

La revendication d'actifs numériques

Hubert de Vauplane

Avocat associé Kramer Levin

Comme on le sait, l'action en revendication est celle qu'exerce le propriétaire contre le tiers qui détient son bien et refuse de le restituer en contestant son droit. L'action tend à la reconnaissance d'un droit de propriété et a pour but la restitution du bien. L'obligation de restitution est traditionnellement liée au concept de dépôt. D'où le rapprochement entre les obligations pesant sur le dépositaire et celle pesant sur le conservateur de titres financiers, même si le contrat de conservation se détache par sa complexité du contrat de dépôt de droit commun¹⁴.

Dans quelle mesure l'action en revendication est-elle possible pour les titulaires d'actifs numériques ? Ceux-ci sont-ils aussi bien protégés que les titulaires de titres financiers en cas de défaut du teneur de compte-conservateur ?

On sait que le droit français apporte une protection particulièrement forte aux titulaires de titres financiers. Quatre articles du code monétaire et financier sont spécialement dédiés à la protection du titulaire de compte, dont deux sont particulièrement protecteurs ; l'un prévoit expressément l'interdiction, sauf accord du titulaire, d'utiliser les titres financiers inscrits en comptes pour son propre compte ; un autre prévoit qu'en cas de « faillite » du teneur de compte, l'administrateur ou le liquidateur vérifie « que l'ensemble des titres financiers sont en nombre suffisant pour que l'intermédiaire puisse remplir ses obligations vis-à-vis des titulaires de compte », permettant ainsi au titulaire de demander le virement de ces titres chez un autre intermédiaire. À ces dispositions législatives, la jurisprudence a consacré une obligation de restitution des titres par l'intermédiaire teneur de compte en cas de disparition de ceux-ci¹⁵, que l'on trouve retranscrite dans le RG AMF, lequel prévoit que l'intermédiaire a « l'obligation de restituer les titres financiers qui sont inscrits en compte-titres dans ses livres » (article 322-7, 5°).

Avant d'examiner si l'action en revendication peut être admise dans le cas d'actifs numériques, il convient d'examiner la situation du titulaire d'actifs numériques par rapport à celle du titulaire de titres financiers.

La première différence tient en ce que le titulaire de titres financiers est propriétaire des titres, lors même que ceux-ci seraient conservés par un tiers (un teneur de compte conservateur, « TCC »). Cette qualité de propriétaire lui est reconnue par la loi comme par la jurisprudence. C'est parce que les titulaires de titres financiers sont propriétaires de leurs titres que leur intermédiaire teneur de compte conservateur ne peut pas les utiliser sans leur accord ; c'est encore pour la même raison que ces titres financiers ne sont pas inscrits au bilan des intermédiaires teneurs de compte conservateur et qu'ils sont ségrégués de façon autonome aussi bien dans leurs livres que dans ceux du dépositaire central ; c'est toujours pour la même raison que ces titres

14 - L. Barre, *Le dépôt de titres financier et le droit commun*, thèse, Toulouse, 2015.

15 - Cass. com., 4 mai 2010, Delta Asset Management c/ Dexia, Bull., n° 497 ; et Cass. com., 4 mai 2010, DTAM c/ Société Générale, Bull., n° 500.

peuvent être transférés auprès d'un autre intermédiaire en cas de défaut du teneur de compte conservateur ; c'est enfin au titre de la protection de la propriété des investisseurs qu'il existe un régime de « garantie des dépôts titres »¹⁶. Or, la nature particulière des actifs numériques ne leur permet pas un traitement identique à celui des titres financiers en cas de faillite de l'intermédiaire auprès duquel ces actifs numériques sont « conservés » (article L. 54-10-2 du code monétaire et financier).

