



HAL
open science

LE ROLE CONTRACTUEL DES TIERS DE CONFIANCE DANS L'ECONOMIE COLLABORATIVE

Axel Gasser

► **To cite this version:**

Axel Gasser. LE ROLE CONTRACTUEL DES TIERS DE CONFIANCE DANS L'ECONOMIE COLLABORATIVE. 2020. hal-03052708

HAL Id: hal-03052708

<https://hal.science/hal-03052708>

Preprint submitted on 10 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE ROLE CONTRACTUEL DES TIERS DE CONFIANCE DANS L'ECONOMIE COLLABORATIVE

Analyse du futur de l'économie collaborative à l'aune du
droit des contrats



Axel GASSER, doctorant contractuel sous la direction du
Professeur Jean-Marc Mouin
Université de Perpigna Via Domitia, Région Occitanie

Table des matières

Introduction	2
I. Le rôle contractuel des tiers de confiance affirmé : le credo par l'ubérisation.....	4
A. L'identification des contrats dans les relations collaboratives	5
Droit applicable	5
Le triangle contractuel collaboratif	6
Courtage, mandat de facturation et paiement	7
Le paiement par délégation	8
La plateforme commissionnaire	9
Commissionnaire du croire	10
B. L'identification d'un contrat de travail dans les relations collaboratives.....	11
Salarié/Indépendants.	11
Critères de subordination.....	12
Critères d'insubordination.....	12
II. Le rôle contractuel des tiers de confiance effacé : le crédo par l'ubérisation de l'ubérisation.....	14
A. La désintermédiation de l'économie collaborative par le recours à la chaîne de blocs.....	15
Blockchain définition.....	15
Désintermédiation financière.....	17
La désintermédiation collaborative.....	17
B. L'automatisation des rôles contractuels de l'économie collaborative par le recours aux contrats intelligents	18
Contrat intelligent : notion	18
Définition juridique	19
La DAO collaborative	19
Exemple	20
Limites.	20
Oracle judiciaire.....	21
Conclusion.....	22

Introduction

Si la notion de tiers de confiance connaît une réalité en droit positif sur le plan civil¹ ou fiscal², la locution a récemment adopté un sens nouveau pour qualifier les personnes qui organisent et facilitent le partage de biens et ou de services entre personnes qui ne se connaissent pas³ et qui par essence, ne se font pas confiance. Cette définition très large s'inscrit en réalité en réaction au besoin exacerbé de confiance induit par les nouvelles pratiques de l'économie dite collaborative. En 2014, pour la première fois⁴, Maurice Lévy parlait d'« ubérisation⁵ » pour qualifier le phénomène par lequel certains opérateurs de l'économie réelle se retrouvaient désuets et contraints de repenser leur modèle afin de ne pas être emportés par la « vague du tsunami numérique ». A n'en point douter, la notion de tiers de confiance est intrinsèquement liée d'une part aux plateformes numériques dont l'avènement a été concomitant à l'émergence des réseaux sociaux dans les années 2000⁶ ainsi qu'au développement de l'économie collaborative plus récemment dans les années 2010⁷ d'autre part. Cette nouvelle économie, aboutissement de l'esprit du capitalisme au sens Wébérien⁸, peut s'apparenter à une nouvelle forme d'organisation de la société qui s'appuie sur une plus grande mutualisation de tous types de biens et dont le principe de base repose sur l'idée que l'usage d'un bien compte plus que sa propriété⁹. En creux, cette approche permet de concevoir que l'économie collaborative favorise la valorisation d'actifs inutilisés tels qu'un appartement vacant (AIRBNB), un véhicule peu

¹ Voir Article L.1111-6 du Code de la santé publique sur le tiers de confiance que l'on peut désigner en cas d'incapacité à exprimer son consentement sur un acte médical

² Voir Article 170 ter du Code général des impôts sur le tiers de confiance que l'on peut désigner pour accomplir certaines formalités en vue d'obtenir notamment des réductions d'impôt

³ TRESCASES Anne, « Les plateformes : assureurs du XXI^e siècle ? », Revue internationale de droit économique, 2019/3 (t. XXXIII), p. 291-304. DOI : 10.3917/ride.333.0291, www.cairn-info.fr

⁴ MARTIAL-BRAZ Nathalie, « De quoi l'« ubérisation » est-elle le nom ? » Dalloz IP/IT, 2017 p.133

⁵ Cette notion a fait son entrée au Petit Robert 2017 : « UBÉRISER v. tr. 1. (De Uber, nom d'une start-up) Transformer (un secteur d'activité) avec un modèle économique innovant tirant parti du numérique. Start-up qui ubérise le secteur de l'hôtellerie. n. f. ubérisation. »

⁶ Facebook a été créé en 2004 à Cambridge ; Twitter a été lancé en 2006 à San Francisco

⁷ FOURNIER Audrey, « Airbnb : petite start-up deviendra grande », Le Monde [en ligne], publié le 19 août 2012, [consulté le 9 avril 2020], www.lemonde.fr : AIRBNB a été créé en 2008 ; DUPONT-BESNARD Marcus, « Au fait, pourquoi Uber s'appelle Uber ? », Numerama [en ligne], publié le 24 novembre 2019, [consulté le 09 avril 2020], www.numerama.com : Uber a été créé en 2009 ; MAZZELLA Frédéric, « BlaBlaCar et le tourisme collaboratif », Annales des Mines - Réalités industrielles, 2015/3 (Août 2015), p. 54-57. DOI : 10.3917/rindu1.153.0054, www.cairn-info.fr : La genèse de BlaBlaCar remonte à Noël 2003

⁸ WEBER Max, L'éthique Protestante Et L'esprit Du Capitalisme, Champs classique, première parution en 1904, Flammarion, 2017 2003, p. 35-36 : « Dans ses thèses sur la genèse du capitalisme, Sombart distingue les deux grands principes directeurs de l'histoire économique : la « satisfaction des besoins » et l'acquisition. La forme et la direction de l'activité économique sont déterminées, dans le premier cas par la mesure des besoins personnels, dans le second par la poursuite du profit au-delà de la limite fixée par la satisfaction des besoins. Ce que Sombart appelle économie des besoins semble, de prime abord, identique à ce que nous désignons ici par traditionalisme économique. »

⁹ SILEM Ahmed, GENTIER Antoine, Lexique d'économie, DALLOZ, 2020.

utilisé (Ouicar), une place vide dans un véhicule pour un trajet donné (Blablacar)... On appelle alors tiers de confiance la plateforme qui permettra de mettre en relation les acteurs de l'économie collaborative désireux de valoriser leurs actifs au profit de ceux qui préféreront bénéficier d'une prestation, d'un bien ou d'une compétence semblable à celles rencontrées dans l'économie dite classique et souvent à un moindre coût. En somme l'économie collaborative permet de mettre en relation plusieurs personnes qualifiées de clients non professionnels, professionnels, consommateurs et de prestataires non professionnels ou professionnels par l'entremise d'un tiers de confiance qui rassurera les parties. Au contraire, l'économie que l'on pourrait qualifier de classique par opposition, organise une relation directe entre un professionnel et un consommateur ou deux professionnels. Ainsi, l'économie collaborative pourrait se concevoir dans l'horizontalité puisqu'elle se prétend renverser la hiérarchie de la verticalité de l'économie classique. Pourtant, une récente décision de la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁰ a considéré que la relation qui unissait un des chauffeurs Uber à la plateforme éponyme était une relation hiérarchique de contrat de travail donc verticale. A dire vrai, la notion de tiers de confiance est en réalité, pour l'économie collaborative un concept plus marketing que juridique car force sera de constater que ces plateformes sont loin d'être des tiers dans les relations contractuelles qui se nouent entre les acteurs d'un réseau collaboratif. Dès lors, il sera question de déterminer la réalité juridique du rôle contractuel des plateformes de l'économie collaborative d'une part (I) et ce principalement à travers les notions empruntées au droit de la distribution telles que le commissionnaire, le courtier ou encore le mandat et la notion de ducroire. Il sera ensuite question de vérifier si l'heure n'est pas à l'ubérisation de l'économie collaborative par la suppression de ces tiers à travers la nouvelle économie de la confiance que propose l'usage des registre distribués et la chaîne de blocs (II).

