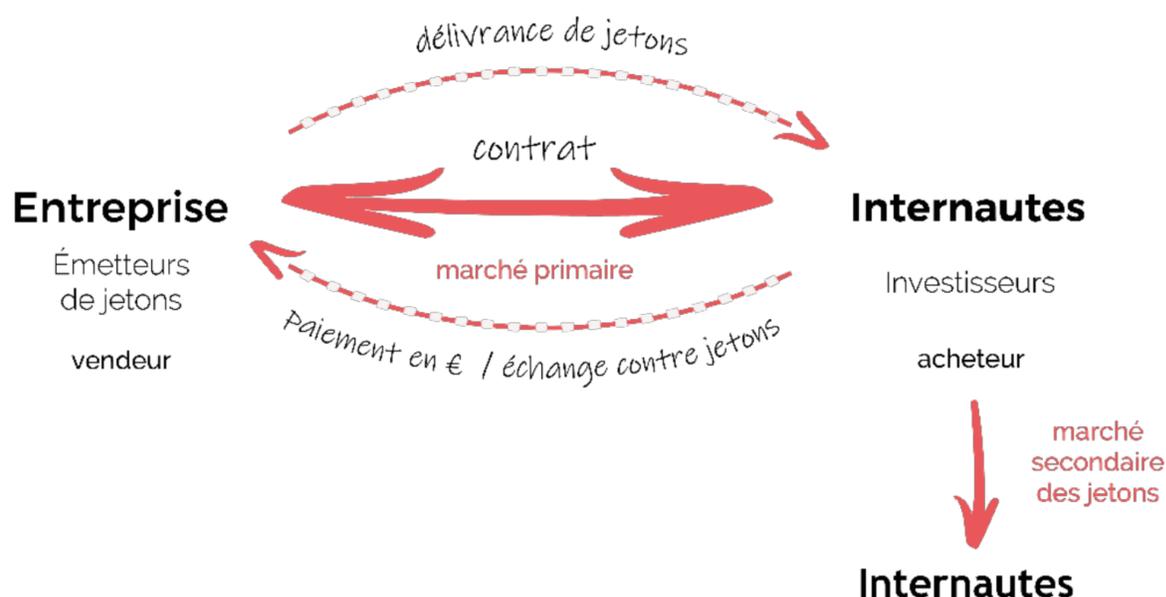
Dans le cas de DomRaider, l'opération ne ressortit pas d'une souscription de titres financiers. En effet, le livre blanc de DomRaider énonce que « Le Client reconnaît donc avoir pleine et entière conscience que les jetons ne sont en aucune manière assortis de droits de propriété, de droits de vote ou de droits à dividendes. Ils ne constituent pas des parts de la société DomRaider ni de tout autre actif assimilable ». On peut lire aussi que « la documentation a été rédigée en adoptant les principes de la réglementation boursière de manière à ce que les souscripteurs soient en mesure de comprendre les risques liés à cette opération, comme l'exige la réglementation boursière, bien qu'il ne s'agisse pas d'une vente de titres ou d'instruments financiers ».

Parmi les contrats nommés du Code civil, la vente se présente comme étant le contrat a priori le plus proche de celui permettant d'obtenir des ICO : c'est la « convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer »¹⁷. Les obligations caractéristiques de ce contrat sont doubles : il faut à la fois un transfert de propriété d'un bien et le paiement d'un prix. Il nous semble que le contrat de vente peut parfaitement porter sur des jetons, lesquels sont des biens incorporels. Pour reprendre un terme cher aux financiers et comptables, il s'agit d'actifs, que l'on qualifie parfois « d'actifs numériques » ou encore « d'actifs cryptographiques ». Cette qualification se conçoit bien lorsque l'investisseur achète les jetons grâce à de l'argent officiel. C'est ainsi que les jetons de DomRaider étaient vendus à 10 centimes d'euro à l'unité. Ces biens incorporels récents sont d'abord créés par les programmeurs informatiques, avant de revêtir une valeur économique qui est largement tributaire des usages et de la perception de ses utilisateurs quant à leur utilité et valeur d'échange.

¹⁵ <https://www.sec.gov/ICO>

¹⁶ OCDE, *Études économiques de l'OCDE : France*, avr. 2019, p. 68.

¹⁷ Art. 1582, al. 1, du Code civil.



