

149k4

Analyse des blockchains au regard des usages qu'elles peuvent remplir et des fonctions que les officiers ministériels doivent assurer

Essentiel

La blockchain est une technologie qui n'est pas, en soi, bonne ou mauvaise. Elle est plus ou moins adaptée aux fonctions qu'elle est apte à remplir. Ce qu'il faut ensuite confronter aux fonctions que l'État a dévolues aux officiers ministériels. Or, autant les fonctions de conservation et de duplication des actes gagnent à être transférées et développées dans cette technologie, autant la fonction d'élaboration des *instrumentums* ne peut être assumée que par des officiers ministériels auxquels l'État demande de vérifier la correspondance entre les mentions des *instrumentums* et la réalité des *negotiums*, ce que seuls des êtres humains peuvent mener et ce qu'aucune machine ne peut faire.



Marie-Anne FRISON-ROCHE
Professeur de droit de la régulation
et de la compliance à Sciences Po
Paris

Introduction et résumé

L'analyse technique de la confrontation entre l'outil que constitue la blockchain et les fonctions que doivent assurer les « officiers ministériels » doit permettre de déduire l'usage que les officiers ministériels ont vocation à faire des blockchains.

Pour cela, il est nécessaire de garder à l'esprit cette distinction si simple : la blockchain est un outil, une chose, un dispositif mécanique, un ensemble d'algorithmes, une mécanique renvoyant à des capacités mathématiques basées sur la maîtrise et le maniement des chiffres

et des cryptages, tandis que l'officier ministériel est un être humain.

Cela renvoie à la distinction que le système juridique occidental, qu'il soit de *Civil Law* ou de *Common Law*, pose comme *summa divisio* : la distinction entre les êtres humains et les choses. Cette distinction première est formulée pour que l'on ne traite pas les êtres humains comme des choses, impossibilité produite puisqu'ils sont qualifiés de « personnes ». Il ne s'agit pas d'une idée naturelle, car si l'occasion se présente nous serions bien enclins à traiter l'autre être humain comme une chose. Cela serait à la fois si agréable et si efficace : la tendance en est naturelle à la fois à titre individuel (agrément) et pour le système (efficacité).

Mais le droit, dans son premier principe qui oppose la « personne » et les « choses », rendant les choses disponibles à la personne et la personne indisponible, s'y oppose, afin d'empêcher celui qui n'aurait les moyens d'être un loup pour l'autre. Locke a soutenu que c'est la *ratio legis* de la société. Cette raison de nature politique implique que cette distinction entre la personne et les choses demeure très claire. Aujourd'hui, l'on tente à tout instant de nous la faire oublier.

Pour que cette distinction essentielle demeure effective, non seulement il ne faut pas que l'on imagine des êtres humains comme des choses (limités à leur corps, par exemple, ou réduites à des actes mécaniques de consommation), ainsi que cela est notamment décrit

NDA : Cet article prend appui sur un document de travail doté de développements supplémentaires sous forme de notes, de références techniques et de liens hypertextes. Il est librement accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/la-fonctionnalite-juridique-de-la-blockchain-au-re/>
Le *working paper* en langue anglaise, *Analysis of Blockchains with regard to the uses they can fulfill and the functions that the Ministerial Officers must ensure* pareillement doté, est accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/en/article/la-fonctionnalite-juridique-de-la-blockchain-au-re/>

et dénoncé par Alain Supiot dans ses ouvrages successifs, mais il ne faut pas non plus que, notamment par un vocabulaire imaginé, l'on représente des choses comme agissant comme des personnes, alors qu'il ne s'agit que d'outils.

Or la technologie nous représente de plus en plus des choses à formes et à réactions anthropomorphiques, à travers des robots qui nous « parlent », des machines « intelligentes », des algorithmes qui « apprennent », etc. Le succès économique des promoteurs de machines, et autres robots à forme humaine, des solutions mécaniques présentées comme « intelligentes » repose sur l'oubli de la distinction de la personne et des choses.

Nous pourrions alors acheter des machines qui nous aiment, qui nous apprennent, qui nous éduquent, qui soient nos maîtres. Ainsi l'aphorisme des promoteurs de ce que l'on appelle d'une façon imagée « l'intelligence artificielle », « The code is Law » (le code binaire de la formule mathématique est la loi, que la réglementation suivra) aura balayé le précepte de Portalis : « Les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ».