¹⁰ Soc, 4 mars 2020, n°19-13.316

I. Le rôle contractuel des tiers de confiance affirmé : le credo par l'ubérisation

L'économie collaborative fait débat. Selon la direction de l'information légale et administrative, elle pourrait être définie comme une économie de partage ou une économie de pair à pair qui repose sur le partage ou l'échange entre particuliers de biens, de services ou de connaissances avec ou sans échange monétaire par l'intermédiaire d'une plateforme numérique de mise en relation¹¹. Si son essor, permis par le développement des réseaux sociaux et rendu nécessaire par la baisse du pouvoir d'achat depuis la crise financière de 2008¹², a donné la chance à non loin de 9000 start up de générer un chiffre d'affaires supérieur à 15 milliards d'euros en 2015¹³ et dont les estimations aboutissent à un marché de 335 milliards d'euros en 2025¹⁴, une telle économie n'est pas exempte de toutes critiques. En effet, une mission d'expertise diligentée en 2013 par le Ministère du redressement productif a fait état de lourdes pertes fiscales liées à cette nouvelle économie¹⁵ et la doctrine a révélé la situation de concurrence parfois déloyale que les nouveaux acteurs ont installée avec les entreprises traditionnelles¹⁶. Si le législateur français s'est peu saisi de l'encadrement de cette économie nouvelle¹⁷, il a tout de même modifié le Code général des impôts pour mieux appréhender fiscalement la création de valeurs issue de ces nouveaux modèles¹⁸. C'est alors sur le plan jurisprudentiel que le rôle contractuel des

¹¹ DILA, « L'économie collaborative : un nouveau modèle socio-économique ? » [en ligne], [consulté le 10 avril 2020], disponible sur : www.vie-publique.fr

¹² BEST Ivan, « Pouvoir d'achat : une baisse quasi continue depuis 2008 », La tribune [en ligne], [consulté le 10 avril 2020], disponible sur : www.latribune.fr

¹³ MINISTERE DE L'ECONOMIE, « Prospective, Enjeux et perspectives de la consommation collaborative », p.16, [en ligne], [consulté le 10 avril 2020], disponible sur : https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/etudes-et-tatistiques/prospective/Numerique/2015-07-Consommation-collaborative-Rapport-final.pdf

¹⁴ Le marché mondial de l'économie collaborative devrait atteindre 335 milliards de dollars d'ici à 2025, contre 15 milliards en 2014. Alerte Presse PwC, Direction de la communication, 12 mai 2015

¹⁵ COLLIN Pierre, COLIN Nicolas, « Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique », Rapport remis au ministre de l'économie et des finances, janvier 2013, p.65, [en ligne], [consulté le 10 avril 2016], disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/134000045.pdf> : « S'agissant de la TVA sur les services rendus par voie électronique, une étude réalisée en 2009 par le cabinet Greenwich Consulting, réalisée pour le Sénat, évaluait à 300 millions d'euros la perte de recettes fiscales engendrées en 2008 pour la France et à près de 600 millions d'euros à l'horizon 2014. »

¹⁶ DOUET Frédéric, « Particuliers, quasi-professionnels et plateformes collaboratives : concurrence fiscale déloyale ? », Dalloz IP/IT, 2009, p. 665

¹⁷ La Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a consacré 5 articles dans sa section III visant à modifier le Code de la Consommation en son article L.111-7 et en créant l'article L.111-7-1 tout en modifiant quelques dispositions éparées tant dans le Code du Tourisme (L.324-1-1) que dans le Code de la construction et de l'habitation (L. 631-7 et L. 631-9) ainsi que la loi du 6 juillet 1989. Il était question d'imposer une aux plateformes des obligations d'information précontractuelles d'une part et de conditionner les locations AIRBNB à une autorisation du Conseil municipal dans certaines communes.

¹⁸ La loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude a créé l'article 242 bis du CGI qui permet de mieux imposer les revenus dégagés par les participants à ces réseaux collaboratifs. En ce sens, V. RIERA Alexandre, « La location entre particuliers à l'ère des plateformes numériques », AJ contrat 2018 p.206

plateformes numériques de l'économie collaborative revêtant le sobriquet marketing de tiers de confiance a pu être esquissé. Bien qu'une taxonomie globale soit délicate au regard des nombreuses différences qu'il existe entre les modèles commerciaux¹⁹ de ces entreprises de l'économie de pair à pair, une identification des contrats dans les relations collaboratives peut être envisagée (A), de laquelle pourra être déduite la frontière poreuse que les relations collaboratives entretiennent avec le droit social (B).

A. L'identification des contrats dans les relations collaboratives

Droit applicable. La première difficulté qui tient à l'identification des contrats dans l'économie collaborative relève du droit applicable aux conventions passées. Ceux qui contracteront à des fins non professionnelles avec les plateformes numériques et avec des opérateurs de ces plateformes ayant la qualité de professionnels bénéficieront évidemment de la qualité de consommateur et donc du droit français de la consommation applicable à leurs conventions²⁰. En revanche, les professionnels qui contracteront en cette qualité en tant que clients des plateformes et des opérateurs seront soumis au droit international privé²¹ puisque la plupart des plateformes ont leurs sièges sociaux ailleurs qu'en France pour des considérations fiscales²². Le spécial dérogeant au général, c'est souvent en formation arbitrale que se régleront ces litiges selon les CGV²³ des plateformes.

¹⁹ CONSEIL d'ETAT, Etude annuelle : « Puissance publique et plateformes numériques : Accompagner l'ubérisation », 2017. Le Conseil d'Etat a défini 5 types de plateforme collaborative : les plateformes de création de biens communs ; les plateformes de partage de frais ; les plateformes d'économie contributive ; les plateformes de courtage les plateformes-activité.

²⁰ CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191-15, Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU SARL : D. 2016, p. 2315, note F. Jault-Seseje ; D. 2017, p. 539, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillard ; Rev. crit. DIP 2017, p. 112, obs. S. Corneloup : « L'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens qu'une clause des conditions générales de vente d'un professionnel, qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, selon laquelle la loi de l'État membre du siège de ce professionnel régit le contrat conclu par voie de commerce électronique avec un consommateur, est abusive pour autant qu'elle induise ce consommateur en erreur en lui donnant l'impression que seule la loi de cet État membre s'applique au contrat, sans l'informer du fait qu'il bénéficie également, en vertu de l'article 6, paragraphe 2, du règlement no 593/2008, de la protection que lui assurent les dispositions impératives du droit qui serait applicable en l'absence de cette clause, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier à la lumière de toutes les circonstances pertinentes. »

²¹ MAS Frédéric, La conclusion des contrats du commerce électronique, préface M. Vivant, LGDJ, 2005, n° 14, p 32 ; CLAVEL Stéphane, Droit international privé : Dalloz, coll. HyperCours, 4e éd., 2016, n° 958 et s.

²² LE CLAINCHE, Michel. « Repères sur la gestion et les finances publiques. En Mars 2018 », Gestion & Finances Publiques, vol. 3, no. 3, 2018, pp. 123-131.