L'instruction du 6 juin 2019 sur la procédure et l'établissement d'un document d'information devant être déposé auprès de l'AMF en vue de l'obtention d'un visa sur une offre au public de jeton impose d'être précis sur la description des contrats jalonnant l'ICO. Le plan-type du document d'information, figurant en annexe II, prévoit une rubrique « caractéristiques de l'offre de jetons », contenant notamment des informations sur la « description des étapes précédant l'offre (émission pré-offre et vente privée) ».

La nature juridique de vente se retrouve sur le plan fiscal, lorsqu'une personne physique revend son jeton. En effet, la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 a prévu un régime d'imposition des plus-values réalisées à l'occasion de cessions à titre onéreux – autrement dit de ventes – d'actifs numériques¹⁸.

Cependant, la qualification de vente doit être écartée lorsque l'internaute acquiert ces jetons grâce à d'autres jetons. Dans ce cas de figure, la qualification de contrat d'échange a pu être avancée¹⁹. Il est vrai qu'il s'agit, au sens de l'article 1702 du Code civil, d'un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose (un jeton) pour une autre (un autre jeton). L'article 1707 dudit code renvoie pour une large part aux règles du contrat de vente, si bien que l'intérêt de la distinction entre les deux contrats paraît théorique.

De plus, pour les jetons d'usage, outre un transfert de propriété (des jetons), l'émetteur des ICO s'engage à certaines obligations de faire, qui consistent le plus souvent à permettre au propriétaire des jetons d'accéder à certains services (qui sont immatériels). Ces obligations de faire sont caractéristiques des contrats de prestations de services. La présence de ces obligations de faire ne nous semble pas disqualifier le contrat portant sur le jeton de contrat de vente. Une analogie est possible avec les jetons de casino, de jeux ou manèges : le joueur acquiert la propriété du jeton, ce qui attribue un droit d'utiliser les jetons pour participer aux jeux. Reste que l'acquisition du jeton est un objet accessoire par rapport à la participation au jeu, puisque,

¹⁸ Art. 150 VH bis, du Code général des impôts

¹⁹ Vamparys X., *La Blockchain au service de la finance*, RB éditions, 2018, p. 114.

par exemple, on achète un jeton de casino principalement pour participer aux jeux de hasard ; la qualification de contrat de jeu doit alors aussi intervenir lorsque le jeton est utilisé.

D'un point de vue pratique, la rédaction d'un document contractuel, qui serait appelé *conditions générales de vente* (CGV), nous paraîtrait tout à fait justifiée. Il s'agit typiquement de contrats d'adhésion, car ces conditions générales sont déterminées à l'avance par l'émetteur et soustraites à la négociation. Une « prévente » peut par ailleurs être organisée afin de tester l'attractivité de l'ICO auprès des internautes, tester la plateforme techniquement et recueillir les premiers actifs.

Les conditions générales incluses dans le livre blanc de DomRaider présentent l'opération d'ICO de la façon suivante : « L'Opération Commerciale objet des présentes a pour objet la mise en vente de jetons virtuels, les "DomRaider Tokens" (les "DRT"). Le propriétaire des jetons est la personne pouvant exécuter une transaction de manière cryptographique, sous réserve d'acceptation de cette transaction par le réseau Ethereum. Ces jetons permettront à leurs propriétaires l'accès au réseau DomRaider d'enchères, une fois celui-ci développé, crée et mis en place. En aucun cas les DRT ne peuvent être utilisés comme mode de paiement ou d'échange au titre des autres services et prestations proposés par ailleurs par DomRaider ». Le livre blanc mentionne également que « Les tokens émis sont assortis d'une "obligation de faire" à la charge de DomRaider, à savoir développer une blockchain publique de ventes aux enchères ». Ainsi, ces conditions générales prennent parti sur la qualification juridique de l'opération dite commerciale ; il s'agit d'une « mise en vente de jetons virtuels ».

Comme on le voit, la qualification de vente ne permet pas d'appréhender de façon complète les spécificités du contrat en cause. La combinaison d'un contrat de vente avec une ou plusieurs prestations de faire forme une convention complexe. Une qualification globale (unitaire) de la relation contractuelle doit-elle prévaloir sur une qualification distributive (mixte) ? De façon générale, la première a le mérite de la simplicité et de se concentrer sur la prestation essentielle ou caractéristique de la relation contractuelle. La seconde permet de mieux rendre compte des différentes facettes de l'opération. De notre point de vue, une qualification distributive est ici préférable : la nature juridique de la relation contractuelle ne saurait se réduire ni au contrat de vente, ni au contrat de prestations de services. Les obligations de faire caractéristiques de ces contrats nous semblent suffisamment indépendantes et détachables pour appliquer le régime juridique propre au contrat faisant l'objet du litige.

