



Assemblée générale

Distr. générale
12 mai 2020
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-troisième session
New York, 6-17 juillet 2020

Questions juridiques liées à l'économie numérique – les actifs numériques

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Contexte	2
II. Qu'est-ce qu'un actif numérique ?	2
III. Acteurs	6
IV. Régimes juridiques	6
A. Droit des contrats	6
B. Droit des biens	7
C. Droit des valeurs mobilières	10
D. Droit des sûretés	10
E. Droit des instruments et documents négociables	10
F. Droit de l'insolvabilité et autres lois	10
G. Pistes de réflexions pour la Commission	11
V. Évaluation préliminaire des textes pertinents de la CNUDCI	11
A. Textes sur le commerce électronique	11
B. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises	12
C. Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières	12
D. Textes sur l'insolvabilité	13
E. Résumé	14



I. Contexte

1. On observe actuellement un changement dans la manière dont la valeur économique est détenue dans l'économie numérique. Les actifs numériques jouent un rôle de plus en plus important dans le commerce, où ils sont utilisés comme objet de commerce ou de services commerciaux, comme méthode de paiement, comme garantie pour obtenir un financement, comme moyen de placement, comme article consommable dans les opérations commerciales et comme outil pour améliorer les processus opérationnels. Dans un rapport récemment publié par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), il est noté que les actifs numériques permettent de tirer parti des technologies émergentes et de leurs applications et qu'ils offrent donc un certain nombre d'avantages aux entreprises, notamment des gains d'efficacité grâce à l'automatisation et à la désintermédiation, à la transparence et à une compensation et un règlement plus rapides et potentiellement plus efficaces. On y note aussi que les actifs numériques pourraient aider à réduire les obstacles à l'investissement et à améliorer l'accès au financement pour les petites et moyennes entreprises¹.

II. Qu'est-ce qu'un actif numérique ?

2. Il n'existe pas de définition communément acceptée du terme « actif numérique », lequel peut avoir différentes dénominations². Dans son sens habituel, ce terme désigne un ensemble de données, stockées électroniquement, qui sont utiles ou qui ont une valeur.

3. Dans la loi uniforme sur l'accès des fiduciaires aux biens numériques³, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada définit le terme « bien numérique » de manière similaire comme un « document créé, enregistré, transmis ou stocké sur support numérique ou autre support immatériel par un moyen électronique, magnétique ou optique ou autre moyen similaire »⁴. Dans son commentaire sur la définition, elle note que celle-ci couvre : i) tout renseignement stocké sur ordinateur ou autre dispositif numérique ; ii) le contenu téléchargé vers des sites Web, allant des photos aux documents ; et iii) tout droit à des biens numérisés, comme des noms de domaine ou des droits numériques à des jeux en ligne ou à du matériel créé en ligne. De même, dans la version révisée de la loi sur l'accès fiduciaire uniforme aux actifs numériques, la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws des États-Unis d'Amérique définit un « actif numérique » comme étant « un document électronique sur lequel une personne a un droit ou un intérêt »⁵. Dans son commentaire sur la définition, elle note que ces actifs peuvent être « des jeux en ligne

¹ OECD, *The Tokenisation of Assets and Potential Implications for Financial Markets*, OECD Blockchain Series, 2020, p. 7, 16 et 17.

² Les actifs numériques sont parfois appelés « crypto-actifs » en référence aux techniques cryptographiques utilisées pour authentifier les opérations faisant intervenir un actif numérique. Ils sont également parfois appelés « jetons ».

³ Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Loi uniforme sur l'accès des fiduciaires aux biens numériques (2016)*, disponible à l'adresse https://ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_fr/2016chlc0006.pdf.

⁴ Cette définition s'inspire de la définition du terme « électronique » figurant dans la loi uniforme sur le commerce électronique adoptée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.

⁵ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015) with Prefatory Note and Comments*, disponible à l'adresse www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-40?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdff22&tab=librarydocuments.

des photos, de la musique numérique ou des listes de clients » et « avoir une réelle valeur économique ou sentimentale »⁶.

4. Pris dans son sens habituel, le terme « actifs numériques » est une notion déjà bien connue en droit. Ainsi, un actif numérique est essentiellement un « message de données » au sens de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et un « document électronique » au sens de la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques⁷.

5. Toutefois, certains types d'actifs numériques ont été identifiés comme ayant une valeur économique particulière, tout en bouleversant les cadres juridiques existants, à savoir :

a) Les actifs numériques qui représentent une valeur intrinsèque en raison des règles du système dans lequel ils existent. Ils sont parfois appelés jetons de « paiement » et se présentent souvent sous la forme de **cryptomonnaies** ; et

b) Les actifs numériques qui représentent une valeur en raison de leur lien avec un bien corporel ou incorporel du « monde réel » notamment des marchandises (ou des droits sur des marchandises), des créances et d'autres droits, ce lien étant établi par les règles du système dans lequel ils existent. Ce bien connexe est parfois appelé « exogène » du fait qu'il existe *en dehors* – ou indépendamment – du système dans lequel existe l'actif numérique. On peut aussi le qualifier de « jetonisé » par référence à l'actif numérique (c'est-à-dire au jeton) auquel il est lié. Par conséquent, le processus d'émission de ces jetons est appelé « jetonisation » des actifs⁸ et les jetons émis sont appelés « **jetons adossés à des actifs** »⁹. Ce type d'actif numérique se présente souvent sous la forme de ce que certains appellent un jeton de « sécurité » ou d'« investissement » qui entend représenter un droit de participation aux bénéfices d'une entreprise donnée. Il peut aussi prendre la forme de jeton « d'utilité », lequel entend représenter le droit d'utiliser un service fourni sur une plateforme qui accepte ces jetons.

6. Le présent document porte principalement sur ces deux types d'actifs numériques, c'est-à-dire les actifs numériques sous forme de **cryptomonnaies** et les actifs numériques sous forme de **jetons adossés à des actifs**.