²³ Article 6 des CGV d'UBER [en ligne], [consulté le 16 avril 2020], disponible sur : <https://www.airbnb.fr/terms>
Article 19 des CGV d'AIRBNB [en ligne], [consulté le 16 avril 2020], disponible sur : <https://www.airbnb.fr/terms>

Le triangle contractuel collaboratif. S'il est aujourd'hui certain que les plateformes entretiennent des relations contractuelles avec leurs clients²⁴, encore faut-il qualifier ces contrats en vue de leur appliquer le régime juridique idoine. Un éclairage a pu être apporté par la jurisprudence dans une affaire opposant le syndicat national des transporteurs légers à la société Go Go Run Run²⁵, entreprise numérique développant une interface de mise en relation de coursiers avec des professionnels, des non-professionnels et des consommateurs. Le syndicat accusait l'entreprise d'exercer l'activité réglementée de commissionnaire de transport sans pour autant avoir respecté les formalités d'enregistrement et s'estimait alors victime de concurrence déloyale au sens de l'article 1242 du Code Civil²⁶. Si le juge de l'évidence a préféré botter en touche quant à la qualification de l'activité développée par l'entreprise numérique précitée, il a tout de même pris position en affirmant que l'entreprise Go Go Run Run ne pouvait être considérée comme un simple auxiliaire au regard de « son intervention dans le processus qui aboutit à la réalisation de la prestation²⁷ ». La récente décision de la Cour de Justice de l'Union rendue après renvoi d'une question préjudicielle soulevée par le juge d'instruction du Tribunal d'instance de Paris a précisé l'activité de la société AIRBNB en indiquant qu'agissant en tant qu'intermédiaire, celle-ci relevait de « service de la société de l'information²⁸ » régie par la directive sur le commerce électronique²⁹. Dans ces relations triangulaires qui unissent les opérateurs et les clients de l'économie collaborative par l'entremise d'une plateforme, trois contrats semblent être révélés et ces derniers pourront permettre de mesurer le rôle contractuel des plateformes délivrant des services de la société de l'information. D'une manière générale,

²⁴ V. par ex. l'article 1er des CGU d'Uber, en date du 1er février 2019, mentionnant expressément l'existence d'une relation contractuelle entre la plateforme et l'utilisateur : <https://www.airbnb.fr/terms>, in ZINTY STEPHANE, « Fasc. 871 : DROIT COMMUN DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES. – Le cadre de la relation entre la plateforme et les usagers », JCC, LexisNexis, 9 avril 2019, n°3

²⁵ LOISEAU GREGOIRE, Le mystère contractuel des relations triangulaires impliquant une plateforme de mise en relation en ligne : Comm. com. électr. 2016, comm. 61

²⁶ IBID

²⁷ TGI Paris, ord. réf., 12 mai 2016, Synd. National des Transports Légers c/ GoGo RunRun

²⁸ CJUE, 19 décembre 2019, aff. C-390/18, Airbnb Ireland UC : « L'article 2, sous a), de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), qui renvoie à l'article 1er, paragraphe 1, sous b), de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil, du 9 septembre 2015, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, doit être interprété en ce sens qu'un service d'intermédiation qui a pour objet, au moyen d'une plateforme électronique, de mettre en relation, contre rémunération, des locataires potentiels avec des loueurs professionnels ou non professionnels proposant des prestations d'hébergement de courte durée, tout en fournissant également un certain nombre de prestations accessoires à ce service d'intermédiation, doit être qualifié de « service de la société de l'information » relevant de la directive 2000/31. »

²⁹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »)

l'on peut dire que les opérateurs de l'économie collaborative, en s'inscrivant sur une plateforme qualifiée de tiers de confiance, proposent leurs services ou leurs biens à l'ensemble des potentiels clients inscrits eux aussi sur cette plateforme d'intermédiation. De la sorte, on peut distinguer un premier contrat, par lequel la plateforme consent avec l'opérateur qui s'y inscrit une promesse unilatérale multipartite de contracter, assortie de clauses de résiliation à la condition suspensive qu'un client de ladite plateforme lève l'option émise sur ce marché numérique. Il s'agirait d'un engagement de contracter auprès de tous les clients de la plateforme avec la faculté selon les modèles commerciaux, pour le promettant, de résilier son engagement. Cela semble être le cas par exemple lorsqu'un opérateur de la plateforme AIRBNB décide de mettre à disposition son bien pour tout loueur à charge pour lui de résilier ladite promesse consentie avec l'entreprise AIRBNB et les clients potentiels si tant est que le client qui lève l'option ne corresponde pas aux attentes dudit opérateur. On voit ici poindre un risque de discrimination fondée sur des critères subjectifs que la plateforme résorbe à travers sa politique de non-discrimination. L'autre par lequel un client de la plateforme lève l'option dont il dispose acceptant en pratique l'une des offres émises par un des opérateurs grâce au référencement des promesses unilatérales de contracter que la plateforme publie sur son interface. Le troisième contrat serait constitué par le pouvoir donné aussi bien par l'opérateur que le client à la plateforme de percevoir le paiement de la prestation conclue qui aboutira au paiement de l'opérateur déduction faites des frais prélevés par la plateforme numérique. C'est le cas par exemple lorsqu'un client paie la prestation de transport à la plateforme UBER qui lui édite une facture à l'entête de l'entreprise et qui reverse ensuite sa quote-part à l'opérateur de la plateforme.

Courtage, mandat de facturation et paiement. Il ressort de l'analyse de la doctrine que les plateformes numériques que l'on qualifie de tiers de confiance et qui excluent souvent quelque rôle contractuel dans leurs conditions générales d'utilisation³⁰, sont en réalité, dans leur rôle d'interface entre plusieurs opérateurs économiques, des courtiers qui, ayant reçu mandat de contracter au nom des parties qui ont recours à elles, reçoivent aussi le mandat de percevoir le paiement des prestations réalisées par ces opérateurs, à charge pour elles de reverser la quote-part prévue dans les conditions générales à ces derniers. Ainsi, celui qui dispose d'un actif inutilisé (bien immobilier, voiture), va promettre à la plateforme numérique d'économie collaborative idoine qu'il s'engage unilatéralement à offrir la valorisation de ce bien (location,

³⁰ TILCHE Marie, « La méthode GoGo RunRun », Actualités du droit [en ligne], 21 juin 2016, [consulté le 16 mars 2020], www.actualitesdudroit.fr

transport de personne...) auprès d'un client (professionnel, non professionnel ou consommateur), à charge pour celui-ci de lever l'option dont il bénéficie sur la plateforme numérique (contrat de transport, contrat location) et à charge pour ladite plateforme numérique de recevoir le paiement de la prestation de l'opérateur par mandat et de lui reverser la somme déduite des frais prévus par les conditions générales. En somme, la plateforme supporte plusieurs rôles contractuels dont celui de courtier en offre ou promesses unilatérales de contracter consentis par les opérateurs et courtier en acceptation ou levée de l'option de contracter consentis par les clients. La plateforme endosse également le rôle contractuel de mandataire de l'opérateur dans la facturation de la prestation consentie et dans le paiement du client au profit de ce dernier. Ce mandat de facturation profitant en premier lieu à la plateforme puisque c'est par ce pouvoir qu'elle se rémunère en priorité sur l'opérateur permettrait sans doute de qualifier ledit mandat d'intérêt commun³¹, excluant de facto la révocabilité *ad nutum*³² de la plateforme mandataire pourtant prévue par l'article 2004 du Code Civil. On le voit, le tiers de confiance numérique joue un rôle contractuel déterminant dans l'élaboration, l'exécution et le paiement des obligations réciproques nouées entre pollicitants et acceptants du marché de l'économie collaborative.