En définitive, les ICO reposent généralement et principalement sur des contrats de vente et, éventuellement et accessoirement sur des contrats de prestations de services. Le recours à la notion de contrat *sui generis*, qui manifeste toujours un échec de qualification au regard des catégories de contrats nommées par le droit, ne se justifierait pas. De même, l'existence du modèle contractuel de la vente écarte le contrat de la qualification de contrat d'investissement ou de contrat de crédit. Il en ressort que le monopole bancaire sur l'activité de crédit à titre habituel²⁰ n'est pas en cause. Ce qui est souvent présenté comme une opération de levée de fonds, et qui devrait reposer sur un contrat de financement, repose en réalité sur des ventes et prestations de services, contrats bien connus du droit civil.

²⁰ Art. L. 511-5 du Code monétaire et financier.

II. Les règles juridiques applicables aux contrats portant sur des ICO

La qualification de contrat entraîne de nombreuses conséquences sur le plan du droit applicable. Le droit des affaires s'applique aux contrats portant sur des ICO (A), de même que le droit civil (B).

A. Les règles de droit des affaires

En premier lieu, le droit financier vient s'appliquer aux pratiques d'ICO. Parmi de nombreuses nouveautés en droit des affaires, la loi Pacte a instauré un régime juridique pour les offres au public de jetons. Ce régime s'inscrit dans la volonté des pouvoirs publics de faire de la France une place de tout premier plan en matière de Fintech et de développer l'innovation financière tout en protégeant les investisseurs²¹.

Dans cette perspective, l'AMF peut délivrer un visa aux personnes morales établies ou immatriculées en France qui souhaiteraient émettre des jetons pour le financement d'un projet ou d'une activité, sous réserve qu'ils respectent certaines règles. Les émetteurs doivent établir un document d'information (le livre blanc en pratique) destiné à donner toute information utile au public sur l'offre et l'émetteur. L'émetteur des jetons doit être constitué sous la forme d'une personne morale établie ou immatriculée en France, et doit mettre en place tout moyen permettant le suivi et la sauvegarde des actifs recueillis dans le cadre de l'offre. L'AMF se voit confier le soin d'examiner les documents d'information élaborés par les émetteurs de jetons en amont de leur offre.

Contrairement à l'offre au public de titres financiers, l'obtention d'un visa de l'AMF est optionnelle. Les émetteurs de jetons ne sont en effet pas obligés de solliciter un visa. S'ils ne le font pas, leur offre de jetons n'en sera pas moins valable ; ils devront cependant se conformer aux dispositions encadrant le démarchage²² et la publicité²³ en matière d'offre de jetons.

Ce régime de visa optionnel ne s'adresse qu'aux offres de jetons portant sur des jetons d'usage (« *utility tokens* »), c'est-à-dire des jetons conférant, à leur détenteur, le droit d'utiliser des biens ou services. À l'inverse, si les jetons peuvent être qualifiés de titres financiers²⁴, notamment parce qu'ils confèrent des droits financiers et politiques à leurs détenteurs, ils relèveront de la réglementation « prospectus »²⁵, et devront, sauf cas d'exemption, donner lieu à la publication par l'émetteur d'un prospectus impérativement visé par l'AMF.

Les émetteurs de jetons ayant obtenu un visa optionnel de l'AMF figureront sur une liste publiée par l'AMF sur son site Internet qui identifiera les émetteurs ayant obtenu un visa de l'AMF²⁶. De même, l'AMF publiera une liste « noire », comprenant notamment le nom des émetteurs qui se seraient vu retirer leur visa ou de

²¹ Le Moign C., *ICO françaises : un nouveau mode de financement ?*, AMF, nov. 2018.

²² Art. L. 341-1 du Code monétaire et financier, tel que modifié par la loi Pacte.

²³ Art. L. 222-16-1 du Code de la consommation, tel que modifié par la loi Pacte.

²⁴ Art. L. 211-1 du Code monétaire et financier.

²⁵ Règlement (UE) n° 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé, et abrogeant la directive 2003/71/CE.

²⁶ À ce jour (29 septembre 2020), il n'existe que deux offres de jetons ayant obtenu un visa de l'AMF, signe du faible engouement pour la pratique pour cette « option juridique ».

toute personne qui se serait prévalué à tort de l'obtention d'un visa de l'AMF. Ces informations ont vocation à éclairer les investisseurs potentiels sur les offres au public de jetons présentant certaines garanties.