Plus fondamentalement, peut-on véritablement parler d'une « propriété » d'actifs numériques, c'est-à-dire l'exercice d'un droit réel sur une chose de manière exclusive ? Ne doit-on pas plutôt évoquer le « contrôle » sur ces actifs numériques, c'est-à-dire non la possibilité d'appréhender matériellement le bien, mais la maîtrise effective de ce bien, la faculté d'accéder à celui-ci afin de le transférer et d'en disposer ? Ce qui se rapproche plus de la possession, vue de façon extensive compte tenu du caractère immatériel des actifs numériques.

La deuxième différence est d'ordre pratique : la situation du titulaire d'actifs numériques est différente de celle d'un titulaire de titres financiers en ce qu'il n'est pas toujours possible d'identifier un émetteur de ces actifs ou jetons. On rappellera qu'aux termes de l'article L. 54-10-1 que la notion d'actifs numériques recouvre deux définitions distinctes :

« Les jetons mentionnés à l'article L. 552-2, à l'exclusion de ceux remplissant les caractéristiques des instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 et des bons de caisse mentionnés à l'article L. 223-1 » ;

« Toute 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 ».

Les premiers sont ce qu'il est coutume d'appeler des jetons d'usage, alors que les seconds constituent des valeurs monétaires (ou cryptomonnaies) sans être juridiquement de la monnaie. Les uns sont « émis » par une société ou un autre type d'organisation, généralement au titre du financement de son projet dans le cadre d'une ICO, les autres sont « créés » par un protocole, dans le cadre d'une blockchain publique ou privée, sans qu'il soit possible le plus souvent d'identifier un « émetteur » (tout au moins pour les blockchains publiques). Cette distinction dans le fonctionnement des actifs numériques conduit à traiter différemment chacun de ces cas dans la mesure où l'absence d'« émetteur » d'actifs numériques affecte la nature du droit des titulaires sur ceux-ci, puisqu'il est impossible pour ceux-ci de considérer l'existence d'une relation contractuelle au titre de l'émission de l'actif. La question de la revendication d'actifs numériques semble ainsi plus se poser pour les « jetons » mentionnés à l'article L. 552-2 du code monétaire et finan-

cier que pour les cryptomonnaies qui, du fait de leurs caractéristiques, ne peuvent pas être « revendiquées ». Une fois émis, ces jetons sont transférés aux investisseurs qui disposent alors de différentes options pour en assurer le contrôle. Ils peuvent transférer ces jetons sur le portefeuille (« wallet ») d'un prestataire de services ou d'une plateforme d'échange (« hot storage ») ou les enregistrer dans un support matériel (« cold storage »). Comme on le voit, l'accès aux jetons liés à une blockchain ne peut être réalisé que via le recours à une technologie qui permet d'accéder à l'actif numérique. Dans le second cas, c'est le titulaire des actifs numériques qui possède les éléments permettant d'accéder à ceux-ci (la « clé privée »), alors que dans le premier cas, c'est le prestataire ou la plateforme d'échange qui dispose des éléments permettant d'accéder à ces actifs. Mais, dans le premier cas, le prestataire ou la plateforme d'échange n'est pas le « gardien » des jetons ou des cryptomonnaies dans le sens qu'il en assure la « garde » ou la « conservation », mais un prestataire technique mettant à la disposition du titulaire des actifs numériques les conditions pour que celui-ci puisse effectuer des achats et des ventes ou des transferts de ces actifs, autrement dit, pour que le titulaire dispose pleinement du contrôle sur ses actifs. D'un point de vue juridique, cela revient à considérer que le prestataire technique ne peut pas être qualifié de possesseur ni propriétaire des actifs numériques.

Mais certains intermédiaires peuvent proposer un service de « conservation » des actifs numériques qui aille au-delà d'une simple prestation technologique. De la même manière qu'il existe un métier de « conservation de titres financiers », il est possible que le développement des actifs numériques soit l'occasion de voir se développer un métier de « conservation d'actifs numériques ». Dans un tel cadre, les obligations du « conservateur » ne se limitent plus à la fourniture d'un support matériel ou d'une technologie permettant l'accès aux actifs numériques, mais visent aussi à apporter aux titulaires de ces actifs un rôle de sécurité dans la « conservation » de ces actifs en en assurant le contrôle. Ou la garde. Et c'est bien là tout le débat.