Il est certes possible d'effacer cette distinction entre la personne et les choses de notre système de pensée, puisqu'il ne s'agit ni d'une distinction naturelle ni d'une distinction évidente. La difficulté est qu'elle est la base du droit occidental et qu'il y a de fortes raisons de la conserver car c'est ce qui protège l'être humain faible contre l'injustice, ce qui lui permet de participer à l'ordre général et à l'organisation de la société, d'éviter un ordre construit sur un pur rapport de force, lequel ne peut que conduire à de la violence.

C'est cet arrière-plan-là qui se joue dans l'insertion des blockchains et autres technologies, en ce qu'elles impliquent de concevoir d'une autre manière la façon dont les différentes professions doivent exercer aujourd'hui leurs fonctions. Si ces outils sont conformes à ces fonctions, voire les améliorent, les professionnels doivent les accueillir sans réserve, voire participer directement à leur développement. Si ces outils ne sont pas aptes à remplir certaines fonctions confiées à ces professionnels, et qu'il s'avère que ces fonctions sont nécessaires, voire essentielles, alors il faut *a fortiori* veiller à ce que, par inadvertance ou malignité, ces fonctions-là ne soient pas insérées dans une blockchain, dont la capacité de conservation et de fiabilité n'équivaut en rien à une capacité de penser. Une machine ne pense pas.

C'est pourquoi il faut partir des fonctions, en distinguer la fonction technique de conservation des actes, la fonction technique de duplication des actes et la fonction d'élaboration des actes qui ne peut se réduire à cela (I). Il apparaît qu'à supposer la fiabilité de conservation et duplication acquise, dès l'instant qu'il y a une part

d'élaboration dans l'acte, une intervention humaine doit avoir lieu car une machine est inapte à effectuer les vérifications nécessaires. L'on retrouve ici la distinction entre le *negotium* retranscrit, cette retranscription n'étant jamais mécanique, et l'*instrumentum* lui-même qui, scindé de ce qui l'a fait naître peut être soumis à des technologies duplicatives et de conservation à ce point efficaces que les notions d'original et de copie pourraient être remises en question en raison de la fiabilité de la blockchain (II).

Ainsi la blockchain est une technologie efficace sur les *instrumentums* comme actes scindés des *negotiums*, ce qui est une révolution profonde. Mais cette technologie ne peut en rien garantir la correspondance entre le *negotium* et l'*instrumentum*. La fiabilité ainsi apportée dans la conservation, la disponibilité et la duplication à l'infini des *instrumentums* est non seulement extrêmement utile mais ne contredit en rien l'office des officiers ministériels. Cette fiabilité technologique justifie que les officiers ministériels l'intègrent et la favorisent. Mais la fonction de ceux-ci ne se limite pas à être des conservateurs et des duplicateurs. Nous ne passons pas du moins copiste à la blockchain. Leur principal office est de vérifier l'exactitude des mentions de l'*instrumentum* par rapport à la réalité du *negotium*. Cette assurance d'exactitude par rapport à la réalité est si précieuse dans une économie de marché. L'officier ministériel le fait en tant qu'être humain, tandis qu'une machine ne peut ni vérifier cette correspondance, ni conseiller les parties – notamment pas la partie faible dans le *negotium*.

Or, le droit a pour fonction de protéger les personnes. C'est une des raisons fondamentales pour laquelle il a opposé la « personne », toujours considérée dans sa singularité, et les choses, catégorie dont les machines doivent continuer de relever. C'est pourquoi l'État – qui n'a jamais ignoré l'efficacité des techniques de « décentralisation » – s'est décentralisé dans son office et son pouvoir via des officiers ministériels, afin qu'ils dressent d'une façon autonome des actes qui racontent ce qui s'est passé (*instrumentum*), acte correspondant à la réalité objective des transactions (leur objet) aussi bien qu'à leur réalité subjective (consentement). Si l'on choisit de ne plus confier cela à des êtres humains porteurs de cette fonction-là, pour laquelle une machine est inapte, cela serait un choix politique (III).