7. Il a été proposé que la caractéristique juridiquement importante qui distingue ces actifs numériques des messages de données ou des documents électroniques est leur *négociabilité*, en ce sens que le système électronique dans lequel ils sont stockés permet le *transfert* de l'actif numérique en échange d'une contrepartie. Il a également été proposé que ce qui rend un actif numérique équivalent à un bien meuble corporel est le fait qu'il existe dans un système ou une plateforme qui a) permet de le *contrôler*, en ce sens qu'il peut être contrôlé par une personne identifiable (ce contrôle pouvant être transféré à une autre personne) et b) garantit son *unicité*, en ce sens qu'il peut être identifié de manière unique, ou ne peut être reproduit afin d'éviter la multiplicité. Ainsi, les caractéristiques fondamentales de ces actifs numériques coïncident avec les

⁶ Le commentaire explique que le « droit ou intérêt » que la personne détient sur les documents électroniques doit être un « droit de propriété réel ou autre ». Si, contrairement à la loi uniforme canadienne, l'existence d'un droit de propriété réel ou autre est une caractéristique fondamentale d'un actif numérique, la définition ne répondrait pas à la question de savoir si les actifs numériques sont l'objet de droits de propriété (voir par. 14 à 21 ci-dessous).

⁷ L'article 2 de la Loi type sur le commerce électronique indique que le terme « message de données » désigne « l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues », tandis que l'article 2 de la Loi type sur les documents transférables électroniques indique que le terme « document électronique » désigne « l'information créée, communiquée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, y compris, au besoin, toute l'information logiquement associée ou autrement jointe au document de façon à en devenir partie, qu'elle soit créée simultanément ou non ».

⁸ Voir OCDE, *The Tokenisation of Assets and Potential Implications for Financial Markets*, OECD Blockchain Series, 2020.

⁹ Voir Cristina Cuervo, Anastasiia Morozova et Nobuyasu Sugimoto, « Regulation of Crypto Assets », FinTech Notes, n° 19/03 (Washington, Fonds monétaire international, décembre 2019).

caractéristiques de la notion de « document transférable électronique » telle que définie dans la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques¹⁰.

8. Les actifs numériques peuvent être pris en charge par différentes technologies et méthodes. Ils peuvent exister dans des systèmes centralisés (par exemple, des registres centralisés de titres dématérialisés ou une plateforme de jeu acceptant les jetons de paiement virtuels). Sous cette forme, ils ne sont pas un phénomène nouveau. Plus récemment, avec la technologie du registre distribué, les actifs numériques peuvent exister dans des systèmes décentralisés, où l'utilisation de mécanismes de consensus offrent une garantie d'unicité et permettent de résoudre le problème dit de la « double dépense »¹¹. Bien que les actifs numériques pris en charge par la technologie du registre distribué retiennent actuellement beaucoup l'attention à l'échelle mondiale, ils ne devraient pas, en raison du principe de neutralité technologique, être le seul sujet de discussion.

9. Plusieurs pays ont adopté une législation qui définit les types d'actifs numériques visés dans le présent document. Si nombre de ces législations traitent des actifs numériques à des fins réglementaires (par exemple, dans les domaines de la fiscalité, de la lutte contre le financement du terrorisme et des services financiers)¹², certaines d'entre elles traitent des aspects des actifs numériques relevant du droit privé. Par exemple :

a) Au Bélarus, le décret présidentiel n° 8 de 2017 sur le développement de l'économie numérique confère aux résidents du parc de haute technologie de Minsk le droit de posséder des « jetons », qui sont eux définis comme « un document dans un registre de blocs de transactions (chaîne de blocs) ... qui vérifie que le propriétaire d'un signe numérique (jeton) a des droits sur des objets de droit civil et/ou est une cryptomonnaie »¹³. Cette définition englobe donc non seulement les cryptomonnaies mais aussi les jetons adossés à des actifs ;

¹⁰ Voir article 10-1, qui prévoit qu'un document transférable électronique satisfait à l'exigence d'un document ou instrument transférable papier si, entre autres, une méthode fiable est utilisée pour : i) identifier ce document électronique comme le document transférable électronique ; ii) faire en sorte que ce document électronique puisse faire l'objet d'un contrôle depuis sa création jusqu'au moment où il cesse de produire des effets ou d'être valable ; et iii) préserver l'intégrité de ce document électronique. Voir également l'article 17-3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui prévoit une « garantie d'unicité » afin de permettre l'utilisation de documents de transport électroniques : *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996, avec le nouvel article 5 bis tel qu'adopté en 1998* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.99.V.4), par. 115.

¹¹ Le problème de la « double dépense » est lié au fait que les messages de données peuvent être reproduits et que, sans tiers « de confiance » centralisé, le même message de données peut être envoyé à plusieurs destinataires de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer de manière fiable l'ordre dans lequel les messages ont été envoyés.

¹² Voir, par exemple, en France, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, qui porte modification du Code monétaire et financier, afin d'établir un régime réglementaire pour les opérateurs fournissant des services sur actifs numériques. L'article L. 54-10-1 du Code modifié définit les actifs numériques comme étant i) des jetons à l'exclusion de ceux remplissant les caractéristiques d'instruments financiers, et ii) des cryptomonnaies. L'article L. 552-2 définit un « jeton » comme « 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 ». Voir également les modifications apportées en 2019 à la loi japonaise sur les services de paiement afin de modifier notamment certaines des lois sur le règlement de fonds en réponse à la diversification des transactions financières liée aux progrès des technologies de l'information et de la communication.