Le paiement par délégation. Cependant, ces qualifications juridiques concernant le mandat de paiement et le mandat de facturation peuvent s'estomper si l'on considère que la plateforme agit dans le cadre d'une délégation imparfaite à savoir que le débiteur de l'obligation contractuelle (le client, déléguant), a obtenu d'une autre (la plateforme, le délégué), qu'elle s'oblige envers une troisième, (l'opérateur, délégataire), qui l'accepte comme débiteur, sans pour autant que le délégataire (l'opérateur créancier) ne décharge le déléguant (le client débiteur) par novation. Une telle qualification amènerait inéluctablement la plateforme (délégué) à devenir garante du paiement de l'opérateur (délégataire) au sens de l'article 1338 du Code Civil. La délégation résiste en effet mieux à l'analyse de l'opération entreprise sur l'obligation contractuelle que la cession de créance, faute d'écrit explicite en ce sens au regard de l'article 1322 du Code Civil, que la cession de dette faute de consentement exprès du créancier au sens de l'article 1327-2 du même Code ou même de la simple indication de

³¹ Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.444, JurisData n° 2007-037690 : « M. X... ayant intérêt à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle, le contrat litigieux constitue un mandat d'intérêt commun » ; Cass. com., 8 juill. 2008, no 07-12.759 ; Cass. com., 24 nov. 2009, no 08-19.596 ; Cass. com., 29 févr. 2000, n° 97-15.935, JurisData n° 2000-000750)

³² Cass. com., 3 juill. 2001, no 98-16.691 ; Cass. com., 6 juill. 1993, no 91-15.469 : « Attendu que le mandat d'intérêt commun à durée indéterminée ne peut être révoqué que par le consentement mutuel des parties ou pour une cause reconnue en justice ou encore suivant les clauses et conditions spécifiées au contrat » ; Cass. com., 3 juin 1997, no 95-11.450 ; Cass. com., 18 janv. 2000, n° 97-21.368

paiement visée à l'article 1340 du Code Napoléon, faute d'une telle indication dans les conditions générales de diverses plateformes. L'analyse présente qui amènerait le tiers de confiance à devenir garant du paiement de l'opérateur en cas de défaillance du client n'a que peu de réalité pratique dans la mesure où le régime juridique de la délégation simple issu de l'ordonnance de 2016 est supplétif de volonté et l'activation de ce mécanisme dans sa fonction de garantie financière a été paralysée par les conditions générales des différentes plateformes³³.

La plateforme commissionnaire. S'il peut être établi une taxonomie globale du rôle contractuel du tiers de confiance dans l'économie collaborative en lui adossant le rôle de courtier dans l'offre et la demande sur un marché numérique et d'un mandataire dans la facturation et le paiement des obligations issues de la rencontre des volontés des opérateurs et clients sur ce même marché, c'est à la condition *sine qua none* que la dite plateforme agisse pour le compte du client et pour le compte de l'opérateur dans l'opération de paiement. Si la plateforme agit en son nom propre dans le paiement et la facturation, elle revêt alors la qualité de commissionnaire au sens de la définition qu'en donne l'article L.132-1 du Code de commerce. Comme l'indiquait le professeur Dumont-Lefrand³⁴, il ressort de l'analyse de cet article deux définitions ambiguës du contrat de commission. Puisque le Code de commerce renvoie au régime juridique du mandat en son deuxième alinéa de l'article susvisé, il est possible d'envisager le contrat de commission comme le pendant commercial du mandat civil. Une autre définition viserait à différencier le mandat civil de la commission par l'opacité de l'intermédiaire qui agirait au contraire du mandataire, en son nom propre³⁵. En effet, si le commissionnaire, à la différence du mandataire agit en son propre ou sous un nom social qui n'est pas celui de son commettant, il semble que l'on puisse déduire de la facturation à l'en-tête des plateformes de l'économie collaborative que ces tiers de confiance agissent bien en tant que commissionnaires dans l'opération de paiement de la prestation courtisée sur leurs

³³ Par exemple, dans l'article 8 des conditions financières pour les voyageurs, AIRBNB précise que le montant total de la prestation sera débité au voyageur avant même que la prestation soit réalisée, rendant superflu toute garantie financière que la plateforme accorderait à l'opérateur : <https://www.airbnb.fr/terms>

³⁴ DUMONT-LEFRAND MARIE-PIERRE, « Fasc. 820 : Contrat de commission. – Notion », JC contrats, LexisNexis, 30 janvier 2004, n°1 à 11

³⁵ La jurisprudence a tranché en consacrant la conception stricte de la commission : le commissionnaire est celui qui agit pour le compte d'autrui, mais en son nom propre. Si, au départ, seule la chambre criminelle avait donné sa position (Cass. crim., 24 juill. 1852 : D. 1852, 1, p. 584. – Cass. req., 30 avr. 1853 : DP 1853, 140), les juridictions du fond (CA Poitiers, 13 déc. 1927 : S. 1928, 2, p. 81, note M. Garaud) puis la chambre commerciale ont, à leur tour, confirmé celle-ci (Cass. com., 2 nov. 1954 : Gaz. Pal. 1955, 1, 5 ; JCP G 1955, II, 8496. – 21 nov. 1956 : Bull. civ. III, n° 303. – 19 mars 1958 : JCP G 1958, IV, 66. – 6 juill. 1960 : Bull. civ. III, n° 279. – 15 juill. 1963 : Bull. civ. III, n° 378. – 3 mai 1965 : Bull. civ. III, n° 280. – 10 févr. 1970 : Bull. civ. IV, n° 49. – 27 juin 1978 : Bull. civ. IV, n° 182. – 21 juin 1982 : Bull. civ. IV, n° 235 ; JCP G 1982, IV, 314. – 22 mai 1991 : Bull. civ. IV, n° 173. – 3 janv. 1995 : RJDA 4/1995, n° 425. – 20 mai 1997 : RJDA 10/1997, n° 1187).

plateformes³⁶. Dès lors, le rôle contractuel des plateformes collaboratives serait précisé : elles seraient des courtiers mettant en relation opérateurs et clients en amont de la relation contractuelle établie sur leur plateforme et deviendraient commissionnaires en aval de celle-ci dans l'opération de paiement.

Commissionnaire ducroire. Dès lors, en leur qualité d'intermédiaire dans les relations établies entre acteurs de l'économie collaborative, il serait opportun d'adosser aux plateformes numériques qualifiées de courtier-commissionnaire celle de ducroire. En effet, le ducroire se définit comme la « convention par laquelle une personne, appelée ducroire, se porte garant vis-à-vis de son contractant de la bonne fin d'une opération³⁷ ». Tantôt assimilée à une promesse de porte fort au sens de l'article 1204 du Code Civil³⁸, tantôt perçue comme une sûreté personnelle³⁹, un auteur a considéré qu'il s'agissait d'une « sûreté cadre » assurant l'exécution de contrats à venir et dont le particularisme découle directement de la qualité d'intermédiaire qui confère au garant ducroire la possibilité de choisir lui-même ses cocontractants et de déterminer le contenu de leurs obligations⁴⁰. Si aucun texte français ne fait apparaître la notion ni même ne la définit, on retrouve tout de même, dans le Code de commerce allemand en son article 394 que « le commissionnaire garant pour le tiers est tenu à l'égard du commettant de l'exécution intégrale à l'époque de l'échéance" et qu'il "a le droit de réclamer une bonification spéciale (del credere provision) ⁴¹». En droit financier, l'article 541-35 du règlement général de l'autorité des marchés financiers prévoit que les chambres de compensation peuvent se porter ducroire des engagements de leurs adhérents. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 1.3.2.6 des Règles de compensation de la chambre de compensation LCH Clearnet SA⁴². Il existe même des règles déontologiques⁴³ qui imposent à l'avocat de se porter ducroire du paiement des

³⁶ CJUE, 19 décembre 2019, aff. C-390/18, Airbnb Ireland UC : La Cour de justice de l'Union identifie la rémunération d'AIRBNB en tant que commission.

³⁷ VIVANT M., Convention de ducroire, J.-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 955, p. 4, n° 6.

³⁸ Com. 22 oct. 1996, no 94-20.488 P: D. 1998. 511, note Arlie; CCC 1997, no 21, note Leveneur.