Cela serait le choix d'un marché très liquide et sans sécurité : sans intermédiaire, sans coût en ex ante, sans garantie, sans considération du long terme. Pourquoi pas. Cela produit des économies immédiates, comme le fait toute désintermédiation. Cela fut fait par le droit américain, notamment pour les prêts immobiliers, recopiés par quiconque sans vérification, puis retranscrits et découpés des millions de fois dans des *subprimes*. Le réajustement entre ce qui est marqué sur le titre et ce qui est la réalité des choses s'opère sur le long terme, en

ex post, par une crise, qui restaure les informations. Elle arriva en 2008. Pour l'instant, ce choix politique n'est pas fait par le droit européen, le souci de sécurité dans le lien d'exactitude entre les biens, les volontés, et les titres qui en parlent (élaboration des actes) est préféré. Cela tient au fait que l'Europe a été le principal payeur de la crise financière née aux États-Unis et que l'Europe distingue l'aptitude humaine et l'aptitude mécanique.

Une fois que cette distinction est clairement faite, parce que l'élaboration d'un acte doit être faite par l'officier ministériel, être humain investi par l'État de la charge particulière d'assurer l'exactitude des mentions de l'acte avec la réalité des personnes, des volontés, des obligations et des biens, il est d'autant plus opportun que les officiers ministériels s'organisent pour développer la technologie des blockchains. En effet, une fois que cet acte élaboré d'une façon fiable, et méritant à ce titre d'être authentique, en raison du *continuum* entre élaboration, conservation et duplication, parce que c'est aux officiers ministériels d'élaborer les actes les plus incontestablement fiables, c'est à eux de se doter des moyens technologiques de les conserver et de dupliquer efficacement (IV).

I. Distinguer la fonction technique de conservation, de duplication et d'élaboration des actes

Reprenons les trois fonctions technologiques d'une blockchain par rapport à ce qu'est le rapport juridique entre le *negotium* et l'*instrumentum*. Tout d'abord la fonction de conservation et de duplication des actes instrumentaires, la blockchain ouvrant la perspective d'originaux à l'infini (A), puis la fonction d'élaboration de l'acte instrumentaire par rapport à la réalité du *negotium*, correspondance de l'un par rapport à l'autre que la technologie de la blockchain ne peut pas assurer (B).

A. La fonction de conservation et de duplication des actes : des originaux à l'infini ?

Le droit positif fait déjà crédit à la technologie de la blockchain dans sa fiabilité de conservation et de duplication des actes d'une part. Ainsi l'Ordonnance du 8 décembre 2017 *relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers* suppose la fiabilité technologique du système. De la même façon, une fois qu'une société a émis des titres qui ne sont pas des titres de capital mais qui représentent néanmoins des créances négociables sur celle-ci (*Initial Coin Offering - ICO*), mécanisme repris par la loi dite *PACTE* du 22 mai

2019, auxquelles le régulateur peut lui-même apporter son crédit par un visa optionnel, ces biens financiers peuvent circuler.

Si cela est vrai pour la « représentation » et la « transmission » des titres financiers, en adéquation avec l'impératif du droit financier du principe de liquidité du marché financier, cela peut fonctionner pour d'autres « titres » que les titres financiers, dès l'instant que le document dont il s'agit n'est pas modifié dans ses mentions par la « représentation » ou la « transmission » qui en est faite.

Ainsi et comme le montrent déjà de nombreuses expériences, des archivages peuvent être faits de documents, dont des fragments peuvent être détachés et transférés au besoin, sans obstacles quantitatif, sans limitation de temps, etc. C'est pourquoi l'on a parfois comparé la blockchain à une sorte de tableau Excel. Cette comparaison restitue le fait qu'il s'agit bien de stockage de documents mais elle est souvent formulée d'une façon un peu méprisante, ne tenant pas compte du fait que la décentralisation du système de blockchain ne permet plus, une fois la mention insérée, la falsification de celle-ci (qualité que l'on n'a pas avec une mention d'un tableau Excel).

Dès lors, une fois la mention insérée, qu'il s'agisse d'un simple relevé de consommation ou d'un acte complexe de vente, le mécanisme de la blockchain rend infalsifiable cette mention. Celui qui est autorisé à la prélever et à s'en prévaloir au regard des tiers serait donc absolument certain de la coïncidence entre la mention cryptée dans la blockchain et la mention dupliquée pour son usage externe.