¹³ Décret du Président de la République du Bélarus n° 8 du 21 décembre 2017 sur le développement de l'économie numérique clauses 2.1 et 2.2 et clause 12 de l'annexe 1. Une traduction anglaise non officielle de cette loi est disponible à l'adresse <http://law.by/document/?guid=3871&p0=Pd1700008e>.

b) Au Liechtenstein, une loi a été adoptée en 2019 afin d'établir un cadre juridique pour les transactions en jetons numériques¹⁴. Celle-ci définit un « jeton » comme un élément d'information (c'est-à-dire une donnée) dans un système de transaction utilisant une « technologie fiable » qui « peut représenter des créances ou des droits accordés à des membres à l'égard d'une personne, des droits réels ou d'autres droits absolus ou relatifs. » Il a été fait remarquer que la loi se fonde sur un modèle de « conteneur » dans lequel les jetons sont apparentés à des conteneurs « remplis » de droits. Bien que la définition vise principalement les jetons adossés à des actifs, la loi s'applique également aux cryptomonnaies, qui sont assimilées à des jetons ou encore des conteneurs « vides ». La loi mentionne le système de transaction en termes technologiquement neutres, en utilisant l'expression « technologie fiable » pour désigner des « technologies qui garantissent l'intégrité des jetons et qui permettent de les attribuer clairement et d'en disposer. » Elle ne mentionne pas les registres distribués ni la technologie de la chaîne de blocs¹⁵ ;

c) Aux États-Unis, dans l'État du Wyoming, une loi sur les actifs numériques¹⁶ a été adoptée en 2019 afin que ceux-ci entrent dans le champ d'application de la loi sur les opérations garanties de cet État¹⁷. Elle définit un actif numérique comme « une représentation des droits économiques, réels ou d'accès qui est stockée dans un format lisible par ordinateur et qui englobe les biens de consommation numériques, les titres numériques et les monnaies virtuelles »¹⁸.

10. L'un des enseignements à tirer de cette évolution est qu'il est possible d'élaborer des lois qui régissent les aspects des actifs numériques intéressant le droit privé et qui respectent le principe de la neutralité technologique¹⁹.

¹⁴ Liechtenstein, loi du 3 octobre 2019 sur les jetons et les prestataires de services technologiques fiables, *Liechtensteinisches Landesgesetzblatt*, vol. 2019, n° 301 (2 décembre 2019). Une traduction anglaise de cette loi est accessible à l'adresse : www.regierung.li/media/medienarchiv/950_6_08_01_2020.pdf?t=2.

¹⁵ Comme le note un rapport du Gouvernement sur le projet de loi, « pour éviter que cette loi ne devienne obsolète d'un point de vue technique et que son champ d'application soit limité dans quelques années, un libellé technologiquement neutre du terme « chaîne de blocs » est très important » : *Report and Application of the Government to the Parliament of the Principality of Liechtenstein concerning the Creation of a Law on Tokens and TT Service Providers (Tokens and TT Service Provider Act; TVTG) and the Amendment of Other Laws*, n° 54/2019, 7 mai 2019 (une traduction anglaise est disponible à l'adresse : https://impuls-liechtenstein.li/wp-content/uploads/2019/11/054_Report-and-Application_TVTG_extract.pdf, par. 52).

¹⁶ États-Unis, *Wyoming Statutes*, sect. 34, chap. 29, art. 101 a) i).

¹⁷ Code de commerce uniforme, art. 9, tel qu'adopté dans le Wyoming : Statuts du Wyoming, Section 34.1.

¹⁸ États-Unis, *Wyoming Statutes*, sect. 34, chap. 29, art. 101 a) i).

¹⁹ En Australie, dans le mémorandum explicatif accompagnant un projet de loi visant à introduire le concept de « monnaie numérique » comme équivalent de monnaies étrangères aux fins de la législation sur la taxe à la consommation, il a été noté que, si les cryptomonnaies prennent actuellement la forme d'« actifs numériques sécurisés par la cryptographie fonctionnant au moyen d'un registre distribué automatisé, consensuel et public qui enregistre et valide les transactions (souvent sous la forme d'une chaîne de blocs) », il y avait « un risque important que toute définition basée sur l'architecture actuelle des cryptomonnaies ne devienne obsolète si de nouveaux moyens techniques émergent » : Treasury Laws Amendment (2017 Measures No. 6) Bill 2017, Explanatory Memorandum.

III. Acteurs

11. L'utilisation d'actifs numériques fait généralement intervenir les personnes suivantes :

- a) La personne qui administre le système dans lequel l'actif numérique existe²⁰ ;
- b) La personne qui détient l'actif numérique (notamment le cédant et le cessionnaire dans le cas d'un transfert) ;
- c) Toute personne pour le compte de laquelle l'actif numérique est détenu (par exemple, si l'actif numérique est détenu par un intermédiaire tel qu'un fournisseur de services d'échange ou de « portefeuille » de cryptomonnaies, dans le cas d'actifs numériques basés sur la technologie du registre distribué) ;
- d) Si l'actif numérique se présente sous la forme d'un jeton adossé à un actif, la personne à l'égard de laquelle les droits représentés par le jeton sont exigibles (par exemple, le débiteur ou la contrepartie).

IV. Régimes juridiques

A. Droit des contrats

12. Les règles du système (ou de la plateforme) permettent la création et l'échange des actifs numériques pris en charge. Ces règles sont codées dans le logiciel nécessaire au fonctionnement du système et reposent sur une base contractuelle moyennant un accord entre l'administrateur du système et la personne titulaire de l'actif numérique. Dans certains systèmes décentralisés qui fonctionnent avec des logiciels libres (par exemple, les systèmes de registres distribués « sans permission »), le seul contrat serait l'accord conclu avec l'utilisateur final l'autorisant à utiliser le logiciel. Dans d'autres systèmes, y compris ceux centralisés, le contrat peut avoir un caractère plus normatif sur les questions relatives à l'administration du système. L'administration des plateformes en ligne, notamment les modèles visant à structurer les relations entre les opérateurs des plateformes et les utilisateurs, n'est pas examinée dans le présent document²¹.

13. Un actif numérique est généralement transféré conformément à un contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire. De même, le transfert d'un actif exogène auquel l'actif numérique est rattaché sera normalement effectué conformément à un contrat (par exemple, un contrat de vente ou une convention constitutive de sûreté). Un contrat peut également avoir été conclu entre la personne qui détient l'actif numérique et la personne pour le compte de laquelle l'actif numérique est détenu (par exemple, une convention de dépôt).

