

À PROPOS D'UNE ÉVENTUELLE *LEX CRYPTOPECULII*

Raphaël MAUREL

Maître de conférences à l'Université de Bourgogne, CREDIMI

Membre de l'Institut Universitaire de France

La journée d'étude du 28 septembre 2023 et le présent ouvrage qui en découle sont nés d'une hypothèse de recherche qu'il convenait de « tester » et de vérifier, par la confrontation de différents points de vue de spécialistes. Cette réflexion scientifique s'est inscrite dans le projet ALADIN – Analyse de l'élaboration d'un droit international du numérique né dans le cadre du CREDIMI et soutenu par la Région Bourgogne-Franche Comté, au même titre que des travaux précédents¹. Soutenue par la Fondation Anthony Mainguéné, L'Observatoire de l'éthique publique et la MSH de Dijon, elle a permis, en amont ou pendant la journée du 28 septembre 2023, de faire se rencontrer et des chercheurs de différents horizons – juristes de droit public et privé, politistes, économistes, mathématiciens ou encore informaticiens – et différents pays.

Du point de vue du juriste, les cryptoactifs – que l'on appelle souvent, à tort *a minima* du point de vue juridique français, « cryptomonnaies » – sont des objets immatériels étranges, dont le haut degré de technicité freine la compréhension et *a fortiori* l'analyse. Il faut donc, à titre de point de départ de la réflexion, « détechniciser » le sujet pour y porter un regard de sciences sociales, sans pour autant ignorer totalement les spécificités techniques des cryptoactifs. On sait en effet que la technologie peut être source matérielle de normativité : les normes techniques de sécurité ou garantissant l'interopérabilité des machines, comme les standardisations de protocoles, participent d'un phénomène normatif qu'il serait – de mon point de vue – erroné d'écarter totalement de toute analyse juridique. Jacques Ellul, décrivant dès les années 1970 la manière dont la technique, notamment informatique, génère un « système technicien », va plus loin en évoquant une « autonomie de la technique »². Sans entrer dans le détail de la pensée d'Ellul concernant l'autonomie, l'accroissement ou encore l'accélération de la technique, qui modèle l'humain et le transforme au gré de ses évolutions, on peut au moins s'accorder sur le fait qu'il existe, en marge du droit, des

¹ V. notamment R. MAUREL, É. PETIT-PRÉVOST-WEYGAND (dir.), *Réseaux sociaux et droit transnational*, Dijon, LexisNexis, coll. des travaux du CREDIMI, vol. 61, 2024, 234 p.

² J. ELLUL, *Le Système technicien*, Paris, Calmann-Lévy, 1977 (rééd. Le cherche-midi, 2012), p. 156.

systèmes de régulations techniques (normalisation, standardisation technique) qui ne sont pas totalement étrangers aux phénomènes juridiques³.

L'hypothèse de la présente réflexion était qu'au-delà même des questions de normalisation technique, les cryptoactifs, loin d'être une *terra nullius* juridique, constituent un terreau fertile au développement d'un droit transnational, voire de droits transnationaux spécifiques à chaque entité génératrice de cryptoactifs. L'émergence de cette hypothèse a été favorisée par plusieurs indices, à commencer par les nombreux et agités débats tenus sur les réseaux sociaux à l'occasion de la mention d'une possible régulation des cryptoactifs par la France ou l'Union européenne. Une simple observation des échanges d'une partie de l'opinion publique s'affichant comme utilisatrice de cryptoactifs sur les réseaux sociaux – essentiellement X (anciennement Twitter) et LinkedIn – a mis en évidence la nécessité de s'intéresser plus avant aux règles, peu important leur origine (publique ou privée) pertinentes en matière de cryptoactifs. De cette observation est née l'idée selon laquelle les cryptoactifs pourraient être sources d'un droit d'origine privée subissant, à l'heure actuelle (2023-2024), deux mouvements contraires. D'une part, ce supposé droit transnational perd peu à peu son autonomie originelle à mesure que les États et les organisations régionales comme l'Union européenne entendent réguler l'activité économique découlant de l'échange des cryptoactifs ; d'autre part et en même temps, la structuration interne de certaines entités génératrices de cryptoactifs (Bitcoin, Ethereum,...) se densifie au point de faire émerger des systèmes qui rappellent, sans pouvoir y être parfaitement assimilés, certains développements de l'arbitrage privé.

La réflexion qui a guidé ces travaux et leurs premiers résultats peuvent être restitués en trois temps. Il est d'abord intéressant d'évoquer l'état du droit (public, si l'on s'attache à ses modes de formation) des cryptoactifs et de relever la pertinence de cet objet d'étude (I) avant de constater que d'autres phénomènes juridiques, similaires à plusieurs égards à ceux observés *mutatis mutandis* dans le cadre d'ordres juridiques transnationaux, sont à l'œuvre au sein des communautés d'utilisateurs des cryptoactifs, échappant – pour l'instant – à l'emprise directe des États (II). Il est enfin possible d'interroger l'intérêt juridique et politique d'une éventuelle qualification de « *lex cryptopeculii* » (III), ce débat étant loin d'être tranché.