³⁹ PRAICHEUX Sébastien, « Le ducroire, variété de cautionnement », Répertoire des sociétés - Sûretés financières, avril 2019, p. 34 - 35

⁴⁰ HENNEBELLE Diane, « La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire », *commerciaux La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 36, 7 Septembre 2000, p. 1366

⁴¹ Article 394 du Code de commerce allemand

⁴² LCHA Clearnet SA, Règlement général, Article 1.3.2.6 : Dès la novation, LCH.Clearnet SA, en sa qualité de contrepartie centrale, s'engage envers les Adhérents Compensateurs concernés à exécuter les obligations résultant des Transactions, telles que ces obligations sont détaillées dans les dispositions pertinentes de la Règlementation de la Compensation

⁴³ RIN, article 11.8 : Responsabilité pécuniaire - Ducroire : « L'avocat qui, ne se bornant pas à mettre en relation un client avec un autre avocat, confie un dossier à un confrère ou le consulte, est personnellement tenu au paiement des honoraires, frais et débours, à l'exclusion des émoluments, dus à ce confrère correspondant, au titre des prestations accomplies à sa demande par celui-ci. Les avocats concernés peuvent néanmoins, dès l'origine et par écrit, convenir du contraire. En outre, le premier avocat peut, à tout instant, limiter, par écrit, son engagement au montant des sommes dues, au jour où il exclut sa responsabilité pour l'avenir. Sauf stipulation contraire, les

honoraires de l'un de ses confrères lorsqu'il le consulte pour le compte de son client⁴⁴. Le *teleos* des règles susmentionnées peut s'inscrire dans une sorte de responsabilisation contractuelle du fait d'autrui⁴⁵, même si le commissionnaire du croire s'engage à garantir la bonne fin d'une relation contractuelle dont il ne connaît pas encore l'objet en tant qu'intermédiaire, au contraire du schéma classique de responsabilité contractuelle du fait d'autrui⁴⁶ par lequel le garant contractuel connaît l'engagement du garanti. En effet, comme l'indiquait Diane Hennebelle, un avocat est responsable des faits de son collaborateur⁴⁷ puisqu'il est à l'origine des engagements de ce dernier alors qu'un du croire ne s'engage qu'à garantir l'exécution d'un contrat qu'il n'a pas fait exécuter par un tiers mais qu'il a simplement permis par son rôle d'entremise. Ainsi, si une loi venait imposer la qualité de commissionnaire du croire aux plateformes numériques, la confiance en elles pour les clients et opérateurs, véritable vecteur de l'économie de pair à pair, ne s'en verrait que plus renforcée. Les utilisateurs ainsi que les opérateurs ne s'en trouveraient que plus satisfaits s'ils avaient la certitude légale que les plateformes numériques, en leurs qualités de commissionnaires de paiement, étaient également du croire de ces opérations, de sorte qu'ils soient garants de la bonne fin de tous les paiements collaboratifs.

B. L'identification d'un contrat de travail dans les relations collaboratives

Salarié/Indépendants. Si la taxonomie globale des relations contractuelles que les plateformes de l'économie numérique entretiennent avec leurs clients et opérateurs peut se résumer sous la forme d'un ensemble contractuel fondé sur le courtage et la commission, c'est à la condition que l'opérateur soit un travailleur indépendant. Au contraire du droit italien ou britannique qui reconnaît des statuts intermédiaires entre les salariés et les travailleurs indépendants (*workers, collaborazione coordinata e continuativa, collaborazione a progetto*⁴⁸), le droit français se révèle dichotomique en matière sociale au sens de l'article L. 8221-6 du Code du travail. En

dispositions de l'alinéa ci-dessus s'appliquent dans les rapports entre un avocat et tout autre correspondant qui est consulté ou auquel est confiée une mission. »

⁴⁴ GAUTIER Pierre-Yves, « L'avocat, le professeur de droit et le client : formation et effets du contrat de consultation » RTD civ. 2006. P.576

⁴⁵ REBUT Didier, De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome : RRJ Dr. prospectif 96/2, p. 409, n° 19

⁴⁶ BECQUE E., De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle : contribution à l'étude du droit comparé des obligations : RTD civ. 1914, p. 251.

⁴⁷ HENNEBELLE Diane, « La spécificité de la nature juridique du du croire d'intermédiaire », *commerciaux La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 36, 7 Septembre 2000, p. 1366

⁴⁸ Soc. 4 mars 2020, n° 19-13.316 (n° 374 FP-P+B+R+I) ; D. 2020. 490

effet, les indépendants immatriculés comme tels sont présumés ne pas être liés par contrat de travail avec leurs partenaires mais cette présomption simple peut être combattue par la preuve contraire pour requalifier une convention en contrat de travail. La récente décision de la Cour de cassation rendue par la chambre sociale, en date du 4 mars 2020, a donné raison à une cour d'appel qui a requalifié le contrat unissant la plateforme UBER à l'un de ses chauffeurs en contrats de travail⁴⁹. Cet arrêt, rendu dans le droit fil de l'affaire Take Eat Easy⁵⁰, permet de concevoir les modèles des plateformes numériques pour lesquels les opérateurs doivent être considérés comme salariés. Il est à rappeler que le gouvernement français avait intégré dans son projet de loi d'orientation des mobilités⁵¹ un article 44 visant à empêcher tout juge de requalifier en contrats de travail les conventions unissant les opérateurs aux plateformes mais cette disposition fut censurée par le conseil des sages⁵².

Critères de subordination. Dès lors, en l'état du droit positif⁵³, le lien de subordination propre au contrat de travail se caractérise par le pouvoir de donner des instructions, le pouvoir d'en contrôler l'exécution et le pouvoir de sanctionner le non-respect des instructions données. A contrario, le travailleur indépendant a la possibilité de se constituer une clientèle propre, peut fixer librement ses tarifs et dispose de la liberté de fixer les conditions d'exécution de la prestation de service. En conséquence, l'on comprend que la Cour de cassation ne pouvait que faire droit à la requalification face à l'impossibilité pour un chauffeur UBER de se constituer une clientèle propre d'une part, face à l'absence de liberté dont il dispose sur le choix de ses courses et d'autre part en présence du droit de sanction de la plateforme en cas de refus de prise en charge par le chauffeur.

Critères d'insubordination. En conséquence, afin que ces colosses aux pieds d'argile que constituent les plateformes numériques face au risque de requalification en contrats de travail de leurs conventions avec leurs opérateurs, il peut être envisagé un ensemble contractuel civiliste qui effectue un départ clair avec le salariat. En effet, si les plateformes numériques sont des courtiers en rencontre de promesses unilatérales de contracter et levées d'option, il serait de mise que la promesse unilatérale que consent l'opérateur soit adaptée aux règles régissant le travail indépendant. Il devrait alors être stipulé que l'opérateur dispose de la faculté de se

⁵⁰ Soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079, D. 2019. 169, avis C. Courcol-Bouchard, et 177, note M.-C. Escande-Varniol.

⁵¹ Projet de loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, article 44, NOR : TRET1821032L

⁵² DC. 2019-794, 20 décembre 2019

⁵³ Une telle analyse ne prend pas en compte les dispositions censées être temporaires, espérons-le, de la loi modifiant les rapports de travail pendant l'état d'urgence sanitaire : LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JORF n°0072 du 24 mars 2020

constituer une clientèle propre parmi les clients de la plateforme en permettant à ces derniers de contacter l'opérateur en priorité après réalisation d'une prestation. Une autre stipulation dans la promesse unilatérale de contracter devrait également intégrer une liberté tarifaire calquée sur le modèle du prix maximal en droit de la distribution sélective que validait déjà le Conseil de la Concurrence en 1995⁵⁴. Enfin, cette promesse devrait intégrer le droit de ne pas contracter par résiliation de ladite promesse unilatérale, sans sanction. De la sorte, le rôle contractuel des tiers de confiance de l'économie collaborative résumé en courtier-commissionnaire se verrait consolidé, excluant plus aisément la qualité d'employeur pour ceux-ci.

