Le droit n'est pas si dépourvu face à la *blockchain*

Si la *blockchain* et les *smart contracts* soulèvent des questions juridiques encore non résolues, ces technologies sont loin de se mouvoir dans un espace de non-droit, a montré un colloque organisé par les universités de Neuchâtel et de Genève.

PIERRE CORMON

«Vos concepts légaux de propriété, d'expression, d'identité, de mouvement, de contexte, ne s'appliquent pas à nous. Ils sont basés sur la matière, et il n'y a pas ici de matière. Nos identités n'ont pas de corps, c'est pourquoi, contrairement à ce qui se passe chez vous, il ne peut pas, chez nous, y avoir d'ordre accompagné de contrainte physique.» C'est ce que proclamait la déclaration d'indépendance du cyberespace, publiée en 1996. Aujourd'hui, certains activistes de la *blockchain* et des *smart contracts* défendent des vues similaires. A tort ou à raison?

A tort, si l'on en croit le colloque *Une approche kaléidoscopique des smart contracts en droit suisse*, qui s'est tenu le 13 septembre à la faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, coorganisatrice avec la faculté de droit de l'Université de Genève. En effet, si le droit n'a pas encore trouvé la réponse à toutes les questions que ces technologies soulèvent, il comprend de nombreuses règles permettant de les appréhender.

En apparence, le droit peut sembler en décalage complet avec la *blockchain*. Le droit international privé, par exemple, sert notamment à déterminer la compétence des tribunaux et le droit applicable aux actes juridiques. Il repose généralement sur la localisation géographique des actes juridiques: un contrat prévoit par exemple la livraison d'un bien dans un endroit précis. «La *blockchain*, en revanche, repose sur un modèle décentralisé et a-nationalisé», remarque Michel José Reymond, docteur en droit et avocat stagiaire au sein de l'étude Byrne-Sutton Bollen Kern, à Genève. «Les actes ne se font pas à un endroit précis, mais sur la blockchain.» Ce qui conduit certains de ses promoteurs à défendre l'idée qu'elle se situe au-delà du droit.

UTILISATEURS LOCALISÉS

Le précédent du World Wide Web montre les limites de ce raisonnement. «Les juges ont dit: si les actes commis dans le cyberespace peuvent être difficiles à localiser, ils peuvent être reliés à des personnes qui, elles, sont localisées», raconte Michel José Reymond. Grâce à ce raisonnement, le droit est parvenu à s'adapter au web. Il en ira probablement de même pour la *blockchain*. Car si celle-ci ne se situe nulle part en particulier (ou alors dans une pluralité de lieux difficiles à identifier du fait de sa nature décentralisée), ceux qui l'utilisent, eux, sont localisés et peuvent être soumis à des décisions de justice. Un arrêt d'une cour californienne a ainsi estimé que la fondation Tezos, basée à Zoug afin de lancer une ICO (*Initial Coin Offering*: levée de fonds à l'aide de cryptomonnaies) destinée essentiellement à des investisseurs basés aux Etats-Unis, pouvait être actionnée devant la justice étasunienne. «Cela malgré qu'elle ait mentionné la Suisse comme for dans ses conditions générales», précise Michel José Reymond.

De nombreux promoteurs de la *blockchain* se trompent également lorsqu'ils imaginent que leur activité échappe au droit de la propriété intellectuelle, remarque Daniel Kraus, professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat associé au sein du cabinet Vialex. Les logiciels utilisés par les concepteurs de *blockchain* sont généralement en *open source*, qui est une forme particulière de droit d'auteur. Le droit des marques s'applique également dans certains cas, comme dans celui de l'utilisation du logo de la *blockchain* Ethereum. Des centaines de demandes de brevets ont été déposées en lien avec la *blockchain* et les cryptomonnaies – même si, aux dernières nouvelles, aucune n'a encore abouti. «Les acteurs de *blockchain* feraient donc bien de ne pas négliger ces aspects, afin d'éviter de mauvaises surprises», estime Daniel Kraus.

EXÉCUTION FORCÉE

Ils feraient également bien de se pencher sur le droit des poursuites et faillites, prévient Sylvain Marchand, professeur à l'Université de Genève et avocat au sein de l'étude CMS von Erlach Poncet, à Genève. Des valeurs numériques, comme les jetons électroniques, peuvent être saisies dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée (par exemple une saisie dans le cadre d'une procédure de poursuite). Si leur détenteur s'y oppose, il s'expose à des sanctions pénales. Les concepteurs de *blockchain* devraient donc prévoir des moyens de transférer le contrôle des valeurs numériques aux autorités compétentes en cas de besoin.

***DANIEL KRAUS: «LA TECHNOLOGIE** sera toujours en avance sur le droit. Plutôt que de lui courir après, mieux vaut réfléchir à la manière de lui appliquer les grands principes juridiques».*

Certes, les autorités peuvent avoir de la difficulté à tracer les avoirs numériques d'un débiteur. Mais il s'agit d'un problème classique. «De tous temps, des personnes fortunées ont cherché à mettre de la distance entre elles et leur patrimoine, pour mettre celui-ci à l'abri des créanciers et de l'Etat», remarque Sylvain Marchand.

Quant aux *smart contracts*, il serait judicieux d'y inclure systématiquement des mécanismes permettant de les interrompre en cas de surendettement. Une personne, dans cette situation, n'a en effet pas le droit d'avantager un créancier au détriment des autres. Or, si elle est partie à un *smart contracts* qui continue à déployer ses effets et, par exemple, à débiter automatiquement son portefeuille électronique lorsque les conditions prévues à l'origine sont remplies, elle avantage le destinataire de ces transferts. Il s'agit d'une infraction pénale.

RÉSISTANCES

«Les concepteurs d'applications *blockchain* feraient mieux de ne pas essayer de s'affranchir du droit», conclut Sylvain Marchand. «Sinon, ils rencontreront rapidement des résistances. Les *smart contracts*, notamment, n'ont pas d'avenir s'ils ne sont pas compatibles avec les règles de l'exécution forcée.»

La *blockchain* et les *smart contracts* soulèvent cependant des questions juridiques irrésolues. C'est par exemple le cas de la qualification des *utility tokens*, des jetons numériques émis par des *smart contracts* qui donnent droit à des produits ou à des services dans le futur. Faut-il pour autant revoir tout le droit à la lumière de ces évolutions technologiques? «Je ne crois pas», répond Daniel Kraus. «La technologie sera toujours en avance sur le droit. Plutôt que de lui courir après, mieux vaut réfléchir à la manière de lui appliquer les grands principes juridiques.» ■