S'il en est ainsi, la conséquence juridique en est très importante puisque la distinction entre ce qui est l'acte original et ce qui est la copie perdrait de sa pertinence en ce que par la fiabilité technologiquement absolue de la duplication, si la copie devient un document aussi fiable que celui dont elle est la copie technologique, alors elle est l'original elle-même. Ainsi, la blockchain serait la technologie produisant des originaux à l'infini.

Cela suppose que la fiabilité technologique de l'instrument soit absolue. Certains en doutent, notamment à cause de sa faiblesse face au piratage et parce qu'il n'est pas technologiquement possible de produire un *instrumentum* ne comprenant que certaines mentions et n'en comprenant pas d'autres. Car les « titres financiers », seuls types de titres visés par l'Ordonnance du 8 décembre 2017, sont des sortes de blocs qui se prêtent à cette scission, étant eux-mêmes des biens. Des *intrumentums* plus complexes pourraient ne pas pouvoir s'y prêter, ce qui conduirait à revenir à la méthode du « certifié conforme ».

Ces questions-là, c'est aux officiers ministériels de les poser, voire de les résoudre technologiquement.

Mais il faut toujours qu'au départ l'acte instrumentaire soit établi. Sa valeur dépend de sa correspondance étroite avec ce qui s'est passé.

B. La fonction d'élaboration des actes : une fonction qui ne peut être mécanique

Les mentions de l'acte instrumentaire relatent la réalité de ce qui se passe : la volonté effective des parties sur ce qu'il convient de faire des biens, les obligations auxquelles elles consentent de se soumettre, la volonté testamentaire par laquelle une personne dispose par avance de ses biens, etc. La confiance, bien public des marchés et aujourd'hui bien public du monde numérique, fonde que l'acte authentique soit par nature un « acte de marché », parce qu'il n'est pas un acte « recopié » par le notaire. L'acte authentique est « dressé » par celui-ci : il n'est pas le représentant des parties, ne conseillant pas davantage l'une que l'autre, même s'il n'est le notaire que de l'une d'elles.

Descendant du juge, comme le tabellion, le notaire, en dressant l'acte, en demeure l'auteur. Il n'est pas l'intermédiaire des parties, il est un tiers-auteur de l'acte. Cette qualité d'auteur est essentielle et il en rendra compte s'il écrit des faits qui s'avèrent par la suite inexacts. Le mécanisme d'*accountability* s'est toujours appliqué à lui. En effet, le notaire ne fait pas que recopier ce qu'on lui dit ou ce qu'on lui présente : il a en charge de vérifier lui-même l'exactitude des mentions, condition pour qu'il soit efficace et raisonnable de conférer à l'acte instrumentaire ainsi élaboré son incontestabilité.

Comment une technologie, si mécaniquement fiable soit-elle, pourrait-elle faire cela ?

Il est donc essentiel de distinguer la fonction d'élaboration de l'action de la fonction de conservation de l'acte. La fonction de conservation est une fonction statique, puisqu'elle n'ajoute rien. La duplication d'un acte, à l'identique, est tout aussi statique, puisqu'elle n'apporte rien (dès l'instant que la duplication est fiable et que l'on croit par ailleurs la machine infallible dans sa reproduction des actes à l'identique).

Quand l'exécution des contrats est mécaniquement faite, en quoi cela devrait-il changer ce triptyque essentiel ? Cela n'est pas nouveau car non seulement le *trading* à haute fréquence a précédé la blockchain, mais Carbonnier, lorsqu'il présentait le contrat comme pilier du droit, évoquait déjà la machine distribuant « toute seule » les boissons (cas plus coloré que celui de la machine qui ne distribue que des billets de banque), sorte de contrat auquel l'on n'avait pas encore songé à accoler cet oxymore de *smart...*

II. Si le nouveau *negotium* implique une altération substantielle d'un acte instrumentaire, la fiabilité des mentions suppose un acte d'élaboration, acte humain

L'État peut faire advenir des titres aux mentions incontestables, comme les registres d'état civil ou les jugements, parce que ses agents, qui les dressent unilatéralement et qui sont des êtres humains, vérifient l'exactitude des mentions concernant la réalité des choses, tout en étant des tiers par rapport aux parties intéressées lesquelles sont impliquées dans la situation relatée dans l'acte. En cela l'officier ministériel relève de la même idée de « décentralisation » que la blockchain (A). Mais l'officier ministériel fait ce que cette technologie ne peut faire : être humain, il vérifie la coïncidence entre les mentions de l'acte qu'il dresse et la réalité de ce que celui-ci vise (B).