⁵⁴ CONSEIL DE LA CONCURRENE, Rapport d'activité annuel, 1995, p.87 :« La détermination de prix maximaux pour des prestations de services normalisées délivrées dans une même zone géographique ne constitue pas en soi une pratique prohibée par les dispositions de l'ordonnance no 86-1243 du 1er décembre 1986 (D. 1987. 3, aujourd'hui codifiée au livre IV du code de commerce) »

II. Le rôle contractuel des tiers de confiance effacé : le crédo par l'ubérisation de l'ubérisation

Le rôle contractuel des tiers de confiance dans l'économie collaborative ayant été précisé et le risque de requalification en contrat de travail des relations que les opérateurs de ces plateformes entretiennent avec ces intermédiaires ayant été soulevé, il demeure une interrogation quant à l'avenir de l'économie collaborative et de son modèle contractuel. En effet, comme il l'a été dit, l'intermédiaire constitué par la plateforme est nommé tiers de confiance car il permet de rassurer un opérateur et un client dans leurs relations. C'est ainsi le numérique et ses outils qui ont permis à ces plateformes collaboratives de faire se rencontrer des pollicitants et des acceptants pourtant très éloignés sur le plan géographique et même culturel. Le profit réalisé par ces plateformes, outre celui du commerce juteux des données personnelles⁵⁵ auxquelles elles s'adonnent, se mesure dans leur rôle de courtier-commissionnaire permettant alors un lien entre plusieurs hommes, difficilement envisageable sans elles. Si le credo des plateformes numériques est la confiance qu'elles permettent entre les hommes, peut être que les hommes s'émargèrent des plateformes numériques s'ils découvrent un nouveau moyen de se faire confiance. L'on a appelé « ubérisation » la transformation d'un secteur d'activité avec un modèle économique innovant tirant parti du numérique mais l'on peut préciser celle-ci en prenant appui sur l'étymologie même du mot « über », « au-dessus »⁵⁶ en allemand. L'ubérisation peut alors se comprendre comme la transformation d'un secteur d'activité par la substitution des opérateurs traditionnels par des opérateurs qualifiés de collaboratifs qui organisent leurs relations avec les clients grâce à un tiers de confiance numérique, au-dessus d'eux (über). Aujourd'hui, le système des plateformes numériques jouant le rôle d'intermédiaire est ainsi automatisé et centralisé. Or, l'apparition récente de la technologie relative aux chaînes de blocs (blockchain) permet d'envisager une désintermédiation (A) dans nombres de secteurs de l'économie collaborative où les contrats intelligents (smart contracts) pourraient théoriquement automatiser les relations contractuelles (B). Il s'agirait dès lors d'entrevoir, après l'ubérisation de l'économie classique, où des tiers se substituent aux acteurs traditionnels, l'ubérisation de l'économie collaborative ou ubérisation de l'ubérisation, par laquelle la technologie Blockchain efface l'utilité des tiers de confiance.

⁵⁵ Selon la dernière étude d'IDC (le chiffre d'affaire mondial issu des activités de Big Data serait estimé à plus de 187 milliards de dollars à horizon 2019, soit une augmentation de plus de 50% par rapport à 2015, où le CA annuel est chiffré à 122 milliard de dollars

⁵⁶ DE SUCKAU W., Dictionnaire allemand-français et français-allemand fondé sur l'étymologie, Paris, Veuve Thiérot, 1846

A. La désintermédiation de l'économie collaborative par le recours à la chaîne de blocs

La technologie de la chaîne de blocs déchaîne les passions. Souvent analysée pour ses opportunités, les réflexions qu'elle induit ne doivent pas évincer ses dangers⁵⁷. Elle est apparue en 2009 en tant que protocole sous-jacent de l'actif numérique Bitcoin, première cybermonnaie. Depuis, nombre d'actifs numériques ont été créés sur la base de ce protocole informatique. La technologie blockchain permet de repenser les différents rapports de confiance et surtout le sens même du droit des contrats qui permet aux hommes de se lier en engageant leurs responsabilités si d'aventure l'un n'avait pas satisfait à ses obligations. Sans nul doute, la Blockchain sera à l'origine d'une Révolution juridique dans laquelle peut-être que le code remplacera le Code selon l'assertion devenue célèbre : code is Law. Peut-être sera-ce l'occasion d'envisager, au cours de la prochaine réforme de la responsabilité civile déjà bien engagée, la création d'une responsabilité numérique⁵⁸. En effet, il sera question d'analyser comment la technologie semble avoir ouvert une brèche qui permettrait de dépasser le postulat civiliste de 1804 selon lequel un contrat tient lieu de loi entre ceux qui l'ont consenti et qu'il doit être exécuté de bonne foi.

Blockchain définition. La blockchain utilise un processus de hachage à l'aide d'une puissance de calcul des opérateurs de la chaîne de blocs. La fonction de hachage, (hash : pagaille, désordre, recouper et mélanger en anglais) génère à partir d'une donnée d'entrée une empreinte servant à identifier la donnée initiale. Plusieurs fonctions de hachage existent telles que SHA-1, MD5 et SHA2. Elles se différencient par l'algorithme qu'elles utilisent pour crypter les données initiales avant calcul du hachage. L'avantage du hachage est en somme de délivrer une empreinte que l'on nomme également « somme de contrôle » différente pour chaque donnée initialement hachée. On évite ce faisant le procédé de collision qui se définit comme la somme de contrôle identique pour deux données initiales hachées par le même algorithme. A ce titre, certains algorithmes de hachage sont plus performants que d'autres puisqu'il a été révélé un nombre important de collisions en utilisant la fonction MD5. Au contraire, aucune collision n'a été à ce jour répertoriée pour l'algorithme SHA-2. Concrètement, de la même manière qu'il est possible en matière pénale de confondre un individu au regard de son ADN qui représente une

⁵⁷ MEKKI Mustapha, Blockchain : entre mystères et fantasmes, Dalloz IP/IT 2019. 415

⁵⁸ G'SELL Florence, Vers l'émergence d'une « responsabilité numérique » ?, Dalloz IP/IT 2020. 153

infime partie de son entité, l’empreinte générée par le hachage, généralement d’une taille de 256 bits, utilisant un algorithme de confiance, permet d’identifier un document de plus ou moins grande taille. Le procédé de la blockchain consiste en une chaîne de blocs dans laquelle chaque bloc contient l’empreinte du bloc précédent avec un nombre de 0 défini en début de blocs suivants. Dès lors, pour calculer l’empreinte nécessaire à valider le bloc, cela nécessite une puissance de calcul qu’un seul ordinateur ne peut produire. De la sorte, un utilisateur d’une blockchain devra, pour créer un bloc, calculer l’empreinte nécessaire à valider le hachage des données qu’il souhaite inclure dans la chaîne. Pour exemple le hash du 486000ème bloc du bitcoin devait être composé de 72 zéros pour être valide. Cela nécessite, en utilisant l’algorithme SHA-2, en 256 bits, de calculer en moyenne 271 fois la fonction de hachage, ce qui demanderait à un ordinateur standard, quelques milliers d’années. Or, la particularité de la blockchain est qu’elle est décentralisée, c’est-à-dire qu’elle fonctionne en peer-to-peer (pair à pair). Ainsi, chaque ordinateur participant au réseau de la blockchain du bitcoin à travers le monde procèdera au même calcul ce qui multiplie les chances d’aboutir au résultat mathématique escompté pour créer un bloc suivant. Une moyenne statistique usant de la courbe gaussienne permet d’indiquer que l’intégralité des ordinateurs du monde associés au réseau de la blockchain du bitcoin, en utilisant leur puissance de calcul, peut aboutir au résultat de l’empreinte du bloc suivant au bout de 10 minutes. En somme, un bloc est composé de l’empreinte du hachage du bloc précédent, des données incluses dans ce bloc, de la signature de son auteur et de l’empreinte de ce bloc obéissant à des règles propre à ladite blockchain. Ce procédé éminemment complexe permet de créer un véritable registre partagé par tous les utilisateurs de la blockchain et qui garantit son inviolabilité. En effet, si un utilisateur décide de modifier le contenu d’un bloc et que, par une probabilité avantageuse il y parvient, il devra alors modifier l’intégralité des blocs suivants en changeant l’empreinte de ces derniers ce qui mathématiquement semble impossible. Aussi, si par inadvertance, deux ordinateurs découvrent l’empreinte du bloc suivant en même temps, c’est la chaîne qui se poursuit plus longuement que la chaîne parasite qui sera admise dans le registre du réseau. En somme, la blockchain regorge en son sein d’une technologie qui permet d’assurer l’unicité, la traçabilité et la confidentialité d’une transaction. A ce titre, la fonction de conservation que procure la blockchain a laissé la doctrine imaginer qu’elle puisse participer d’une désintermédiation généralisée par la dispense de toute intervention humaine⁵⁹.