³ V. à ce sujet R. BISMUTH (dir.), *La standardisation internationale privée. Aspects juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2014, 231 p. On ne confondra pas ici la standardisation technique avec le « standard » en science juridique, notamment censé « permettre une mesure de comportements ou de situations adaptée » (Y. RADI, *La standardisation et le droit international. Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 39).

I – L'INTÉRÊT D'UNE RÉFLEXION SUR L'ENCADREMENT DES CRYPTOACTIFS

Il faut bien admettre que le régime juridique des cryptoactifs n'est pas d'une clarté et d'une complétude exemplaires.

Il est certes aisé d'appréhender l'aspect purement technique de leur technologie support, à savoir la *blockchain* – même si certains cryptoactifs, minoritaires, s'appuient sur d'autres technologies. Comme le synthétise la Cour des comptes dans son rapport de fin 2023 :

« Les principaux crypto-actifs font appel à la technologie de la chaîne de blocs, qui peut être définie comme un registre numérique décentralisé, qui permet aux participants d'effectuer des transactions sans recourir à un tiers de confiance. La chaîne de blocs est un registre numérique dont les pages sont des blocs. Chaque bloc contient un certain nombre de transactions ainsi qu'un en-tête constitué d'un identifiant unique, d'un horodatage et d'une synthèse cryptée de l'en-tête du bloc précédent. Chaque bloc est ainsi lié de manière immuable au précédent et aucun maillon de cette chaîne ne peut être modifié sans la modification de tous les blocs suivants. Cette technique cryptographique rend la chaîne de blocs extrêmement sécurisée.

Les transactions effectuées par les utilisateurs sont regroupées et inscrites dans un bloc, qui est soumis à la validation du réseau. Des utilisateurs (les nœuds) vérifient l'authenticité des transactions, la disponibilité des fonds et l'absence de double-dépense. Une fois le bloc validé, il est ajouté à la chaîne et la transaction est réalisée »⁴.

Une standardisation technique des *blockchains* est notamment réalisée au niveau de l'ISO pour garantir l'interopérabilité des systèmes, qu'il s'agisse de la norme ISO 22739:2020 sur les définitions dans le domaine de la *blockchain*⁵ et récemment remplacée par une norme de 2024⁶, ISO/TS 23258:2021 sur la taxonomie⁷ ou encore ISO/TS 23635:2022 sur la gouvernance des systèmes distribués

⁴ Cour des Comptes, *Les crypto-actifs : une régulation à renforcer*, observations définitives, délibération du 18 octobre 2023, S2023-1247, p. 13.

⁵ Norme ISO 22739:2020 Technologies de chaîne de blocs et de registre distribué — Vocabulaire, publiée en juillet 2020, 13 pages.

⁶ Norme ISO 22739:2024 Chaîne de blocs et technologies de registres distribués — Vocabulaire, publiée en janvier 2024, et dont on relèvera d'ailleurs qu'au 27 août 2024, elle n'était toujours pas disponible en langue française.

⁷ Norme ISO/TS 23258:2021 *Blockchain and distributed ledger technologies — Taxonomy and Ontology*, publiée en novembre 2021, 28 pages.

reposant sur la *blockchain*⁸. D'autres normes sont en développement et intéressent spécifiquement les concepteurs et architectes de ces systèmes, de manière tout à fait classique en matière de standardisation internationale.

Brosser un tableau des différents instruments de droit « dur » applicable aux cryptoactifs en tant qu'objets économiques n'est pas particulièrement complexe non plus : il en existe fort peu, bien que leur contenu soit particulièrement technique et, lui, complexe. Ce régime juridique reste « à renforcer », comme le rappelle le titre-même du rapport de la Cour des comptes⁹.

À l'échelle nationale, il faut rappeler que la France a été l'un des premiers États européens à encadrer certaines activités liées aux cryptoactifs. Qu'il s'agisse du règlement de l'Autorité des normes comptables en 2018 intégrant les actifs numériques dans le plan comptable général¹⁰ ou, de manière plus substantielle, la loi PACTE de 2019¹¹, la France a ainsi cherché à définir juridiquement les cryptoactifs afin de leur appliquer un régime juridique cohérent. L'article L552-2 du Code monétaire et financier, créé par la loi PACTE, dispose ainsi que « constitue un jeton 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 ». Conformément à l'article L54-10-1 créé par la même loi, ces jetons sont qualifiés d'actifs numériques – sauf s'ils constituent des instruments financiers¹² ou des

⁸ Norme ISO/TS 23635:2022 *Blockchain and distributed ledger technologies — Guidelines for governance*, publiée en février 2022, 26 pages.

⁹ Cour des Comptes, *Les crypto-actifs : une régulation à renforcer*, observations définitives, délibération du 18 octobre 2023, S2023-1247.

¹⁰ Tel que modifié par l'article 1^{er} du Règlement N° 2018-07 du 10 décembre 2018 modifiant le règlement ANC N° 2014-03 du 5 juin 2014 relatif au plan comptable général, l'article 919-1 dudit règlement ANC n° 2014-03 dispose ainsi que « Constitue un jeton 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 ».

¹¹ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises ; v. spécialement l'article 86.