De ce fait, il est tentant de voir dans la relation entre le titulaire d'actifs numériques et l'intermédiaire auprès de qui ces actifs sont enregistrés au sein d'un « wallet » un contrat de conservation, de la même manière que pour les titres financiers. Cette tentation se justifierait par la nécessité de protéger les propriétaires d'actifs numériques de la même manière que les propriétaires d'instruments financiers en créant à leur profit une obligation absolue de restitution¹⁷.

Conservation et garde d'actifs numériques

La question de l'action en revendication sur des actifs numériques est liée à la portée des obligations qui pèsent sur les intermédiaires qui « conservent » ces actifs. Ceux-ci agissent-ils dans le cadre d'un contrat de dépôt, de conservation, de louage d'ouvrage ? Devant les spécificités propres aux actifs numériques, la loi PACTE a mis en place un régime particulier s'agissant des obligations qui pèsent sur le prestataire d'actifs numériques exerçant l'activité de « conservation » de ces actifs. Alors que la première version du texte adoptée par l'Assemblée nationale mettait en place un régime qui s'inspirait très largement de celui en vigueur pour les TCC de titres financiers avec une obliga-

16 - Comme l'indique le Fonds de garantie des dépôts et de résolution, « la garantie des titres du FGDR entre en jeu lorsque l'ACPR constate que le prestataire n'est plus en mesure de restituer à ses clients les instruments financiers dont il a la garde. Ceci implique que deux conditions soient simultanément réunies : (i) les clients, bien que propriétaires, n'ont plus la disponibilité des titres dont ils ont confié la garde au prestataire (les titres, par exemple, ne sont plus en compte, ils ont « disparu ») ; (ii) de plus, la situation financière du prestataire ne lui permet pas de restituer des titres aux clients, ni de les rembourser (pour cause de cessation des paiements) ». (<https://www.garantie-des-depots.fr/fr/garanties-du-fgdr/la-garantie-des-titres>). C'est donc bien l'impossibilité de restitution par l'intermédiaire financier d'un bien appartenant à un tiers qui déclenche la mise en œuvre du FDGR.

17 - Cf. H. de Vauplane, « Fongibilité du Bitcoin : l'exemple du 'Bitcoin Fork' et des contrats de prêt de Bitcoin » RTDF n° 2/3-2018, chron. Digitalisation et droit financier, p. 89.

tion de restitution des actifs numériques pesant sur les conservateurs, de nombreux acteurs de l'écosystème des crypto-actifs ont signalé la différence de nature entre un titre financier et un actif numérique, justifiant une approche différente quant à la question de la restitution. Un amendement¹⁸ a permis de modifier à la fois la définition du service de conservation et l'obligation de restitution¹⁹.

L'exposé des motifs de l'amendement faisait référence au « service de garde d'actifs numériques », car lors des débats parlementaires il avait été envisagé de remplacer le terme « conservation » par celui de « garde ». Le contenu de l'amendement a bien été modifié, mais son exposé des motifs n'a pas été mis à jour et comporte donc cette référence à la notion de garde. L'usage de cette notion a été critiqué fortement par plusieurs acteurs de l'écosystème, au motif que la notion de « garde » n'a de sens qu'à l'égard des choses corporelles. La première version de l'article L. 54-10-5, qui établit la liste des obligations à respecter par les PSAN fournissant le service de conservation d'actifs numériques pour le compte de tiers et bénéficiant d'un agrément pour fournir ce service, prévoyait que ces PSAN devaient à tout moment s'assurer qu'ils « sont en mesure de restituer les actifs numériques ou les clés cryptographiques conservés ». Cette obligation de restitution « à tout moment » a elle-même été vivement critiquée par les acteurs de l'écosystème : il a été fait remarqué que le PSAN fournissant le service de conservation d'actifs numériques ne maîtrise pas le fonctionnement de la *blockchain* sur laquelle sont inscrits les actifs numériques qu'il « conserve ». Le débat entre les professionnels et les pouvoirs publics résidait dans la portée de cette « restitution », entre une obligation de résultat et une obligation de moyen pesant sur l'intermédiaire. Si la rédaction initiale de la loi s'apparentait à une obligation de résultat (restituer les actifs numériques), la rédaction adoptée par le Sénat a été atténuée pour se rapprocher d'une obligation de moyen (restituer l'accès aux actifs numériques). Le rôle des PSAN bénéficiant de l'agrément consiste à s'assurer « de la mise en place des moyens nécessaires à la restitution dans les meilleurs délais des actifs numériques ou d'un accès aux actifs numériques détenus pour le compte de leurs clients ». Les futures dispositions du Règlement général de l'AMF (RG AMF) sur les conservateurs d'actifs numériques devraient également se concentrer sur la maîtrise et la restitution des moyens d'accès, ainsi que la ségrégation des actifs numériques détenus par les clients.