A. L'officier ministériel, décentralisation du sceau de l'État, selon la même idée politique que la blockchain

Depuis toujours, l'État, source de toute incontestabilité, au premier chef à travers la Constitution, qui est incontestable, a « décentralisé » cette tâche d'attacher à l'acte de l'incontestabilité : il le fit par la création des « officiers ministériels »... La technique du sceau que l'on appose sur le document pour le rendre fiable, n'est-ce pas exactement la même idée, celle d'une technologie, certes de cire, d'une empreinte reproductible par laquelle l'un peut parler pour l'autre et ainsi les actes circuler, le tiers parlant pour l'un quand il parle à l'autre ?

Là encore, c'est bien la distinction entre la conservation (le « gardien des sceaux ») et des duplications, d'une part, et l'élaboration de l'acte la première fois, d'autre part, qui est essentielle : et cela, seul le détenteur légitime du pouvoir peut le faire, pas le messager. Le messager qui porte le sceau, qu'il soit le coursier à cheval ou la blockchain n'a pas d'importance : la blockchain fait que l'on peut donner crédit à des multitudes de messagers virtuels et instantanés portant exactement le message. Elle ne l'a pas pour autant écrit.

C'est toujours bien l'État qui peut déléguer à un être humain, qu'il nomme et qu'il contrôle, son pouvoir de rendre incontestable un acte instrumentaire parce qu'il l'a mis en charge de contrôler pour lui l'exactitude, par sa façon de procéder, de contrôler, sans conflit d'intérêts parce qu'extérieur au *negotium*, des faits que l'officier ministériel rapporte dans l'acte qu'il établit.

La réforme récente et réussie des « commissaires de justice » le montre bien. Cette réforme est remarquable, en ce qu'elle a réuni sous la même appellation publique ceux qui, au nom de l'État, agissent et produisent des actes authentiques, ceux qui étaient auparavant huissiers ou commissaires-priseurs notamment, tandis que ceux qui procèdent pourtant à la même activité économique de vente aux enchères publiques, parce qu'ils ne le font plus au nom de l'État, ne le font plus avec son sceau, sont dans une autre profession : les « opérateurs des ventes volontaires ».

B. L'officier ministériel, être humain en charge par l'État de la coïncidence entre la réalité et le récit qu'il en dresse dans l'acte, ce que la blockchain ne peut faire

L'*instrumentum* peut recevoir le sceau de l'incontestable parce que des personnes habilitées ont effectivement réalisé les vérifications requises, sans être liées aux parties, devant toujours travailler dans l'intérêt de tous, même si ce tiers n'a été choisi et n'est payé que par l'une des parties (par exemple le notaire de l'acheteur). C'est bien toujours l'État sur lequel ce tiers au *negotium* reste appuyé, parce que c'est l'État qui est le garant en dernier ressort de l'exactitude entre le monde et la représentation que l'on en donne.

L'on retrouve ici la fonction « ultime » de l'État : celui qui apparaît en dernier, comme adossement de l'ensemble. Cela renvoie au mécanisme analogue à celui de la monnaie et de sa valeur, la valeur de la monnaie étant garantie par les banques centrales qui, tout comme les officiers ministériels, sont des institutions de déconcentration de l'État, leur autonomie de valeur constitutionnelle étant ce qui crée la confiance dans la monnaie.

Or, la prétention de certains à utiliser la technologie de la blockchain non plus seulement pour conserver des actes préalablement élaborés mais encore pour en produire *ab initio*, notamment pour produire une sorte de « monnaie privée », conduirait à fondre dans une même fonction transmission, conservation et élaboration.