¹² Aux termes de l'article L211-1 du Code monétaire et financier, tel que modifié par l'ordonnance n°2016-520 du 18 avril 2016, « I. Les instruments financiers sont les titres financiers et les contrats financiers. II. – Les titres financiers sont : 1. Les titres de capital émis par les sociétés par actions ; 2. Les titres de créance ; 3. Les parts ou actions d'organismes de placement collectif. III. – Les contrats financiers, également dénommés "instruments financiers à terme", sont les contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par décret. IV. – Les effets de commerce et les bons de caisse ne sont pas des instruments financiers ».

bons de caisse¹³ – au même titre que « [t]oute représentation numérique d'une valeur qui n'est pas émise ou garantie par une banque centrale ou par une autorité publique, qui n'est pas nécessairement attachée à une monnaie ayant cours légal et qui ne possède pas le statut juridique d'une monnaie, mais qui est acceptée par des personnes physiques ou morales comme un moyen d'échange et qui peut être transférée, stockée ou échangée électroniquement ». La loi PACTE a également déterminé, pour reprendre la synthèse de la Cour des comptes, « cinq types de services sur actifs numériques : la conservation (1), l'échange d'actifs numériques contre des monnaies ayant cours légal (2), l'échange entre actifs numériques (3), l'exploitation de plateformes d'échanges (4) et les autres services (5) comprenant notamment la gestion de portefeuilles et le conseil aux investisseurs »¹⁴. La prestation des quatre premiers types de services, en France, est conditionnée à l'enregistrement obligatoire des prestataires par l'AMF, bien que celle-ci dispose de moyens de contrôle limités¹⁵. Certaines opérations sont soumises à une demande d'agrément et les émissions de jetons peuvent, pour leur part, être réalisées sans agrément ni enregistrement dans la mesure où un « visa optionnel » est accordé par l'AMF. L'ensemble du dispositif permet, pour l'essentiel, de vérifier le degré de transparence de l'opérateur, sa solvabilité – dans le cadre de l'agrément – ou encore le bon respect du droit de la lutte contre la corruption et le blanchiment des capitaux.

À l'échelle régionale, le Règlement du Parlement européen et du Conseil sur les marchés de cryptoactifs, et modifiant les règlements (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 1095/2010 et les directives 2013/36/UE et (UE) 2019/1937, dit « MiCA » est venu encadrer dès mai 2023 le marché des actifs numériques, en s'inspirant du modèle français – tout en s'en distinguant par de nombreux aspects¹⁶. Relevons en particulier qu'alors que la loi PACTE ne distingue pas entre plusieurs types de jetons, MiCA distingue les jetons « utilitaires », qui servent essentiellement au maintien et au développement de l'architecture de la *blockchain* et ne sont pas des moyens des paiement¹⁷, des « jetons stables » ou

¹³ L'article L223-1 du Code monétaire et financier, tel que modifié par l'ordonnance n°2019-1067 du 21 octobre 2019, dispose que « [l]es bons de caisse sont des titres nominatifs et non négociables comportant engagement par un commerçant de payer à échéance déterminée, délivrés en contrepartie d'un prêt. Les conditions de leur émission et de leur mise en vente ou en circulation, par voie d'offre au public autre que celle s'adressant exclusivement à des investisseurs qualifiés mentionnés au 1° de l'article L.411-2 ou que celle portant sur un prêt supérieur ou égal à un montant fixé par décret, sont régies par les dispositions du présent chapitre. Les bons de caisse ne peuvent, dans une même émission, conférer des droits de créance identiques pour une même valeur nominale ».

¹⁴ Cour des Comptes, *Les crypto-actifs : une régulation à renforcer*, rapport précité, p. 33.

¹⁵ V. les éléments résumés par la Cour des comptes pp. 36 et 37 du même rapport.

¹⁶ V. dans cet ouvrage la contribution de F. MARTUCCI sur le cadre européen.

¹⁷ D'après l'article 3 9) de MiCA, un jeton utilitaire est « un type de crypto-actif destiné uniquement à donner accès à un bien ou à un service fourni par son émetteur ».

stablecoins, qui présentent davantage de risques pour la stabilité financière dans la mesure où ils se réfèrent à des actifs¹⁸ (des monnaies ayant cours légal, des cryptoactifs¹⁹...) ou constituent directement des « jetons de monnaie électronique » adossés à une monnaie ayant cours légal²⁰. L'objectif du règlement est triple, puisqu'il s'agit « d'améliorer la sécurité juridique des acteurs et la protection des investisseurs, d'assurer la stabilité financière et de soutenir ainsi le développement de ce marché et de ses potentialités en termes d'innovation »²¹. Il s'agit donc de réguler à l'échelle européenne le marché en imposant, de manière similaire – ou dans une logique similaire – à la loi PACTE, des obligations graduées selon le type d'activité exercée. Si l'on exclut un règlement délégué est venu compléter ce texte début février pour déterminer « l'importance significative » des activités de l'émetteur d'un jeton se référant à un ou des actifs ou d'un jeton de monnaie électronique au sens de MiCA, l'activité normative de l'Union européenne s'est pour l'instant arrêtée ici, dans l'attente d'un rapport de la Commission attendu en 2025 et devant porter notamment sur les enjeux environnementaux et climatiques du marché des cryptoactifs. Plusieurs voix se sont toutefois élevées pour réclamer, sinon annoncer, la nécessité d'un MiCA 2 – par exemple pour réguler l'émission de cryptoactifs en l'absence d'émetteur identifiable –, à commencer par la Présidente de la Banque centrale européenne Christine Lagarde²². Plusieurs failles de MiCA sont en effet mises en évidence ; par exemple et comme le rappelle la Cour des comptes, « [c]ertains actifs numériques et services sur actifs numériques demeurent hors du champ d'application du règlement MiCA. C'est notamment le cas des jetons non fongibles (NFT), sauf s'ils comportent des caractéristiques permettant de les assimiler aux jetons fongibles »²³. D'autres textes sont, dès lors, attendus dans les années qui viennent.