L'impossible revendication d'actifs numériques

L'action en revendication nécessite d'une part que le revendiquant soit propriétaire du bien revendiqué, d'autre part que le bien revendiqué puisse être reconnaissable, individualisé, afin de pouvoir identifier leur origine. On sait que la jurisprudence refuse de reconnaître l'efficacité d'une action en revendication sur une somme d'argent au motif de leur impossible individualisation du fait de leur caractère fongible²⁰. Si la question de la fongibilité des actifs numériques reste ouverte²¹, il reste qu'il est difficile aujourd'hui de considérer que ces actifs numériques sont individualisables au point de permettre une revendication. Peut-on affirmer sans discussion que les actifs numériques puissent faire l'objet d'une propriété ?

La propriété des titres financiers est affirmée tant par la loi que par la jurisprudence. Mais l'on doit convenir qu'il s'agit plus d'une fiction juridique que d'une réalité opérationnelle. En fait, l'on doit convenir qu'en « l'absence de cette réglementation détaillée, le droit de propriété énoncé à l'article L. 211-3 [et L. 211-4] du Code monétaire et financier resterait lettre morte »²². La protection des titulaires de titres financiers en qualité de propriétaire ne tient pas tant à la nature juridique des titres financiers qu'au régime légal et réglementaire qui leur est attaché. Il est apparu depuis la dématérialisation des titres plus protecteur pour les investisseurs de les considérer comme des propriétaires que comme des créanciers, ou de leur appliquer un régime juridique *ad hoc*, comme ont pu le faire les Américains avec la notion de *securities entitlement*²³. Peut-on d'ailleurs véritablement considérer l'existence d'une action en revendication pour les titres financiers ? Certes, une partie de la doctrine estime que la possibilité accordée aux titulaires de ces titres de les transférer sous forme d'un virement chez un autre intermédiaire financier en cas de faillite de son TCC pourrait être qualifiée comme une forme d'exercice de l'action en revendication du propriétaire²⁴, ou à tout le moins aboutit à un résultat proche, si ce n'est similaire de celui d'une action en revendication. L'opinion n'est toutefois pas partagée par une autre partie de la doctrine pour qui le fait de prévoir qu'en cas d'insuffisance d'inscriptions, le titulaire devra déclarer sa créance au représentant des créanciers, affaiblit la notion de droit de revendication.

Au-delà du débat technique sur l'effectivité de l'action en revendication sur des titres financiers, la protection des détenteurs d'actifs numériques n'est pas identique à celle des détenteurs de titres financiers. En l'état actuel du droit,

18 - https://www.senat.fr/encommission/2018-2019/28/Amdt_COM-281.html.

19 - Exposé des motifs de l'amendement : « La définition des services de conservation pour compte de tiers issue de la première lecture du texte à l'Assemblée Nationale doit être précisée. En effet, une consultation des acteurs de l'écosystème a amené à distinguer plus finement le service de conservation des clés cryptographiques privées pour compte de tiers de la conservation des actifs numériques en tant que tels, sachant que la restitution de clés cryptographiques (implicite dès que l'on manie la notion de conservation) ne correspond ni aux projets des acteurs et ni à la réalité de la technologie Blockchain.