²⁰ Certains systèmes de registres distribués fonctionnent sans l'intervention d'un administrateur qui en autorise l'accès ou les transactions (appelés respectivement systèmes « publics » ou « sans permission »). Mais même dans ces cas de figure, la personne qui fournit le logiciel nécessaire au fonctionnement du système pourrait être considérée comme l'administrateur. Comme indiqué au paragraphe 12, l'administration des plateformes en ligne n'est pas examinée dans le présent document.

²¹ Comme indiqué dans le document A/CN.9/1012 (par. 34 et 35), il est proposé que le Secrétariat poursuive ses travaux exploratoires sur les questions juridiques liées à l'utilisation des plateformes en ligne, notamment les divers modèles de fonctionnement et les structures juridiques utilisées pour ces plateformes.

B. Droit des biens

1. Actifs numériques sous forme de cryptomonnaies

14. L'une des principales questions juridiques intéressant les actifs numériques, en particulier ceux qui se présentent sous la forme de cryptomonnaies, est de savoir s'ils font l'objet de droits de propriété (droits réels). Si les régimes applicables aux biens varient considérablement selon les systèmes juridiques, il semble que la plupart d'entre eux ne considèrent pas un actif numérique comme un objet de droits réels. La question se pose donc de savoir si les actifs numériques doivent être traités comme des objets de droits réels, et en particulier si les droits connexes conférés par le droit des contrats sont insuffisants pour les protéger. Une autre question qui se pose est liée aux caractéristiques que doivent posséder les actifs numériques pour être traités comme tels (sachant qu'ils sont essentiellement un ensemble de messages de données, les aspects qui relèvent du droit des biens sont abordés dans le deuxième additif (A/CN.9/1012/Add.2)). Le présent additif examine quant à lui principalement le système dans lequel l'actif numérique existe et les technologies et méthodes utilisées.

15. Dans de nombreux pays de droit civil, comme indiqué dans le deuxième additif, les biens immatériels ne peuvent pas faire l'objet de droits réels. Par exemple, au Japon, en vertu de l'article 85 du Code civil, le régime du droit des biens prévu au chapitre IV ne s'applique qu'aux biens « corporels ». Dans une décision de 2015, le tribunal de district de Tokyo a confirmé que les bitcoins ne pouvaient pas être considérés comme un « bien matériel » aux fins du Code civil²².

16. En Chine, l'article 127 des dispositions générales du droit civil prévoit que les « biens virtuels en réseau » peuvent être protégés par la loi, mais ne les reconnaît pas expressément comme des objets de droits réels, ni ne donne de définition. Selon un observateur, cette disposition fournit la base juridique nécessaire pour formuler à l'avenir des règles juridiques et les améliorer et, de manière plus générale, les biens virtuels en réseau comprennent non seulement le réseau lui-même, mais aussi les documents électroniques du réseau, comme les comptes et matériels de jeux en ligne, les courriers électroniques et les cryptomonnaies²³.

17. En Chine, la pratique judiciaire récente montre que les cryptomonnaies peuvent être protégées par le droit des biens. Dans une décision de 2019 concernant une demande d'indemnisation pour dommages suite à la fermeture d'un échange de cryptomonnaies, le tribunal de Hangzhou chargé des affaires ayant trait à Internet a renvoyé à l'article 127 des dispositions générales du droit civil, quant au fond, et décidé que les bitcoins faisaient l'objet de droits réels en vertu de la législation chinoise²⁴. Il a estimé que, pour faire l'objet de droits réels, une cryptomonnaie devait avoir une valeur, être limitée en nombre et contrôlable, et que les bitcoins tout comme d'autres jetons et cryptomonnaies possédaient chacune de ces caractéristiques.

18. En Fédération de Russie, les modifications apportées en 2019 au Code civil ont introduit la notion de « droits numériques » en tant qu'objets de droits civils²⁵. La notion elle-même est définie à l'article 141.1 du Code civil comme des actions et autres droits, dont le contenu et les conditions de réalisation sont déterminés par les règles d'un système d'information conforme aux exigences de la loi. Elle semblerait

²² Tribunal de district de Tokyo, *ZI c. Mt Gox Co. Ltd*, affaire n° 33320 de 2014, décision du 5 août 2015.

²³ Zhang Xinbao, *Commentary on the General Provisions of the Civil Law* (2017, Renmin University Press).

²⁴ *Wu Qingyao c. Shanghai Yaozhi Network Technology Co., Ltd. et Zhejiang Taobao Network Co., Ltd.*, décision du 18 juillet 2019, disponible à l'adresse wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=80e226dbb0f041529c43aa9b00a11445.

²⁵ Fédération de Russie, loi fédérale n° 34-FZ du 18 mars 2019 portant modification des parties 1, 2 et de l'article 1124 de la partie 3 du Code civil de la Fédération de Russie.

donc englober les jetons numériques et définir certains actifs numériques comme des objets de droits réels.

19. Au Liechtenstein, lors de l'élaboration de la loi de 2019 visant à établir un cadre juridique pour les transactions en jetons numériques, le Gouvernement s'est demandé si la loi devait être modifiée pour définir les jetons comme des objets de droits de propriété. Pour expliquer sa décision de ne pas le faire, il a déclaré qu'une telle modification « nécessiterait de profondes incursions dans le droit des biens, car de nombreuses dispositions devraient être réécrites » et ses conséquences juridiques devraient être examinées « très soigneusement », car « le droit des biens ne réglemente pas seulement la propriété des biens, mais aussi les biens immobiliers, les droits réels limités tels que les servitudes et les charges, ainsi que les hypothèques, et ainsi de suite ». Il a plutôt décidé d'établir un régime autonome régissant les droits de propriété des jetons pris en charge par une « technologie fiable »²⁶.