¹⁸ D'après l'article 3 6) de MiCA, un « jeton se référant à un ou des actifs » est « un type de crypto-actif qui n'est pas un jeton de monnaie électronique et qui vise à conserver une valeur stable en se référant à une autre valeur ou un autre droit ou à une combinaison de ceux-ci, y compris une ou plusieurs monnaies officielles ».

¹⁹ D'après l'article 3 5) de MiCA, un crypto-actif est « une représentation numérique d'une valeur ou d'un droit pouvant être transférée et stockée de manière électronique, au moyen de la technologie des registres distribués ou d'une technologie similaire ».

²⁰ D'après l'article 3 7) de MiCA, un jeton de monnaie électronique est « un type de crypto-actif qui vise à conserver une valeur stable en se référant à la valeur d'une monnaie officielle ».

²¹ Cour des Comptes, *Les crypto-actifs : une régulation à renforcer*, rapport précité, p. 41.

²² La manière dont la communauté Bitcoin appréhende l'activisme européen en la matière – c'est-à-dire, pour schématiser, avec mépris – est peut-être résumé dans le titre et l'illustration de cet article publié sur bitcoin.fr : « MiCA 2 : Régule-moi plus fort », bitcoin.fr, 23 juin 2022, en ligne : <https://bitcoin.fr/mica-2-regule-moi-plus-fort/> [lien consulté le 27 août 2024].

²³ Cour des Comptes, *Les crypto-actifs : une régulation à renforcer*, rapport précité, p. 43.

Enfin, il faut relever qu'il n'existe aucun traité international dédié à l'encadrement des cryptoactifs. Ceux-ci peuvent être appréhendés sous l'angle de plusieurs branches de droit international – à commencer par le droit de la lutte contre la corruption et le blanchiment des capitaux²⁴, le droit des investissements et le droit du commerce international²⁵ – mais ne font pas l'objet, à l'heure actuelle, d'un traitement mondial spécifique.

Ces éléments de droit interne, régional et international suffisent-ils à décrire de manière exhaustive l'environnement juridique des cryptoactifs ? L'hypothèse principale à l'origine de cette réflexion est que la réponse est négative, et qu'il faut « descendre d'un niveau » pour observer plus précisément certains phénomènes juridique d'auto-régulation qu'il est difficile d'ignorer – ne serait-ce que car les promoteurs et usagers des cryptoactifs sont susceptibles de les mettre en avant pour démontrer l'inutilité de nouvelles régulations contraignantes par l'État ou l'Union européenne.

II – L'OPPORTUNITÉ D'UNE ANALYSE DE DROIT TRANSNATIONAL

Pour aller plus loin, il faut se fonder sur le fait qu'un certain nombre de travaux ont émis l'hypothèse, sinon démontré l'existence, de phénomènes d'autorégulation de certaines activités humaines et économiques. Tel est le cas de la *lex mercatoria* mise en évidence de longue date par les chercheurs du CREDIMI²⁶, ou encore de la *lex sportiva*²⁷. On renverra ici aux nombreux travaux du CREDIMI concernant ces ordres juridiques transnationaux, d'origine privée, en se bornant à une synthèse fondée sur les observations de Santi Romano, fondateur du pluralisme institutionnel²⁸ : dès lors qu'un groupe social

²⁴ Voir sur ce point la contribution d'É. PETIT-PRÉVOST-WEYGAND dans le présent ouvrage – particulièrement la dernière section.

²⁵ Voir à ce sujet la contribution de C. BRETON-DE LAVALETTE dans le présent ouvrage.

²⁶ Voir notamment B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, t. 9, 1964, pp. 177-192, et les travaux ultérieurs du CREDIMI. *Contra*, v. les positions de Pierre Mayer ou encore de Catherine Kessedjian concernant l'(in)existence de la *lex mercatoria*. Pour un exposé clair quant à sa position, selon laquelle la *lex mercatoria* ne peut prétendre au titre d'ordre juridique car elle est trop incomplète et il n'existe pas de véritable jurisprudence arbitrale – c'est-à-dire, *in fine*, de « tiers médiateur indépendant et organisé », v. C. KESSEDJIAN, *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, coll. Doctrine(s), 2016, pp 181-183 ; v. é.g. C. KESSEDJIAN, V. PIRONON, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Paris, PUF, 2020, pp. 99-101.

²⁷ F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, 849 p.

²⁸ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, 174 p.

est suffisamment organisé, c'est-à-dire que les relations de ses membres sont encadrées par des normes suffisamment claires et aptes à déterminer la conduite de chacun selon des valeurs communément admises dans ledit groupe social à un moment donné, un ordre juridique peut potentiellement exister²⁹.