Comme l'a souligné le président de l'*European Securities and Markets Authority (ESMA)* qui est l'autorité européenne des marchés financiers, cela revient à prétendre construire un système financier sans centre élaborant le système même, ce qui est, selon ses propres termes, une « conception anarchiste » des choses. Cette conception directement et violemment hostile à l'idée même d'État et d'organisation publique ne peut trouver son équilibre que par le mécanisme *ex post* de crise qui vient alors régulièrement réajuster l'ensemble, crevant les bulles spéculatives, constatant les détournements, etc., les victimes étant laissées là, puisque l'État ne peut être garant d'un système conçu et construit en négation de lui.

Mais c'est cette confusion entre conservation, transmission et élaboration qui n'est pas admissible, sauf à accepter dès le départ le coût de l'absence d'État et de toute garantie quand vient le temps des réajustements, les victimes n'étant souvent pas les personnes qui ont profité des moments de prospérité du système.

Ceux qui récusent cette présence de l'État à travers l'être humain qu'est l'officier ministériel, en se fondant principalement sur le « coût présent » d'un tel système intermédiaire obligatoire parce que celui-ci ne serait d'aucune utilité, ne servirait à rien puisqu'il ne se passe rien, doivent corrélativement récuser l'hypothèse même qu'il puisse y avoir une crise, soit dans le système général de propriété (qu'est-ce qui est à qui ?), soit dans le système des échanges (monnaie). Si l'hypothèse de crise n'existe pas, alors il est vrai que l'adossement sur l'État via les officiers ministériels peut être remis en question.

Mais il s'agit là de ce qu'on a pu appeler un « trompe-l'œil » car que fait d'une façon générale le droit si ce n'est se promener dans le temps ? Lorsqu'il s'agit de concevoir la responsabilité, il remonte dans le passé ; lorsqu'il s'agit d'élaborer des actes instrumentaires, il voyage dans le futur, comme l'indique le terme même de « preuve pré-constituée ».

La technologie de la blockchain serait suffisante si rien ne neuf ne se produisait, de transmission en transmission ; si rien d'inattendu ne pouvait advenir dans le temps de la conservation d'année en année, de seconde en seconde. C'est poser que l'élaboration de l'acte et la fiabilité de ses mentions serait suffisante pour que ces mentions, reproduites ensuite à l'identique, ne se dégradent pas, qu'aucun tiers n'y touche, que les mentions demeurent immobiles pendant la transmission des titres.

Mais, autant dans la transmission des titres financiers, ceux-ci ne bougent pas dans leurs mentions et demeurent seule la fiabilité technologique de la conservation et de la transmission, autant dès l'instant que se superpose à la transmission d'un *instrumentum* la réalisation d'un *negotium* – parce qu'une des parties a changé, par exemple, ou parce qu'une obligation a été modifiée par rapport au *negotium* précédent dans la chaîne des transmissions, ou parce que la consistance du bien cédé a été modifiée –, c'est désormais et avant toute chose d'un acte d'élaboration dont il s'agit.

La fiabilité de ces mentions nouvelles se mesure alors par rapport à la réalité du monde (la personne, le bien, l'obligation, le service). Il faut que dans la chaîne qui se déroule et change à chaque nouveau *negotium*, les chiffres, les lieux et les personnes changent, pour que tout demeure dans un rapport d'exactitude avec la réalité des *negotiums* successifs ; qui le vérifie ? Le droit, dans le système probatoire d'une façon générale, garant de la fiabilité, s'organisant pour que demain, cha-

cun sache encore à quoi s'en tenir, pour lui et pour les autres : les parties, le fisc, les créanciers, les héritiers. Mais qui le vérifie ? Les parties elles-mêmes, alors qu'impliquées elles auront intérêt à décrire d'une façon biaisée la réalité ? Un fonctionnaire ? Mais l'État avait jadis choisi de se déconcentrer pour ne pas tenir registre lui-même et vérifier lui-même... Il avait créé les « officiers ministériels »...

Sur le moment, dans un acte isolé, au début de la chaîne des échanges, mais au fur et à mesure des duplications à l'identique de mentions qui se dégradent, par exemple dans la description d'un objet qui n'est pas revendu dans les mêmes contours de cessionnaire en cessionnaire, la blockchain est technologiquement inapte à vérifier l'exactitude des nouvelles mentions s'il y a nouveau *negotium*. Que va-t-il se passer dans le futur, si ce n'est un choix entre la liquidité des marchés et la sécurité des opérations qui s'y déroulent ?