Les ICO sont susceptibles de susciter de la méfiance de la part des établissements bancaires, en raison du fait qu'il leur est difficile de respecter les dispositifs de lutte contre le blanchiment d'argent pour les opérations de placement et de paiement portant sur des crypto-actifs. Afin de faciliter l'accès des émetteurs de jetons au circuit bancaire classique, le législateur a prévu que les établissements de crédit devaient mettre en place des règles objectives, non discriminatoires et proportionnées pour permettre aux émetteurs de jetons ayant obtenu un visa de l'AMF d'obtenir un compte bancaire²⁷.

Le régime proposé par le législateur dans la loi Pacte relève du droit financier et s'apparente à une « loi dispositive » : ce régime n'est en effet pas impératif, ni supplétif de volonté (il ne s'applique pas à défaut d'exclusion par les parties), mais offre un choix au profit de l'entreprise émettrice des ICO.

Il apparaît que la loi Pacte entend poser des règles relevant du droit des affaires, et plus spécifiquement du droit financier, et non pas du droit des contrats. Les relations contractuelles entre les différentes parties aux opérations d'ICO, particulièrement entre l'émetteur et l'internaute, ne sont pas abordées. Il ressort que le droit commun conserve donc sa place en matière d'ICO.

En revanche et en second lieu, le droit de la consommation ne va pas forcément s'appliquer. Les ICO reposent sur une offre au public, mais qui peut être restreinte à un cercle d'investisseurs. C'est ainsi que le livre blanc de DomRaider signale que « la participation à l'ICO est réservée aux personnes physiques ou morales agissant dans le cadre de leurs activités professionnelles. Toute personne physique agissant à titre non professionnel comme simple consommateur au sens de la directive européenne n° 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs est exclue de l'ICO ». À cet égard, les ICO s'écartent du financement participatif, puisque celui-ci est normalement ouvert à tout internaute.

B. Les règles de droit civil

Le droit commun des contrats s'applique aux opérations d'ICO, tout comme le droit des contrats spéciaux, en particulier le droit de la vente. C'est ainsi que la garantie des vices cachés de l'article 1641 du Code civil nous semble applicable, ce qui pourrait recouvrir le cas par exemple d'un virus informatique attaché au jeton. On note aussi que la qualification de vente est importante en matière de loi applicable puisque, selon l'article 4, 1., a) du règlement Rome I²⁸, « le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ».

Dans la mesure où la loi Pacte est lacunaire sur les aspects contractuels et où le contrat prend une place centrale dans les rapports unissant les parties, le principe de la liberté contractuelle a vocation à s'appliquer pleinement.

²⁷ Art. L. 312-23, al. 2 du Code monétaire et financier.

²⁸ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

Quelques clauses, classiques dans les contrats d'affaires, doivent être envisagées et paraissent particulièrement importantes en matière d'ICO :

Clauses relatives aux obligations des parties

Clauses de déclarations et garanties ²⁹

Clause d'obligation d'information ³⁰

Clauses de diligences sur la lutte anti-blanchiment ³¹

Clause de compensation ³²

Clause de propriété intellectuelle ³³

Clause de protection des données personnelles

Clause exonératoire de responsabilité ³⁴

Clause de force majeure

Clause pénale ³⁵

Clause de résolution unilatérale

Clauses relatives aux jetons

Clause de prévente ³⁶

Clause de restriction à la vente ³⁷

Clause de cessibilité des jetons

²⁹ L'investisseur doit se prémunir du risque d'escroquerie, qui peut par exemple se manifester par la collecte de fonds par une entité suivie de sa disparition immédiate.

³⁰ Le client doit informer l'émetteur et répondre à ses demandes d'information.

³¹ Cette clause est absente du livre blanc de DomRaider, mais se retrouve dans les opérations de financement participatif.

³² La clause est formulée de la façon suivante dans le livre blanc de DomRaider « Les Parties se réservent le droit de recourir à la compensation légale ou conventionnelle des créances ».

³³ Il est stipulé que DomRaider demeure seule et exclusive titulaire de tous les droits de propriété intellectuelle, industrielle et savoir-faire attachés aux jetons, documents, données.

³⁴ Cette clause est très développée et se retrouve à plusieurs endroits ; « Le Client ne pourra en particulier pas se prévaloir auprès de DomRaider de toute perte éventuelle de ses jetons à l'issue d'une erreur de quelque nature survenue au cours du transfert, celui-ci se déroulant sans aucune possibilité de maîtrise ni de contrôle par DomRaider ». DomRaider déclare n'être tenue qu'à une obligation de moyens.