On peut dès ce stade mettre en lien ces éléments théoriques avec certains questionnements concrets relatifs à la galaxie des cryptoactifs : n'évoque-t-on pas une « communauté crypto », et plus largement une « communauté *blockchain* », ce dernier terme désignant plus directement la technologie utilisée par les différentes entités proposant et générant des cryptoactifs ? Ces « communautés » constituent-elles de simples regroupements de clients ou désignent-elles un phénomène social plus vaste, répondant à des normes sociales propres ? Peut-on isoler des règles de comportement, autres que des règles purement techniques et différentes du droit national et régional, qui évoqueraient l'existence d'un système juridique « à part » ? Quelles conséquences en tirer pour comprendre le fonctionnement des cercles d'utilisateurs des cryptoactifs, leurs rapports avec l'État et les organisations publiques tentant d'en réguler les excès possibles ou avérés – qu'il s'agisse des fraudes de tous ordres ou, dans un autre ordre d'idées, des problématiques environnementales que soulève l'infrastructure technologique de la *blockchain* ?

L'hypothèse proposée est que le Bitcoin, l'Ethereum et les autres cryptoactifs un minimum structurés génèrent chacun un mini-ordre juridique qui évolue avec ses propres règles et ses propres institutions. Le fonctionnement de ces entités met en scène des personnes privées – des opérateurs économiques – amenées à s'accorder à propos d'un certain nombre de règles. Il en est par exemple ainsi de la fameuse « *Proof of Work* », le principal modèle de « preuve » permettant de réaliser des transactions de manière sécurisée, lesquelles échappent en grande partie aux règles de l'État. On peut, sans extrapoler de manière déraisonnable, y voir des éléments de ressemblance avec la *lex mercatoria*, qui a émergé en tant qu'ensemble de règles et de pratiques acceptées par la communauté commerciale internationale, cette « *lex* » n'étant pas générée par un pouvoir étatique, mais le fruit d'interactions répétées entre divers acteurs commerciaux.

L'objectif des lignes qui suivent n'est pas de démontrer avec certitude et exhaustivité l'existence d'un ordre juridique propre à chaque entité génératrice de cryptoactifs, ni même de montrer que la *blockchain* génère elle-même des

²⁹ Cette synthèse provient d'observations formulées (et développées) dans une précédente étude : R. MAUREL, « Les réseaux sociaux peuvent-ils générer des ordres juridiques transnationaux ? L'exemple de la *Lex Facebook* », in R. MAUREL, É. PETIT-PRÉVOST-WEYGAND (dir.), *Réseaux sociaux et droit transnational*, op. cit., p. 19.

ordres juridiques. On renverra sur ces points aux travaux de Pablo Guédon³⁰ pour se borner à quelques observations générales visant à ouvrir cette piste de recherche.

Sans même reprendre les travaux de Santi Romano ou de Herbert L.A. Hart qui permettent de conceptualiser la plupart des ordres juridiques transnationaux contemporains notamment dans l'espace numérique³¹, il est possible d'identifier les bases consensuelles d'ordres juridiques transnationaux au moins en observant le Bitcoin et l'Ethereum. Ces « bases consensuelles » sont, ici, tirées du travail de recherche de Rémy Libchaber, qui dégage quatre éléments fondamentaux et minimum de tout ordre juridique : « [d]es sujets de droit, une charte organisatrice ou, *a minima*, une conception organisatrice de base en vertu de laquelle les sujets abdiquent une part de leur liberté ; des pouvoirs d'impulsion, dont les décisions seront obligatoires ; d'autres pouvoirs, d'apaisement, susceptibles de trancher les conflits quelle qu'en soit la nature, sans que leurs décisions soient elles-mêmes contestables. Telle est l'épure de l'ordre juridique : chacune de ces instances peut être plus ou moins élaborée ; toutes sont nécessaires au développement d'un ordre tant soit peu constitué »³².

En premier lieu, les « sujets » sont dans les deux cas les utilisateurs du réseau, les mineurs, et les détenteurs de nœuds. Ils constituent des communautés non nécessairement liées par des contrats traditionnels de droit privé et échangent en ligne, qu'il s'agisse d'opérations économiques ou de communications écrites concernant l'évolution de leur modèle de cryptoactifs, par messageries, forums et autres cyberspaces.

Le critère de la charte organisatrice ou d'une « conception organisatrice de base » est aisé à identifier. Pour le Bitcoin, le livre blanc de Satoshi Nakamoto, créateur (ou créateurs au pluriel ?) du Bitcoin et du concept même de cryptoactif peut être considéré comme la charte du réseau Bitcoin, dans la mesure où il établit les principes fondamentaux de fonctionnement du système³³. Ethereum dispose également d'un livre blanc rédigé par Vitalik Buterin, qui agit comme une charte

³⁰ V. en particulier sa thèse de doctorat (P. GUÉDON, *Blockchain et droit fiscal*, Thèse de droit privé soutenue le 5 décembre 2022 à l'Université Lyon 3) et sa contribution dans le présent ouvrage.