Seul le service de garde d'actifs numériques serait par conséquent soumis à une obligation de moyen de restitution dans les meilleurs délais de ces actifs, tandis que les moyens d'accéder à ces actifs sont regroupés au sein de la notion d'accès aux actifs. En effet, certains prestataires pourraient arguer du fait que les actifs restent stricto sensu intégrés à la blockchain et qu'ils n'en sont par conséquent jamais véritablement les dépositaires.

Ce possible contournement est donc ici évité en accolant les deux notions d'actif et d'accès à des actifs, qui par ailleurs reflètent la distinction mise en place dans les termes de la quatrième directive révisée, que nous avons souhaité transposer aussi littéralement que possible. »

20 - Com. 4 février 2003 : D. 2003, AJ p. 1230, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2003, p. 572, note A. Martin-Serf ; Defré. 2003, art. 37810, p. 1163, note R. Libchaber

21 - Cf. H. de Vauplane, « Fongibilité du Bitcoin : l'exemple du 'Bitcoin Fork' et des contrats de prêt de Bitcoin » RTDF n° 2/3-2018, chron. Digitalisation et droit financier, p. 89

22 - T. Cremers, « La blockchain et les titres financiers : retour vers le futur », *Bull. Joly Bourse*, Juin 2016, p. 271.

23 - « Le concept même de securities entitlement traduit dans une très large mesure l'abandon du droit réel sur les titres et son remplacement par un ensemble de droits personnels à l'encontre de l'intermédiaire. Les systèmes juridiques européens, droit anglais compris, ont résisté à ce changement et sont restés attachés aux redéfinitions ontologiques » : *idem*.

24 - De fait, l'article 12 alinéa 1 du décret n° 49-1105 du 4 août 1949 relatif au régime des valeurs mobilières admises aux opérations de la SICOVAM prévoyait que la « revendication des propriétaires d'actions déposées s'exerce conformément à l'article 574 du Code de commerce sur la masse des actions de même nature existant dans l'établissement ou versées à un compte-courant ». Les actions non individualisées par l'inscription étaient traitées comme un corps certain.

certaines dispositions protectrices propres à ceux-là ne s'appliquent pas à ceux-ci. Notamment la possibilité offerte à ceux-là de procéder à ce virement en cas de faillite de leur intermédiaire (L. 211-10 du code monétaire et financier). Rien de tel n'existe en ce qui concerne les actifs numériques concernant les PSAN. Et si le législateur voulait reprendre cette disposition au cas des actifs numériques, ce ne seraient pas les actifs numériques qui pourraient faire l'objet d'un virement, mais l'accès au contrôle de ces actifs qui devrait être transféré à un autre PSAN.

En effet, la différence de nature entre titres financiers et actifs numériques oblige à considérer un traitement propre et distinct de ce que pourrait être une action en revendication. Si les titres financiers au porteur ne peuvent être inscrits qu'auprès d'un TCC sur lequel pèse une obligation de restitution particulière, on a vu que les actifs numériques peuvent être stockés (mot neutre...) via le recours à différents moyens techniques. Ce n'est que dans le cas où ces actifs numériques sont stockés chez un PSAN agréé en qualité de conservateur d'actifs numériques qu'il est possible de mettre en place un mécanisme se rapprochant de l'article L. 211-10 du code monétaire et financier. Dans les autres cas, soit les intermédiaires agissent à titre purement technique, soit les titulaires contrôlent eux-mêmes leurs actifs numériques. Ce qui revient à considérer que dans ces deux dernières situations le titulaire d'actifs numériques est moins bien protégé que celui de titres financiers. Ce n'est pas en soi un problème, mais dans un système où les investisseurs sont souvent « surprotégés », il conviendra que ceux-ci soient bien conscients des risques lorsqu'ils ne stockent pas leurs actifs numériques chez un PSAN. ■