⁵⁹ MEKKI, Les mystères de la Blockchain, La Blockchain, Dalloz Grand Angle, p.9 à 24

Désintermédiation financière. C'est en droit financier que la désintermédiation par le recours à la technologie blockchain a d'abord été envisagée avec l'émergence des fintechs⁶⁰ même si le terme de désintermédiation peut être source de confusion puisque le phénomène du crowdfunding, d'abord envisagé comme un processus de désintermédiation bancaire, s'avère en pratique relever d'une substitution d'intermédiaire bancaire au profit des plateformes de financement participatif grâce à l'érosion du monopole bancaire⁶¹.

La désintermédiation collaborative. Comment dès lors envisager une désintermédiation de la désintermédiation pour le secteur de l'économie collaborative ? Celle-ci peut être analysée comme une ubérisation de l'ubérisation au sens où l'entendait le professeur Mekki, à savoir l'ubérisation par laquelle le code informatique substitue le tiers de confiance⁶² ou bien comme une fin de l'ubérisation⁶³ ou l'effacement des tiers de confiance numériques comme l'analysait Célia Zolynski⁶⁴. En somme, il s'agirait de reproduire la taxonomie du rôle contractuel joué par les plateformes numériques et d'utiliser les moyens techniques qu'offre la chaîne de blocs pour automatiser les relations contractuelles envisagées. La promesse unilatérale de contracter des opérateurs de l'économie collaborative serait consentie directement avec les clients collaboratifs inscrits sur un grand réseau social et les paiements s'effectueraient directement entre clients et opérateurs sans passer par un tiers. Une telle organisation contractuelle semble théoriquement possible en ayant recours à la technologie des contrats intelligents ou smart contracts.

⁶⁰ LEGEAIS Dominique, « Ubérisation » du crédit : la réglementation du crowdfunding, Dalloz IP/IT 2017 p.148 ; PAILLIER Pauline, L'intermédiation en question, RD banc. Fin. 2017, n° 2, p. 86, spéc. n°s 6 et s.

⁶¹ DE VAUPLANE Hubert, Le monopole bancaire sert-il (encore) à quelque chose ?

⁶² MEKKI Mustapha, Le contrat, objet des smart contracts (Partie 1)

⁶³ ZOLYNSKI Célia, La blockchain : la fin de l'ubérisation ?, Dalloz IP/IT 2017. 385

⁶⁴ IBID

B. L'automatisation des rôles contractuels de l'économie collaborative par le recours aux contrats intelligents

Contrat intelligent : notion. Sébastien Drillon définissait déjà en 2016 le contrat intelligent comme celui qui permet « le transfert automatisé de valeurs fondé sur un accord préalable entre deux personnes ou sur un engagement préalable d'une personne envers une autre, et qui s'exécute au moyen d'une Blockchain⁶⁵ ». Les contrats intelligents, comme les tiers de confiance, sont des notions marketings et non juridiques. Un contrat ne peut être intelligent mais un dispositif technique peut en revanche permettre à des parties d'organiser leur relation contractuelle de façon à automatiser l'exécution des obligations et des sanctions en cas d'inexécution. Comme l'a effectivement démontré Garrance Cattalano, les smart contracts ne sont pas des contrats⁶⁶. Nick Szabo, père de la notion de smart contract, indiquait déjà au siècle dernier comment l'usage cryptographique pouvait permettre de sécuriser les relations contractuelles sur un réseau public⁶⁷. C'est véritablement avec l'apparition du protocole informatique Ethereum, fondé par Vitaly Buterin en 2015, que les contrats intelligents ont pu sortir du champ théorique pour entrer dans le cadre pratique. Ce dernier écrivait dans le White Paper de l'ICO de son jeton Ethereum : « Un langage de programmation Turing-complet qui peut être utilisé pour créer des "contrats" qui permettent de coder des fonctions arbitraires de transition d'état, permettant aux utilisateurs de créer n'importe lequel des systèmes décrits ci-dessus, ainsi que de nombreux autres que nous n'avons pas encore imaginé, en écrivant simplement la logique dans quelques lignes de code. » En effet, il est désormais possible en utilisant le langage informatique de codage solidity, de coder des relations contractuelles automatisées et dont l'exécution nécessite une puissance de calcul consommée en « gas » sur le protocole Ethereum. On parle alors de DAO⁶⁸ (Distributed Anonymous Organisation ou organisation décentralisées anonyme) pour définir « une organisation décentralisée dont les règles de gouvernance sont automatisées et inscrites de façon immuable et transparente dans une Blockchain⁶⁹ ».

⁶⁵ DRILLON Sébastien, La révolution Blockchain, RTD com. 2016. 893

⁶⁶ CATTALANO Garrance, *Smart contracts* et droit des contrats, AJ contrat, 2019. 32

⁶⁷ SZABO Nick, Smart Contracts : Formalizing and Securing Public Networks, First Monday, sept. 1997, n° 9.

⁶⁸ BOUDES Thierry. « La blockchain déchaîne les questions ! », Annales des Mines - Gérer et comprendre, vol. 131, no. 1, 2018, pp. 83-85.

⁶⁹ BLOCKCHAIN France, Qu'est-ce qu'une DAO ?, [en ligne] [consulté le 19 avril 2020] disponible sur : <https://blockchainfrance.net/2016/05/12/qu-est-ce-qu-une-dao/>

Définition juridique. La réflexion juridique sur les smart contracts est à ses balbutiements. Des initiatives de recherche sont à l'œuvre pour notamment créer un clausier des clauses auto-exécutantes⁷⁰. En l'état des connaissances scientifiques sur la notion, l'on peut dire que les smart contracts sont des supports techniques qui permettent d'intégrer des stipulations contractuelles et dont l'exécution et l'inexécution sont organisées par un oracle, véritable sybille permettant le passage des ordres du monde réel au monde Blockchain. Les smart contracts représentent alors un moyen technologique recourant à une chaîne de blocs et permettent d'intégrer des contrats-cadres dont la formation, l'exécution et la sanction de l'inexécution des contrats particuliers sont automatisées. L'on comprend alors les doutes émis par la doctrine sur la soumission de la chaîne de blocs au droit⁷¹ en voyant apparaître des contrats intelligents pour certains rendus immuables, qui empêcheraient toute intervention du juge a posteriori notamment d'une sanction automatisée au regard de l'insaisissabilité des jetons numériques échangés entre portefeuilles numériques privés (Ledger) dont les valeurs ne sont pas recensées au FiCOBA. L'on pourrait alors assister à travers le monde Blockchain à une création juridique autonome où l'exécution de bonne foi d'un contrat se verrait rendue caduque par le remplacement de la volonté humaine par l'exécution automatique mécanisée. Le contrat demeurerait la loi des parties mais la sanction au manquement à cette loi par l'une d'entre elles pourrait s'automatiser sans rendre possible le recours à un juge humain en pratique. En effet, comment un débiteur dont l'objet contractuel est matérialisé par un contrat à exécution successive dont les stipulations sont intégrées à un code informatique, pourra-t-il obtenir remboursement d'une somme indue versée sous forme de crypto-actifs ? Il serait difficile pour le juge de résoudre un contrat auto-exécuté et il ne pourrait en l'espèce que condamner le créancier défaillant dans son obligation à un remboursement périodique en monnaie ayant cours légal autant de temps que durerait l'engagement automatisé.