³¹ On renvoie pour un exemple et l'utilisation des théories de ces auteurs à R. MAUREL, « Les réseaux sociaux peuvent-ils générer des ordres juridiques transnationaux ? L'exemple de la *Lex Facebook* », in R. MAUREL, É. PETIT-PRÉVOST-WEYGAND (dir.), *Réseaux sociaux et droit transnational*, *op. cit.*

³² R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 198.

³³ S. NAKAMOTO, « *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system* », 2008, 9 p., accessible en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3440802 (dernière consultation le 27 août 2024).

organisatrice³⁴. Des règles découlent par ailleurs de ces documents fondamentaux, figurant dans les protocoles Bitcoin et Ethereum, et pouvant être modifiées et améliorées selon des règles définies, pour Ethereum, dans les EIP (*Ethereum Improvement Proposals*).

Le troisième critère est relatif à l'existence de « pouvoirs d'impulsion, dont les décisions seront obligatoires ». Il est plus délicat à identifier du fait de la décentralisation du développement de Bitcoin comme d'Ethereum. On retrouve ici un même écueil qu'avec la *lex mercatoria* – celui-là même qui fait dire à certains que celle-ci n'existe pas, faute d'instance unique de commandement, en tant qu'ordre juridique. En pratique, cependant, des acteurs comme la Fondation Ethereum et les principaux développeurs, les mineurs ou encore les grands détenteurs de Bitcoin, bénéficient d'un pouvoir d'influence étendu sur les grandes décisions à prendre dans la vie de la communauté. Aussi à défaut de pouvoir d'impulsion aisément identifiable peut-on observer l'existence d'une mécanique du pouvoir. Dit autrement, ce n'est peut-être pas parce que le pouvoir d'impulsion est décentralisé qu'il n'en existe pas. En l'espèce, les cryptoactifs présentent certes une autre forme d'organisation différente de celle des entités étatiques et même de la plupart des entités transnationales classiques. Il semble néanmoins qu'une interprétation souple de ce troisième critère permette de le considérer comme rempli s'agissant du Bitcoin et de l'Ethereum.

Enfin, le quatrième critère réside dans l'existence d'une instance d'apaisement des litiges. En général, la « résolution » des litiges, en matière de cryptoactifs, est automatisée et codifiée dans le protocole de base du cryptoactif. La DAO (*Decentralized Autonomous Organization*) et d'autres contrats intelligents (*smart contracts*) sont d'ailleurs conçus pour automatiser la gouvernance et la résolution des litiges. On voit toutefois poindre des initiatives comme le *Bitcoin Mining Council* qui cherchent à fournir une gouvernance plus structurée, notamment en cas de désaccord au sein de la communauté³⁵. Bien que les entités génératrices de cryptoactifs soient, à l'heure actuelle, en recherche de leur propre système, il est possible de considérer que ce critère est, ou sera prochainement, rempli.

À la double condition de ne pas entretenir une vision rigide de l'ordre juridique et de ses différents critères possibles et de ne pas imposer un critère de centralisation du pouvoir, il paraît donc théoriquement possible de qualifier au moins ces deux « communautés » de groupes sociaux dont les rapports sont

³⁴ V. BUTERIN, « *Ethereum: A Next-Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform* », 2014, 36 p., accessible en ligne : https://ethereum.org/content/whitepaper/whitepaper-pdf/Ethereum_Whitepaper_-_Buterin_2014.pdf (dernière consultation le 27 août 2024).

³⁵ Voir le site de l'initiative : <https://bitcoinminingcouncil.com/>.

structurés autour d'un ordre juridique transnational particulièrement décentralisé. Chaque communauté de cryptoactif pourrait donc, dans cette hypothèse, constituer une institution qui génère son mini-ordre juridique, la question demeurant étant celle de son autonomie.

III – LA PERTINENCE D'UNE ÉVENTUELLE « *LEX CRYPTOPECULII* »

Identifier une hypothèse – la conception de la *blockchain* comme générateur d'ordres juridiques transnationaux et l'identification de certains d'entre eux – n'épuise pas le vaste sujet de la régulation des cryptoactifs. Une sous-hypothèse qui a guidé la présente réflexion est que cette reconnaissance pourrait, d'un point de vue politique – et donc fort peu juridique – constituer une solution ou un ensemble de solutions à un certain nombre d'impasses qui s'annoncent.

Le discours public concernant la régulation des cryptoactifs est, en 2023 comme en 2024, principalement de deux ordres. Les acteurs étatiques ainsi qu'une partie de l'opinion publique s'accordent sur le fait qu'il convient de réglementer les cryptoactifs ou à tout le moins d'exercer un contrôle significatif sur cette activité privée. D'un autre côté, les acteurs de la « communauté crypto », à commencer par leurs usagers, réclament une abstention totale de l'État, au nom des valeurs libertariennes qui animent les cryptoactifs.