³⁵ « En cas de manquement par le Client à l'une de ses obligations et après une mise en demeure adressée par lettre recommandée restée infructueuse pendant 15 jours francs à compter de son envoi, il est dû par le Client au titre d'une clause pénale une indemnité forfaitaire égale au tiers du montant global de la Commande, sans préjudice à la mise en application des autres clauses acceptées aux présentes ».

³⁶ Cette clause prévoit une phase de prévente de jetons, avec indication du volume et des dates ; les jetons sont alors vendus généralement à un prix préférentiel afin de tester l'opération auprès des internautes.

³⁷ Cette clause interdit aux consommateurs ainsi qu'aux internautes résidant aux États-Unis d'acheter les jetons.

Clause de réserve de propriété ³⁸

Clauses relatives aux contentieux ³⁹

Clause sur le juge compétent

Clause sur la loi applicable

Clauses relatives au contrat

Clause d'intégralité ⁴⁰

Clause d'avenant ⁴¹

Clause de divisibilité du contrat

Clause d'interprétation

Clause d'évolution législative

Clause de langue ⁴²

Ces clauses se trouvent dans les conditions générales de l'ICO de DomRaider. Certaines clauses sont très classiques en matière de contrat de vente, à l'exemple de la réserve de propriété.

Le droit des contrats s'applique aux opérations commerciales effectuées en ligne, les ICO n'échappant pas à ce constat. La nouveauté des ICO et le discours marketing qui y est souvent associé pourraient donner l'impression que le droit des contrats s'avérerait superflu ; en réalité, il n'en est rien. Au contraire, l'importance et la spécificité des risques liés aux ICO imposent une gestion de ces risques par le contrat. On comprend le légitime besoin des opérateurs de bénéficier d'une souplesse juridique. Il convient cependant de ne pas oublier que le contrat est le support fondamental et indispensable des relations juridiques. Sur un plan très pratique, on ne peut que réprover toute attitude consistant à rejeter l'idée comme le mot de contrat. Ne serait pas non plus admissible le fait de noyer le contrat dans un ensemble plus vaste afin de « perdre » la partie cocontractante, ou bien encore de prévoir une clause permettant à l'entreprise de modifier unilatéralement le contenu du contrat ou de renvoyer simplement au contenu des pages – au demeurant facilement modifiables – du site Internet.

³⁸ DomRaider conserve l'entière propriété des jetons commandés jusqu'au paiement intégral et effectif du prix convenu avec le Client.

³⁹ Les stratèges d'ICO recommandent souvent que, pour réussir une ICO, une stratégie de ciblage international doit être menée, ce qui conduit à accepter que l'argent provienne de différents pays et que la plateforme Internet contienne des pages traduites en plusieurs langues.

⁴⁰ Les clauses du livre blanc prévalent sur tout autre document émanant du client ou de DomRaider.

⁴¹ « Toute dérogation aux présentes CGV devant faire l'objet d'un accord exprès entre les Parties ».

⁴² Cette clause précise quelle version linguistique fait foi.

Conclusion

La technologie, mais aussi la terminologie employée par les opérateurs, se veulent être disruptives. Mais ces technologies reposent-elles sur des techniques juridiques révolutionnaires ? Il ne faut pas oublier que, en leur temps, l'apparition d'Internet (à propos duquel certains non-juristes évoquaient naguère un « vide juridique »), et de certaines pratiques innovantes dans la vie des affaires, ont aussi suscité des défis quant à leur compréhension et appréhension par le juriste. Finalement, il nous apparaît que les ICO ne sont, d'un point de vue juridique, pas aussi disruptives qu'on pourrait le croire, étant donné qu'elles reposent sur des techniques juridiques, en particulier contractuelles, et des règles juridiques en bonne partie bel et bien éprouvées. La loi Pacte mêle une approche de droit civil (concept de biens incorporels) avec une terminologie de droit financier (offre au public, émetteurs, visa) afin d'ancrer les ICO dans le droit privé. Le droit des contrats ne doit pas également être négligé. Finalement, les ICO ne s'insèrent pas tant dans du droit prospectif, que dans le droit positif. Il n'en demeure pas moins que le législateur, et plus largement les régulateurs, qu'ils soient nationaux ou européens⁴³, sont confrontés à la nécessité d'encadrer de façon spécifique et adéquate ces nouvelles techniques exploitant des actifs incorporels en plein développement.

⁴³ La commission des affaires économiques et monétaires du Parlement européen a proposé, dans le cadre de la proposition de règlement sur le crowdfunding, de réguler certaines ICO : *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) for Business*, 8 mars 2018.