La DAO collaborative. Si l'on envisage une ubérisation de l'économie collaborative, celle-ci se traduirait par l'établissement de contrats entre utilisateurs et opérateurs de l'économie collaborative en ayant recours à l'automatisation de l'exécution et de la sanction desdites stipulations grâce aux informations réelles intégrées à l'organisation décentralisée anonyme par le recours à un oracle qui peut être une personne physique ou un autre programme informatique recueillant l'information sur un site internet par exemple. Là où le bât blesse, c'est sur la substitution de la responsabilité contractuelle du tiers de confiance qui engage sa responsabilité

⁷⁰ FAVREAU Amélie, Présentation du projet de recherche sur les smart contracts, Dalloz IP/IT 2019. 33

⁷¹ CHARENTAY Sébastien, Blockchain et Droit : Code is deeply Law, Gaz. Pal. 2017, n° 39, p. 15

en cas de faute dans sa fonction de courtage ou dans sa fonction de mandataire des paiements. Cette responsabilité pourrait être effacée par la suppression du tiers de confiance, les paiements et contrats se formant alors automatiquement entre les acteurs de l'économie collaborative. Si d'aventure une erreur de programmation amenait à des préjudices pour les parties, c'est alors la responsabilité de l'entreprise informatique ayant codé l'automatisation qui pourrait être engagée. Enfin, le rôle contractuel des oracles que Mustapha Mekki qualifiait de talon d'Achille de la Blockchain, devrait dans un tel édifice contractuel, être sérieusement précisé⁷².

Exemple. Dans une DAO remplaçant le modèle d'AIRBNB, on peut envisager que les offres de logement soient publiées par des personnes physiques authentifiées sur un réseau de chaînes de blocs public par recours à un système de double clés privée et publique sur le modèle de la cryptographie asymétrique. Les utilisateurs de la plateforme consentiraient les modalités de leur location avec les opérateurs ou se plieraient aux exigences de la DAO dont les règles auraient été déterminées démocratiquement par l'ensemble des participants. Le paiement des prestations s'effectuerait par transfert automatique de valeurs par l'entremise de virement de portefeuille numérique à portefeuille numérique ou de manière plus complexe grâce à une autorisation de prélèvement bancaire programmée sur un contrat intelligent. En cas d'inexécution contractuelle ou de faute commise par l'un des co-contractants, la DAO pourrait automatiquement transmettre à un huissier, jouant le rôle ici d'oracle, de constater ou non l'inexécution contractuelle. Sa parole permettrait ou non d'actionner un mécanisme d'indemnisation préalablement programmé sur la DAO⁷³.

Limites. On le voit, une telle analyse de l'ubérisation de l'ubérisation laisse de nombreux doutes⁷⁴ sur la possibilité technique d'intégrer dans le processus d'automatisation des notions brûlantes d'actualité telles que la force majeure qui permettrait à un co-contractant dont l'inexécution serait due à un cas fortuit lui étant imprévisible, irrésistible et extérieur de ne pas engager sa responsabilité alors même que la DAO lui aurait fait supporter le poids économique d'une indemnisation induë. Une telle question se poserait tout autant en matière d'imprévision ou d'exception d'inexécution où l'intelligence humaine, aussi fine soit-elle aurait sans doute grand mal à automatiser la qualification par juridicisation des faits de ces notions.

⁷² MEKKI Mustapha, Le smart contract, objet du droit (Partie 2), Dalloz IP/IT 2019. 27

⁷³ DE FILIPPI Primavera. « Chapitre III. Applications de la blockchain », éd., Blockchain et cryptomonnaies. Presses Universitaires de France, 2018, pp. 74-103.

⁷⁴ RODA Jean-Christophe, Smart contracts, dumb contracts ? Dalloz IP/IT 2018 p.397

Oracle judiciaire. Dès lors, rien n'empêche, dans le cadre d'une réforme de la responsabilité civile, d'imposer que les DAO organisant les relations contractuelles grâce à l'intégration dans les smart-contracts des stipulations des parties, d'imposer qu'en certaines matières, celui qui devra dénouer une proposition A ou B, sanction ou inexécution, soit un oracle judiciaire. De la sorte, l'oracle que la théologie a défini comme celui qui annonçait la parole divine aux hommes pourra devenir, dans un économie collaborative décentralisée, le juge qui annoncera aux machines la volonté des hommes.

Conclusion.

L'économie collaborative permise grâce à l'avènement des réseaux sociaux et de l'évolution des NTIC permet à ce jour d'identifier une taxonomie globale du rôle contractuel des plateformes numériques d'intermédiation qualifiée de tiers de confiance. Elles jouent en effet le rôle d'un courtier-commissionnaire qui permet la rencontre de l'offre et de la demande, de l'offre et de l'acceptation, sur un marché numérique dédié. Leur importance dans les phases précontractuelles et contractuelles des conventions collaboratives permettraient sans doute, à l'aune du rôle de du croire que l'on applique à d'autres intermédiaires, de les contraindre, par l'effet du loi nouvelle sur la responsabilité numérique, à garantir la bonne fin des opérations de paiement en leur qualité de commissionnaire. Pourtant, une telle analyse prospective se heurte à l'impact de la technologie Blockchain sur cette économie. En effet, il semble que la création d'une organisation anonyme décentralisée ayant recours à des contrats-cadres régissant la formation, l'exécution et la sanction de contrats particuliers grâce à la technologie des contrats intelligents, permettraient de supprimer l'utilité sociale de ces tiers de confiance. Pour ce faire, une attention particulière devra être apportée au rôle contractuel des oracles dont la fonction est d'intégrer des informations contractuelles réelles au programme informatique régissant l'automatisation d'une convention. Afin d'éviter qu'une machine n'analyse des notions dont la complexité ne lui permet pas d'atteindre le degré d'analyse humaine, il sera peut-être de mise d'inventer un nouveau rôle pour les magistrats, celui d'oracle judiciaire. De la sorte, dans certains cas, seul un juge garant des libertés fondamentales pourrait ou non dénouer une option proposée par le programme informatique. Ainsi, pour éviter l'écueil que dénonçaient déjà en leur temps Dostoïevski et La Boétie à savoir que les hommes ont cette fâcheuse tendance à tomber dans la servitude volontaire⁷⁵ et à céder les attributs de leurs libertés⁷⁶, peut-être que l'homme pourra garder une part de contrôle sur l'automatisation. Il fut un temps, les hommes étaient rappelés à l'ordre moral par les prophètes. Demain, peut-être que les hommes devront rappeler à l'ordre moral les machines car *deus ex machina*.

⁷⁵ DE LA BOETIE Etienne, Discours sur la servitude volontaire : « Il y a en l'homme une préférence pour la servitude volontaire, parce que la servitude est confortable et qu'elle rend irresponsable. »

⁷⁶ DOSTOIEVSKI, Les frères Karamazov, 1879 : « Mais sache que les hommes sont convaincus maintenant, plus que jamais, qu'ils sont complètement libres. Et cependant ils nous ont apporté eux-mêmes leur liberté et l'ont humblement déposée à nos pieds. »