Les arguments en faveur de la régulation – et de son renforcement – sont fiscaux, environnementaux et éthiques. L'argument fiscal est aisément compréhensible : l'État cherche en toute logique à imposer les revenus liés à toute activité économique ; il doit également, au nom de ses engagements internationaux, appliquer un certain nombre de règles relatives à la lutte contre la corruption et le blanchiment des capitaux, ce qui implique un degré minimal de contrôle. L'argument environnemental est encore contesté, comme l'indique la Cour des comptes :

« Le gouvernement américain a publié en septembre 2022 un rapport examinant les implications climatiques et énergétiques des cryptoactifs, qui estime que ces derniers représentent entre 0,4 et 0,9 % de la consommation mondiale d'électricité, soit 120 à 240 TWh, et entre 0,9 et 1,7 % de la consommation américaine. La validation par preuve de travail du réseau Bitcoin représenterait à elle seule 60 à 77 % de cette consommation. Le rapport met en évidence les risques pour le réseau électrique américain mais aussi la possibilité de le stabiliser par une réduction voire une interruption des activités liées aux cryptoactifs en période de forte demande en électricité. Ces données ne tiennent pas compte de l'adoption par le réseau Ethereum (20 à 40 % de la consommation énergétique identifiée auparavant) d'un mécanisme de validation par preuve d'enjeu, faiblement consommateur en énergie, en septembre 2022. La

consommation énergétique annuelle de ce réseau serait ainsi passée de 22 TWh à 0,003 TWh. La fiabilité de ces données fait cependant l'objet de nombreux débats »³⁶.

Enfin, l'argument éthique se caractérise par son caractère protéiforme. Il inclut d'abord l'enjeu environnemental, mais le dépasse pour englober la question des vulnérabilités. L'actualité est en effet riche de cas d'abus de faiblesse. Au-delà de la localisation des principaux acteurs des cryptoactifs dans des paradis fiscaux³⁷ et même des détournements depuis les plateformes d'échange de cryptoactifs que peuvent réaliser certains pirates³⁸, un certain nombre de fraudes en ligne exploitent le peu de connaissances des cryptoactifs de certains usagers – à l'instar du cas *SpriteCoin*, un *ransomware* se comportant comme un *wallet* sécurisé avant d'inciter l'utilisateur à convertir ses devises dans d'autres devises... auquel l'utilisateur n'a plus accès sans verser une rançon³⁹. On pense encore à une affaire géographiquement proche de Dijon : en juin 2021, l'association RR Crypto, spécialisée dans l'investissement en cryptoactifs et basée à Longvic, a annoncé la disparition de 40 millions d'euros, entraînant sa liquidation judiciaire – nombre d'investisseurs étant des personnes physiques modestes peu formées aux risques des cryptoactifs⁴⁰. Des considérations morales élémentaires pourraient ainsi inciter l'État à agir pour mieux protéger les administrés non informés de ce type d'investissements et des risques liés aux investissements en cryptoactifs.

Les arguments opposés à toute régulation ou, à tout le moins, à une intervention substantielle de l'État peuvent être résumés par trois considérations principales⁴¹. D'une part, la communauté des usagers estime être en mesure de gérer par elle-même les problématiques environnementales et autres enjeux de société que son activité soulève. D'autre part, elle considère que l'activité étant totalement privée, l'État n'a pas à s'en saisir. Enfin, elle considère que l'État agira de manière

³⁶ Cour des Comptes, *Les crypto-actifs : une régulation à renforcer*, observations définitives, délibération du 18 octobre 2023, S2023-1247, p. 22.

³⁷ Voir notamment la conclusion de la contribution, dans cet ouvrage, de L. DESMEDT.

³⁸ Ainsi, en janvier 2018, des pirates sont parvenus à transférer frauduleusement 500 millions de XEM, alors estimés à plus de 520 millions de dollars, depuis le site CoinCheck. On recense plus de 250 000 clients victimes. V. par exemple B. ESCHAPASSE, « Le plus gros braquage (numérique) de tous les temps », *Le Point.fr*, 29 janvier 2018.

³⁹ B. ESCHAPASSE, « Une fausse cryptomonnaie sème le trouble sur la Toile », *LePoint.fr*, 15 janvier 2018.

⁴⁰ C. GABLO, « RR Crypto : Le traumatisme des victimes et des salariés », *Dijon l'Hebdo*, 16 septembre 2021.

⁴¹ Cette synthèse provient de l'observation, certainement subjective, des réactions formulées par des utilisateurs de cryptoactifs sur les réseaux sociaux à l'occasion de plusieurs débats relatifs à l'opportunité d'une régulation des cryptoactifs, notamment en réponse à des propositions et interventions médiatiques de Nicolas DUFRÈNE.

contraire aux intérêts et aux valeurs de la communauté, du fait de l'absence, au sein de l'État, de l'idéologie libertarienne à l'origine du Bitcoin. Dit autrement, l'État ne peut qu'agir de manière néfaste et reproduire les apories du système financier et bancaire mondial, alors même que le système serait capable de s'autoréguler et de proposer des solutions alternatives, mais conformes aux idéaux originaux du Bitcoin, aux difficultés observées.

Ces deux blocs paraissent, si l'on en juge à la virulence des débats sur les réseaux sociaux – qui sont, toutefois, un miroir déformant de la société –, irréconciliables. Or, il est possible que penser la *blockchain* comme un générateur d'ordres juridiques puisse permettre de dégager des arguments supplémentaires, voire des lignes de rapprochement entre les deux positions.