III. Le choix politique entre liquidité et sécurité dans l'élaboration des actes relatant la réalité des opérations économiques

Comme le politique, le droit est cet instrument qui se regarde au futur pour qu'à la fois adviene ce qu'il souhaite et n'advienne pas ce qu'il ne souhaite pas. Ce but négatif (obtenir que n'advienne pas ce qui n'est pas souhaité, la corruption par exemple) est souvent plus difficile encore à atteindre que les buts positifs car la situation non souhaitée mais advenue est encore plus irrémédiable lorsque la situation que l'on voulait écarter s'est pourtant installée (la corruption, par exemple). Nous avons d'autant plus de mal à comprendre les choix politiques qui ont été faits que, le droit étant langage, *notaires* et *notaries* sont en la matière des « faux-amis » (A). Ce choix de politique économique est fait entre le principe de liquidité et le principe de sécurité (B).

A. Les faux-amis

Ainsi dans le futur, si les actes s'élaborent sans vérification de leur exactitude par un tiers impartial, la preuve de la propriété sera de nouveau « diabolique », les contours des propriétés de nouveau incertains, etc. Certes l'on peut recourir à d'autres mécanismes juridiques pour réinjecter de la sécurité ex post, par exemple faire taire celui qui prétend être propriétaire par des prescriptions courtes du droit de saisir le juge ou au contraire faire acquérir immédiatement la propriété par la seule possession, qui « vaut titre », mais c'est faire des victimes. Il y a toujours un coût et il y a toujours des victimes.

Or le droit est ce coût qui est d'autant mieux conçu pour ne pas servir. Ainsi le droit pénal est d'autant plus adéquat et utile qu'il n'y aura pas d'infraction ; l'officier public établissant les actes et maîtrisant les nouvelles technologies est d'autant plus requis qu'il n'aura jamais de crise de système de propriété et de défaillance de système. Qui désire payer le prix de la crise des *sub-primes* pour avoir la démonstration de l'utilité des contrôles ex ante des prêts hypothécaires ?

Il est vrai que nous n'avons pas seulement des contracteurs, toujours bienvenus, nous avons des « faux amis » (en anglais dans le texte) ce qui est plus contraignant. De la même façon que comme pour le « droit de la régulation » qui souffre qu'en anglais, *regulation* ne vise que la « réglementation » et que pour le « droit de la *compliance* » qui dans sa traduction française usuelle ne vise que la « conformité », le rôle des notaires prête à contresens en raison du terme anglais *notarization*.

Dans un rapport qui vient de sortir sous l'égide de la Commission européenne et qui n'est disponible qu'en langue anglaise, exposant l'apport des blockchains dans l'organisation de l'État, mené au niveau européen à partir d'expériences concrètes, *Blockchain for Digital Government*, il est écrit : « *All three main blockchain functionalities : notarization, shared database and workflow automation can be useful for different operational capacities of governments and beneficial for interactions with the citizens and business. (...) Services leveraging blockchain notarization are relatively more mature, while more disruptive solutions face challenges in implementation, mainly related to incompatibility with the current administrative processes and regulatory noncompliance* ».

L'expression *notarization* ne renvoie pas du tout à l'office des notaires, officiers ministériels agissant adossés à l'État, mais à celui des *notaries* dans le système américain, qui ne vérifient pas les faits et ne dressent pas les actes, mais mettent sur le papier ce que disent les personnes. Il peut s'agir des agents immobiliers. Dès lors effectivement, autant songer à des machines qui transcrivent et qui conservent (à supposer l'inviolabilité du système décentralisé, puisque la notion de copie n'existe plus, la notion de « conformité » à l'original ne se posant pas non plus).

Une machine enregistreuse, au besoin construite par une seule des parties intéressées à la transaction, peut s'en charger, dans un marché de plus en plus liquide. La banque pourra ainsi, à partir des données, plus aisément encore titriser l'acte instrumentaire, mécaniquement devenu bien financier décorrélé de la transaction et du bien physique sur lequel celle-ci portait. Pourquoi pas. Les intermédiaires le feront d'autant plus s'ils sont payés à la commission lors de chaque transformation et qu'ils ne sont plus présents lors de la crise qui réajustera le rapport d'exactitude entre le monde et ce que

les titres en relatent – car arrive toujours un moment où le droit redonne aux choses le mot qui leur correspond.