20. La question de savoir si les actifs numériques sous forme de cryptomonnaies sont des « biens » s'est récemment posée devant les tribunaux de plusieurs pays de *common law* :

a) Au Canada, dans une décision de 2018, la Cour suprême de Colombie-Britannique a rendu un jugement en référé visant à localiser des jetons d'éther dans le cadre de demandes de conversion (c'est-à-dire une demande pour interférence illicite avec des biens) et de détention illicite, chacune de ces demandes dépendant de l'existence d'une « marchandise ». Si la Cour a accordé le recours, elle a noté que la caractérisation correcte des cryptomonnaies était en l'espèce « une question centrale » et que « les preuves [étaient] inadéquates pour permettre d'y répondre » et qu'en tout état de cause, cette « question complexe n'avait pas encore été tranchée et ne pouvait l'être dans le cadre d'une demande de jugement en référé »²⁷ ;

b) À Singapour, les tribunaux ont récemment examiné la question dans le cadre de l'affaire *B2C2 Ltd. c. Quoine Pte. Ltd.* En première instance, le Tribunal de commerce international de Singapour a estimé que les droits de propriété pouvaient s'appliquer dans le cas des bitcoins, en s'appuyant à cet effet sur la déclaration faite par Lord Wilberforce dans l'affaire *National Provincial Bank c. Ainsworth* (aussi appelée l'affaire *Ainsworth*) devant la Chambre des Lords du Royaume-Uni selon laquelle un droit peut être revendiqué comme un « bien » s'il est « définissable, identifiable par des tiers, capable de par sa nature d'être transféré à des tiers, et s'il a un certain degré de permanence ou de stabilité »²⁸. En appel, la cour d'appel de Singapour a refusé de trancher la question, mais a déclaré que l'avis tendant à appliquer les caractéristiques générales des biens aux cryptomonnaies présentait certains avantages, tout en reconnaissant qu'il restait des questions difficiles à trancher quant au type de propriété concerné²⁹ ;

c) Au Royaume-Uni, la High Court of England and Wales a estimé dans une décision rendue en 2019 dans le cadre de l'affaire *AA c. X* que les bitcoins étaient des

²⁶ *Report and Application of the Government to the Parliament of the Principality of Liechtenstein concerning the Creation of a Law on Tokens and TT Service Providers (Tokens and TT Service Provider Act; TVTG) and the Amendment of Other Laws*, n° 54/2019, 7 mai 2019 (une traduction anglaise est disponible à l'adresse : https://impuls-liechtenstein.li/wp-content/uploads/2019/11/054_Report-and-Application_TVTG_extract.pdf, par. 57 et 58). Voir notamment art. 5, 6 et 9 de la loi.

²⁷ Canada : Cour suprême de la Colombie-Britannique, *Copytrack Pte. Ltd. c. Wall*, audience n° S183051, motivations orales de la décision, 12 septembre 2018, 2018 BCSC 1709.

²⁸ Tribunal de commerce international de Singapour, *B2C2 Ltd. c. Quoine Pte. Ltd.*, procès n° 7 de 2017, décision du 14 mars 2019, [2019] SGHC(I) 03, par. 142, citant la Chambre des Lords, *National Provincial Bank c. Ainsworth*, décision du 13 mai 1965, *Official Law Reports: Appeals Cases*, vol. 1965, n° 1, p. 1248.

²⁹ *Quoine Pte. Ltd. c. B2B2 Ltd.*, procédure en appel n° 81 de 2019, décision du 24 février 2020, [2020] SGCA(I) 02, par. 144.

biens aux fins de l'octroi d'une injonction de propriété visant à restreindre les transactions effectuées dans cette cryptomonnaie par un détenteur ultérieur³⁰ ; et

d) En Nouvelle-Zélande, la Haute Cour a estimé, dans une décision rendue en 2020 dans l'affaire *Ruscoe c. Cryptopia Limited (en liquidation)*, que diverses cryptomonnaies détenues par un échange de cryptomonnaies étaient des biens aux fins du droit des sociétés, et suggéré qu'elles pouvaient également être considérées comme des biens aux fins du *common law*³¹. Pour en arriver à cette conclusion, elle est partie du principe qu'en l'espèce, les cryptomonnaies « répondaient clairement » aux exigences énoncées par Lord Wilberforce dans l'affaire *Ainsworth*³².

21. Dans les trois dernières affaires mentionnées ci-dessus, le tribunal a fait référence à une déclaration juridique sur les actifs numériques et les contrats intelligents publiée en novembre 2019 par un groupe de travail du LawTech Delivery Panel créé par le Gouvernement du Royaume-Uni, le système judiciaire d'Angleterre et du pays de Galles et la Law Society of England and Wales³³. D'après cette déclaration, les actifs numériques possèdent toutes les caractéristiques des biens selon le *common law* anglais (comme l'avait noté Lord Wilberforce dans l'affaire *Ainsworth* et ultérieurement), à savoir qu'ils sont définissables, identifiables et transférables de par leur nature à des tiers, qu'ils possèdent un certain degré de sécurité, de permanence et de stabilité, qu'ils sont contrôlables, exclusifs et peuvent être cédés. De plus, les actifs numériques ne devraient pas être disqualifiés comme biens au seul motif qu'ils sont représentés par des données, et les tribunaux anglais ont par le passé été réticents à traiter l'information en soi comme un bien. À cet égard, il est fait remarquer que, dans le cas des actifs numériques, « ce n'est pas ce que les données vous disent mais ce qu'elles vous permettent de faire »³⁴. Dans l'affaire *AA c. X*, la High Court of England and Wales a noté que la déclaration juridique représentait « une déclaration exacte quant à la position adoptée dans le droit anglais »³⁵.