Au-delà de l'intérêt purement scientifique qu'il y a à tenter de décrire au mieux la réalité des phénomènes juridiques entourant les cryptoactifs et leurs usages, la reconnaissance de l'existence d'ordres juridiques transnationaux pourrait d'abord constituer un facteur de légitimation de leur existence et de la revendication de leur autonomie. Penser l'institution (Bitcoin, Ethereum) non pas comme une entité insaisissable, diffuse et décentralisée mais l'affirmer comme un ordre juridique alternatif – transnational – peut permettre l'émergence d'un discours juridique constructif. Il s'agirait, en d'autres termes, de légitimer les systèmes existants en admettant que le phénomène juridique n'est pas totalement nouveau. Il existe en effet des modèles dont les usages et acteurs des cryptoactifs peuvent s'inspirer pour améliorer concrètement le fonctionnement des communautés. On pense par exemple, ici, à la structuration progressive du milieu transnational sportif, au cours de laquelle des fédérations internationales ont peu à peu inclus des systèmes de règlement des différends, d'arbitrage, *etc*⁴². L'émergence du Tribunal arbitral du sport et la validation globale du système par la Cour européenne des droits de l'homme⁴³ ont affermi l'ordre transnational sportif, qui est aujourd'hui bien admis. Celui-ci dispose d'une autonomie certes relative par rapport aux États et aux organisations internationales, mais ladite autonomie est admise car elle est claire, transparente et formellement acceptée⁴⁴. Il n'y a pas d'obstacle majeur à considérer qu'un tel processus pourrait bénéficier également aux différents cryptoactifs, dont l'autonomie revendiquée pourrait être reconnue tout en permettant d'engager des discussions constructives avec les gouvernements.

⁴² V. sur ce sujet F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, *op. cit.*

⁴³ CEDH, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2 octobre 2018, n° 40575/10 et n° 67474/10.

⁴⁴ V., sur ce sujet, les actes du colloque annuel 2024 de la SFDI : SFDI, M. FORTEAU, F. LATTY (dir.), *Sport et droit international. Actes du colloque de Nanterre*, Paris, Pedone, à paraître en 2025.

Du point de vue des gouvernements, la reconnaissance de l'existence d'ordres juridiques privés spécifiques constituerait, sur le plan discursif, une forme de clarification de l'existant. L'émergence de rapports institutionnels se trouverait explicable et assumable, y compris pour évoquer les sujets environnementaux, fiscaux et éthiques mentionnés plus haut. Une telle reconnaissance permettrait de préserver l'autonomie des communautés décentralisées tout en établissant une interface avec les systèmes étatiques. En tout état de cause, l'idée selon laquelle concevoir ces communautés cryptoactifs comme des ordres juridiques transnationaux pourrait permettre de trouver des solutions politiques à certaines problématiques actuelles n'est sans doute pas à rejeter en bloc. Penser l'ordre juridique transnational de la *blockchain*, les ordres juridiques des cryptoactifs pourrait ainsi ne pas relever d'une démarche strictement théorique, mais contribuer à une solution politique permettant à la fois de préserver un secteur économique actif et de l'insérer dans un paysage juridique déterminé.

Demeure l'épineuse question de la qualification. Si l'on admet l'existence d'un droit transnational des cryptoactifs, fondé sur la technologie *blockchain*, peut-on pour autant parler de *lex crypto-monetae* comme on a pu parler de *lex monetae*⁴⁵ ? Rien n'est moins certain, puisque les cryptoactifs ne sont, justement, pas juridiquement des monnaies – en France tout du moins. L'expression « *lex crypto-monetae* » souffrirait donc de la même imprécision sémantique que celle de « cryptomonnaie ». En partant de l'idée – ou du constat, en droit français – selon laquelle les cryptoactifs ne sont pas des monnaies mais des « actifs », on peut oser le néologisme « *lex cryptopeculii* ».

Le terme peut certainement être discuté⁴⁶. Certes, le dictionnaire Gaffiot indique que « *peculiaris* » signifie « acquis avec le pécule ; relatif au pécule », « *peculium, ii* » signifiant pour sa part « pécule, petit bien amassé par l'esclave » – mais aussi, en dernier lieu, « argent amassé sous par sous »⁴⁷. D'autres dictionnaires, comme le Lewis & Short, indiquent plutôt que « *peculium* » se traduit, au sens général, par « propriété »⁴⁸, terme qui semble adapté à l'idée d'actif. Le dictionnaire latin-allemand de K. E. Georges traduit même le terme par « fortune », à l'origine concernant le bétail⁴⁹. En somme, le débat sur la traduction est pleinement ouvert ; celui pour la « bonne » qualification juridique le reste tout autant.

⁴⁵ Par exemple, v. Éric LOQUIN, « Délimitation juridique des espaces monétaires nationaux et espace monétaire transnational », in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Dijon, Litec, coll. des travaux du CREDIMI, 1988, pp. 429 et ss.

⁴⁶ Je remercie Geneviève Bastid-Burdeau pour ses remarques sur ce point, qui m'ont incité à étudier plus précisément la question et à me replonger dans mes ouvrages de latin.

⁴⁷ F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin français*, Paris, Hachette, 1934, p. 1130.

⁴⁸ Ch. T. LEWIS, Ch. SHORT, *A New Latin Dictionary*, New York, Harper, 1891, p. 1322.

⁴⁹ K. E. GEORGES, *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*, Leipzig, Hahn'she Verlags – Buchhandlung, 1913, p. 1529.