B. Le choix politique d'équilibre entre liquidité et sécurité

Le système de droit continental quant à lui confie au notaire la fiabilité non pas seulement éventuellement de la conservation de l'acte – et de la conformité de ses copies – mais la charge exclusive de la fiabilité incontestable de son établissement. C'est en cela que l'acte mérite d'être « authentique ». Parce que les mentions de l'*instrumentum* correspondent bien à la réalité du *negotium*, vérifiée par l'officier ministériel, lien qu'exprime l'authenticité. Si le choix est fait de la désintermédiation, l'on aura simplement fait une économie pécuniaire dans l'acte d'élaboration, accru la liquidité, accru les risques. C'est le parti pris par les marchés financiers et des ordinateurs qui passent les ordres d'acheter ou de vendre.

C'est ici qu'on en arrive au cœur : le « continent » continue de penser qu'une économie qui s'adosse à l'État paye en ex ante la non-survenance d'une crise par l'obtention immédiate de l'absence de distance entre la réalité du monde et ce qu'il en est dit dans les échanges (pas de distance entre le *negotium* et l'*instrumentum*) car l'*instrumentum* non seulement est incontestable mais il correspond à la réalité : c'est pourquoi l'on peut admettre son incontestabilité ; il n'est pas incontestable par magie mais par rationalité. Le prix à payer est que le système marchand est moins liquide. Le système marchand britannique et américain préfère la liquidité et le risque systémique qui va avec. Cela est tout à fait admissible si lorsqu'on voyage dans le temps la liquidité qui en résulte ne profite pas à ces systèmes avant la crise et que, lorsque celle-ci advient, ses conséquences ne sont pas exportées par d'autres pays. C'est pourtant ce qui est advenu dans les crises financières issues des *subprimes* à partir de 2008, largement payées par l'Europe. Vient régulièrement la crise, qui réajuste le système, avec un coût très élevé : l'injustice quand ceux qui payent la crise ne sont pas forcément ceux qui l'ont causée et ont été enrichis par la liquidité.

C'est un choix politique. Corrélée à une vision d'une économie politique qui trouve toujours que l'État est un

coût inutile, que le risque – et la crise – font partie du jeu (conception anglaise) ; ou à une vision d'une économie politique qui pose que les personnes doivent être protégées des risques dont elles ne sont pas la cause, que le droit est fait pour cela, que l'État doit s'organiser en conséquence dans cet office, directement ou par délégation : les « officiers ministériels ». Et le cœur en est l'établissement des actes. À cela, le mécanisme des blockchains doit demeurer étranger, ne pouvant être qu'un mécanisme de conservation et de duplication.

Mais dans ces deux fonctions, il convient de développer cette technologie.

IV. Le développement de la blockchain par le notariat, conséquence logique de la continuité entre conservation, duplication et élaboration

Il est alors logique, par concentration des tâches et des process, que ceux qui élaborent les actes se dotent des moyens techniques de leurs conservation et duplication.

En effet, cette distinction étant clairement établie entre les trois fonctions, parce que l'élaboration d'un acte doit être faite par l'officier ministériel, être humain investi par l'État de la charge particulière d'assurer l'exactitude des mentions de l'acte avec la réalité des personnes, des volontés, des obligations et des biens, il est d'autant plus opportun que les officiers ministériels s'organisent pour développer la technologie des blockchains.

Une fois que cet acte a été élaboré par un officier ministériel d'une façon fiable, et méritant à ce titre d'être authentique, en raison du *continuum* entre élaboration, conservation et duplication, parce que c'est aux officiers ministériels d'élaborer les actes les plus incontestablement fiables, c'est à eux de se doter des moyens technologiques de les conserver et de les dupliquer efficacement.

C'est pourquoi la profession notariale doit adopter la technique de la blockchain. En la mettant à la place qui lui revient : conserver et dupliquer les actes. Et sans jamais croire qu'une machine est « intelligente ».