22. Aux États-Unis d'Amérique, certains commentateurs ont fait référence à la décision rendue en 2003 par la cour d'appel de la neuvième circonscription pour soutenir la proposition selon laquelle les cryptomonnaies faisaient l'objet de droits de propriété. Dans l'affaire *Kremen c. Cohen*, le tribunal a estimé que la demande de conversion soumise en vertu du droit californien s'appliquait aux objets incorporels – en l'occurrence, un nom de domaine – et s'est fondé sur un test en trois parties pour déterminer si un tel objet était doté d'un droit réel : i) l'intérêt doit pouvoir être décrit avec précision ; ii) il doit être possible de prendre possession de cet objet ou d'exercer un contrôle exclusif sur celui-ci ; et iii) le propriétaire présumé doit avoir fait une demande légitime d'exclusivité³⁶.

2. Actifs numériques sous forme de jetons adossés à des actifs

23. Concernant les actifs numériques qui se présentent sous forme de jetons adossés à des actifs, l'attention doit se porter non pas sur l'actif numérique lui-même mais sur l'actif exogène. Si l'existence de droits de propriété sur l'actif exogène lui-même ne pose pas problème (en effet, il est peu probable que l'actif lui-même soit un objet nouveau dans le domaine du droit des biens), il peut être difficile de déterminer si a) la détention du jeton peut conférer des droits sur l'actif exogène et b) le transfert du jeton à une autre personne peut légalement lui transférer les droits sur l'actif

³⁰ High Court of England and Wales, *AA c. Persons Unknown*, affaire n° CL-2019-000746, décision du 13 décembre 2019, *Weekly Law Reports*, vol. 2020, n° 4, [2019] EWHC 3556 (Comm).

³¹ *Ruscoe c. Cryptopia Limited (in liquidation)*, affaire n° CIV-2019-409-000544, décision du 8 avril 2020, [2020] NZHC 728.

³² *Ibid.*, par. 102.

³³ UK Jurisdiction Taskforce, « Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts », novembre 2019, disponible à l'adresse : https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf.

³⁴ *Ibid.*, par. 60.

³⁵ *AA c. Persons Unknown*, par. 61.

³⁶ *Kremen c. Cohen*, affaire n° 01-15899, décision du 25 juillet 2003, *Federal Reporter*, troisième série, vol. 493, p. 1030.

exogène. Ces questions ne relèvent pas seulement du droit des biens, mais aussi du droit régissant les instruments et documents négociables, qui est traité séparément ci-dessous (par. 27 et 28).

C. Droit des valeurs mobilières

24. Certains actifs numériques – notamment les jetons de sécurité ou d’investissement – sont censés conférer au détenteur des droits qui ressemblent aux types de droits conférés par des actions et autres titres d’investissement. En tant que tels, ces actifs numériques pourraient constituer des instruments d’investissement et relever des lois relatives à l’émission et à la négociation de titres d’investissement, ainsi que des lois sur la détention de titres, comme cela a été le cas dans plusieurs pays.

D. Droit des sûretés

25. Pour ce qui est des actifs numériques sous forme de cryptomonnaies, le détenteur souhaitera peut-être grever l’actif numérique (c’est-à-dire constituer une sûreté sur cet actif pour garantir le paiement ou l’exécution d’une autre obligation). Se pose donc la question de savoir si l’actif numérique peut être grevé en vertu du droit des sûretés. À cet égard, le champ d’application matériel de la loi sur les sûretés peut être lié au régime du droit des biens, de sorte que seuls des objets de droits réel peuvent être grevés³⁷. Se pose également la question de savoir si les dispositions du droit des sûretés – y compris les dispositions sur l’opposabilité et la réalisation de la sûreté – sont adaptées à l’utilisation des actifs numériques à titre de garantie.

26. Pour ce qui est des actifs numériques sous forme de jetons adossés à des actifs, le jeton peut prétendre représenter une sûreté sur l’actif exogène. Se pose donc la question de savoir si et comment la création et le transfert du jeton dans le système correspondent à la création et au transfert de la sûreté, et si et comment la sûreté est rendue opposable à l’égard du bénéficiaire du transfert de l’actif exogène.

E. Droit des instruments et documents négociables

27. Certains actifs numériques sous forme de jetons adossés à des actifs – en particulier ceux qui visent à représenter des droits à la livraison de marchandises ou à un paiement – peuvent ressembler à des instruments négociables tels que des lettres de change ou des billets à ordre ou à des documents négociables tels que des connaissements ou d’autres titres de propriété. Il convient donc de déterminer si les lois existantes régissant l’utilisation des instruments et documents négociables s’appliquent à ces actifs numériques, ce qui dépendra en grande partie de la question de savoir si ces lois s’appliquent dans un environnement électronique (question qui est traitée par l’adoption de la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques).

28. Si les lois existantes ne s’appliquent pas à ces actifs numériques, il est peu probable que les droits que le jeton est censé représenter aient des effets au-delà de la relation contractuelle entre la personne qui a émis le jeton et celle à qui le jeton a été initialement remis.

F. Droit de l’insolvabilité et autres lois

29. Une question qui se pose également est de savoir si les actifs numériques sous forme de cryptomonnaies font partie d’une masse de l’insolvabilité. Une complexité

³⁷ Par exemple, en Australie, la loi sur les opérations garanties s’applique aux « biens personnels » : *Personal Property Securities Act 2009*, sect. 10.

supplémentaire peut survenir lorsque l'actif numérique est détenu par un intermédiaire tel qu'une plateforme d'échange de cybermonnaies ou un fournisseur de services de « portefeuille » de cryptomonnaies.

30. D'autres régimes juridiques ayant des liens avec le droit des biens peuvent s'appliquer à l'utilisation d'actifs numériques, notamment le droit applicable aux successions, aux trusts et à la vente de biens. En outre, comme indiqué ci-dessus (par. 20), les actifs numériques soulèvent également des questions concernant la mise en œuvre de recours tels que la localisation civile d'avoirs³⁸.

G. Pistes de réflexions pour la Commission

31. L'utilisation d'actifs numériques soulève un certain nombre de questions juridiques – dont certaines fondamentales – dans des domaines du droit privé qui relèvent du mandat de la Commission. Comme l'a noté le Secrétariat dans sa note sur les questions juridiques liées à l'économie numérique (A/CN.9/1012, par. 29), les travaux qui pourraient être menés au sujet des récépissés d'entrepôt et des lettres de voiture ferroviaires donneraient l'occasion à la Commission d'examiner la question de la jetonisation des actifs dans des cadres concrets, en particulier des actifs qui se présentent sous la forme de jetons adossés à des actifs. En outre, les travaux futurs possibles sur la localisation et le recouvrement civils d'avoirs pourraient être l'occasion d'examiner le traitement juridique de ces actifs, en particulier du point de vue du droit des biens et du droit de l'insolvabilité. Compte tenu de ce plan de travail existant, il n'est pas proposé pour l'instant de poursuivre les travaux dans le cadre d'un projet autonome sur les actifs numériques. Mais plutôt, il est proposé que le Secrétariat continue de collaborer avec le secrétariat d'UNIDROIT dans le cadre du projet qu'il mène dans ce domaine, et essaie de recenser les travaux futurs qui pourraient être menés pour compléter les textes existants de la CNUDCI dans le cadre de son évaluation de ces textes (comme il est indiqué dans le document A/CN.9/1012, par. 13 et 32).

V. Évaluation préliminaire des textes pertinents de la CNUDCI

A. Textes sur le commerce électronique

32. Les actifs numériques sont essentiellement un ensemble de « messages de données » au sens de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et d'autres textes de la CNUDCI en la matière. Les règles énoncées dans la première partie de cette loi type concernant la reconnaissance juridique et la recevabilité des messages de données sont donc pertinentes pour faciliter l'utilisation des actifs numériques. Les règles énoncées dans la deuxième partie concernent également les actifs numériques sous forme de documents de transport électroniques. Les règles d'équivalence fonctionnelle prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques permettraient également de donner un effet juridique aux jetons censés constituer des instruments ou des documents négociables.

33. Lorsque la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a été élaborée, l'utilisation d'actifs numériques et en particulier la jetonisation des actifs n'étaient pas une pratique courante, comme il a été indiqué dans le présent document. Se pose donc la question de savoir si les règles d'équivalence fonctionnelle de la Loi type pourraient être adaptées de manière à établir l'équivalence entre les caractéristiques (ou fonctionnalités) supplémentaires des actifs numériques utilisés dans le cadre

³⁸ La CNUDCI a entrepris des travaux exploratoires sur la localisation et le recouvrement civils d'avoirs : voir <https://uncitral.un.org/en/assettracing>. Un colloque sur le sujet, organisé par le secrétariat de la CNUDCI et tenu au Centre international de Vienne le 6 décembre 2019, a conclu que la localisation et le recouvrement des avoirs numériques devraient être pris en compte dans les travaux futurs sur le sujet : A/CN.9/1008, par. 48 b).

d'activités commerciales et comme biens meubles corporels. Plus récemment, la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques, qui a été négociée en tenant compte de la jetonisation des actifs, est parvenue à le faire en ce qui concerne les actifs numériques qui se présente sous la forme de documents transférables électroniques. En effet, cette loi type pourrait être utile pour élaborer des règles harmonisées propres à faciliter les transactions impliquant des actifs numériques. Par ailleurs, compte tenu des caractéristiques prises en compte par les tribunaux de divers pays pour déterminer si des actifs numériques sous forme de cryptomonnaies pouvaient faire l'objet de droits réels (comme indiqué aux paragraphes 17 et 20 ci-dessus), on pourrait envisager de se servir des exigences d'un « document transférable électronique » prévues à l'article 10-1 de la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques pour élaborer des règles harmonisées établissant certains droits réels (ou des droits analogues) sur des actifs numériques.

B. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises

34. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) s'applique à la vente de « marchandises »³⁹. Elle ne s'applique pas à la vente de « valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies »⁴⁰. Si l'on définit les actifs numériques comme des « messages de données », l'applicabilité de la CVIM aux actifs numériques en tant que « marchandise » soulève des questions similaires à celles que soulève l'application de la CVIM aux données, qui est examinée dans le deuxième additif. S'agissant des actifs numériques sous forme de cryptomonnaies, une autre question qui se pose est celle de savoir si les cryptomonnaies sont des « espèces » et donc exclues du champ d'application. Quant aux actifs numériques sous forme de jetons adossés à des actifs qui constituent des titres d'investissement ou des documents transférables, une question similaire qui se pose est de savoir si l'exclusion des « titres d'investissement » et des « instruments négociables » s'applique dans un environnement électronique. Si, en définitive, les actifs numériques sont des « marchandises » au sens de la CVIM, une question distincte qui se pose est de savoir si l'émission ou l'échange d'actifs numériques implique un « contrat de vente ».

35. Que les actifs numériques fassent l'objet d'une vente de biens est une chose ; mais qu'ils soient un moyen d'échanger des marchandises en est une autre. La question se pose donc de savoir si le transfert d'actifs numériques sous forme de cryptomonnaies constitue un « paiement du prix » au sens de la CVIM, et si la transaction peut être correctement qualifiée de « vente ». À cet égard, si les cryptomonnaies sont considérées comme des marchandises, la transaction peut être considérée comme un troc et, selon l'avis prépondérant, comme un contrat de troc, en vertu duquel des biens sont échangés contre des biens ou des services et qui a certains éléments en commun, mais pas tous, avec un contrat de vente.

36. Il va sans dire que la CVIM n'a pas été négociée en tenant compte des actifs numériques. Si, du point de vue de l'interprétation des traités, elle devait s'appliquer aux actifs numériques – en tant que marchandises ou comme moyens d'échange –, cela soulève encore une autre question, à savoir si les règles qu'elle énonce sont appropriées et adaptées aux transactions impliquant des actifs numériques ou non.

C. Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières

37. La Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières s'applique aux sûretés mobilières constituées sur des « biens meubles », qui peuvent être tant des biens

³⁹ CVIM, art. 1-1.

⁴⁰ CVIM, art. 2 d).

corporels que des biens incorporels. Le terme « bien corporel » englobe les espèces, les instruments négociables, les documents négociables et les titres non intermédiés représentés par un certificat [art. 2 c], tandis que le terme « bien incorporel » désigne un bien meuble autre qu'un bien corporel. La Loi type régit la constitution, l'opposabilité et la priorité des sûretés réelles mobilières, et contient des règles spécifiques pour différents types de biens.

38. La Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières n'a pas été élaborée en tenant compte des actifs numériques. Se pose donc la question de savoir si elle s'applique aux opérations garanties impliquant des actifs numériques et, dans l'affirmative, quelles sont les règles spécifiques qui s'appliquent. Selon un avis, les règles applicables aux biens incorporels (et non les règles relatives à des biens particuliers) pourraient s'appliquer aux actifs numériques, notamment aux cryptomonnaies et aux jetons adossés à des actifs (par exemple, les jetons constituant des titres d'investissement ou des documents transférables)⁴¹. Autrement, il pourrait être nécessaire d'élaborer des règles spécifiques aux actifs numériques, en tenant compte de l'intérêt des différents acteurs intervenant dans les opérations garanties utilisant des actifs numériques à titre de garantie. À cet égard, dans le cadre d'un projet conjoint mené en vue d'élaborer des principes régissant l'économie numérique (voir deuxième additif), l'American Law Institute (ALI) et l'Institut européen du droit (ELI) examinent actuellement les règles juridiques applicables à la constitution de sûretés sur des données. La version actuelle du projet de principes⁴² contient des règles spécifiques pour l'opposabilité des sûretés sur les données, selon lesquelles une sûreté sur des données devient opposable aux tiers lorsque le créancier garanti prend le contrôle d'une copie des données d'une manière suffisamment visible pour les tiers de sorte qu'un tiers raisonnable ayant affaire à cette copie devrait avoir connaissance de ce contrôle. Si, sur le plan conceptuel, une telle règle pourrait être étendue aux actifs numériques (en tant qu'ensemble de données), étant donné que ces biens numériques sont négociés au sein d'un système, il est également concevable de s'en remettre aux règles de ce système pour déterminer l'opposabilité – et la priorité des sûretés.

D. Textes sur l'insolvabilité

39. Les lois types de la CNUDCI dans le domaine de l'insolvabilité (sur l'insolvabilité internationale, la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et l'insolvabilité des groupes d'entreprises)⁴³ permettent aux États d'établir un cadre de coopération et de coordination afin de traiter efficacement les cas d'insolvabilité où le débiteur a des actifs dans plusieurs États ou où les créanciers ne sont pas originaires de l'État dans lequel la procédure a lieu. L'objectif général du régime établi par les lois types est de fournir un mécanisme accéléré, prévisible et transparent pour préserver la valeur économique en cas d'insolvabilité internationale. Les lois types traitent principalement de la masse de l'insolvabilité, qui comprend tous les actifs du débiteur qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité. Toutefois, ces actifs ne sont pas spécifiquement définis dans le texte des lois types.

40. Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (qui comprend quatre parties) permet de combler cette lacune apparente, puisqu'il présente en détail aux États les principaux objectifs et principes dont devrait tenir compte toute législation nationale sur l'insolvabilité. Des régimes d'insolvabilité solides et

⁴¹ Ce point de vue a été exprimé par Koji Takahashi dans la déclaration qu'il a faite lors du Congrès de la CNUDCI tenu en 2017 : « Implications of the Blockchain Technology for the UNCITRAL Works », dans *Moderniser le droit commercial international pour soutenir l'innovation et le développement durable* (Vienne, Nations Unies, 2017), p. 84 à 87.

⁴² Le projet de principes de l'ALI/ELI, figurant actuellement dans le projet n° 1 du Conseil de l'ALI (8 décembre 2019), a été soumis au Secrétariat.

⁴³ Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière d'insolvabilité, et Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises.

efficaces sont importants pour prévenir ou limiter les crises financières et faciliter un redressement rapide et ordonné en cas d'endettement excessif. Le Guide définit ainsi la masse de l'insolvabilité de façon très large comme comprenant tous les actifs du débiteur, à savoir « les biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers ». Cette définition large, associée aux objectifs d'une loi efficace sur l'insolvabilité, indique que l'on peut s'attendre à ce que les actifs du débiteur comprennent des actifs numériques, si la loi applicable le permet, qu'ils soient détenus directement ou par des intermédiaires.

41. Une fois que les actifs à inclure dans la masse de l'insolvabilité ont été identifiés, le représentant de l'insolvabilité doit être habilité à obtenir le contrôle sur ces actifs, par exemple pour procéder à la liquidation ou obtenir un financement pour un plan d'assainissement. Cette exigence pourrait donner lieu à des problèmes supplémentaires, notamment dans le cas de lois qui restreindraient la transférabilité des actifs numériques ou incorporels, ou qui limiteraient leur utilisation pour lever des capitaux.

42. En outre, si les actifs du débiteur insolvable comprennent des actifs numériques, leur localisation de ces actifs ne se limitera probablement pas à l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité a lieu, ce qui soulève des questions d'insolvabilité internationale.

E. Résumé

43. Comme indiqué dans le document A/CN.9/1012 (par. 32), l'évaluation préliminaire menée par le Secrétariat des textes existants de la CNUDCI sur les sûretés mobilières a déjà permis d'identifier des pistes de réflexion qui pourraient déboucher sur des propositions concrètes de travaux futurs sur l'utilisation des actifs numériques à titre de garantie, ainsi que pour représenter des sûretés mobilières sur des biens exogènes. En outre, une évaluation préliminaire des textes existants sur l'insolvabilité a permis d'identifier les travaux futurs possibles sur le traitement des actifs numériques sous forme de cryptomonnaies en cas d'insolvabilité. Les résultats de l'évaluation, y compris toute proposition de travaux futurs possibles, seront communiqués à la Commission à une session ultérieure.
