



Les NFTs : de l'absence d'encadrement au Règlement MiCA

De la vente de l'œuvre numérique « *Everydays: the First 5000 Days* » de l'artiste Beeple à la vente de « CryptoPunk » créés par la société Larva Labs, les jetons non fongibles ou encore « *non fungible token* » (« **NFTs** ») sont depuis le début de l'année 2021 au cœur de l'actualité des technologies nouvelles. Appliqués au secteur de la culture, des jeux vidéo ou encore du luxe, les NFTs permettent de monétiser des créations numériques ou physiques et de représenter les droits qui y sont attachés. La vente d'un NFT emporte alors la vente de l'actif qu'il représente, l'acquéreur devenant ainsi propriétaire du NFT et de l'élément auquel il est adossé.

Les NFTs sont des jetons numériques uniques et indivisibles correspondant à la représentation informatique sur *blockchain* d'un élément donné qui peut notamment revêtir la forme d'une œuvre d'art numérique. Caractérisés par leur non-fongibilité, les NFTs ne sont pas interchangeables contrairement aux monnaies virtuelles. Par ailleurs, les NFTs sont généralement accompagnés d'informations relatives à l'auteur de l'œuvre, l'ancien propriétaire et d'autres modalités plus techniques inhérentes à l'actif sous-jacent.

Aujourd'hui, il n'existe pas de réglementation juridique spécifique établie pour encadrer les NFTs et notamment leur commercialisation.

Cette absence de réglementation a notamment été mise en exergue dans une question écrite¹ posée le 15 avril 2021 par un sénateur au ministre de l'Economie, des finances et de la relance sur la question de la fiscalité applicable aux jetons non fongibles. Le sénateur souligne ainsi la complexité de la catégorisation juridique des NFTs en vue de l'application d'un régime fiscal spécifique et demande à ce que la position du Gouvernement à ce sujet soit précisée. Cette question est toujours en attente de réponse.

¹ Question écrite n°22200 de M. Jérôme Bascher publiée dans le JP Sénat du 15 avril 2021, p. 2459

En l'absence de réponse de la part du Gouvernement, il convient de déterminer si les NFTs pourraient être rattachés à une catégorie juridique existante et notamment bénéficier du régime applicable aux actifs numériques.

La loi Pacte² du 22 mai 2019 est venue consacrer une nouvelle catégorie de biens incorporels, les actifs numériques. Consacrés à l'article L. 54-10-1 du Code monétaire et financier³ (« **CMF** »), les actifs numériques peuvent revêtir la forme de jetons numériques ou de crypto-monnaies :

- Les premiers sont définis à l'article L. 552-2 du CMF comme « *tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien* ». Les dispositions de l'article précité s'inscrivent dans le cadre précis de la réglementation relative aux offres publiques de jetons (« **ICO** ») définies par l'article L. 552-3 du CMF comme consistant à proposer au public, sous quelque forme que ce soit, de souscrire à ces jetons. Il semble ressortir de cette définition qu'un jeton est structurellement différent d'un NFT puisqu'il apparaît comme fongible et divisible notamment lorsque ces derniers sont rattachés à des valeurs mobilières, par nature fongibles.
- Les seconds ne pourraient s'appliquer aux NFTs, faute de répondre au critère de non fongibilité. En effet, les NFTs ne semblent pas pouvoir représenter une valeur qui serait acceptée comme un moyen d'échange.

L'on pourrait également songer à assimiler un NFT à l'actif sous-jacent qui le compose. En effet, dans l'hypothèse où les NFTs ne seraient pas assimilés à des actifs numériques, ils pourraient, du fait de leur grande diversité, être associés à l'actif sous-jacent au jeton représentant un bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel. Dès lors, certains prestataires de services sur NFT pourraient être qualifiés d'intermédiaire en biens divers au sens de l'article L. 551-1 du CMF.

En l'absence de réglementation spécifique et compte-tenu des incertitudes quant au rattachement des NFTs à l'une des catégories susvisées, il conviendrait de raisonner par analogie avec la position du Conseil d'Etat⁴ qui avait eu à se prononcer sur la nature juridique des *bitcoins* afin de déterminer le régime fiscal applicable. Le Conseil d'Etat avait en effet estimé que les *bitcoins* pouvaient être qualifiés de biens meubles incorporels⁵. Ainsi, les NFTs pourraient entrer dans la catégorie extrêmement large des biens meubles incorporels.

A ce titre, un amendement au projet de loi de finances 2022⁶ vient d'être déposé intégrant une proposition de définition des NFTs venant confirmer les développements ci-dessus « *Un jeton non-fongible est considéré, au titre du présent article et à l'exclusion des jetons considérés comme des actifs numériques au sens de l'article L. 54-10-1 du code monétaire et financier, comme tout bien incorporel et non fongible représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits,*

² Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 pour la croissance et la transformation des entreprises

³ Article L. 54-10-1 du CMF : « *les actifs numériques comprennent : 1° Les jetons mentionnés à l'article L. 552-2, à l'exclusion de ceux remplissant les caractéristiques des instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 et des bons de caisse mentionnés à l'article L. 223-1 ; 2° Toute représentation numérique d'une valeur qui n'est pas émise ou garantie par une banque centrale ou par une autorité publique, qui n'est pas nécessairement attachée à une monnaie ayant cours légal et qui ne possède pas le statut juridique d'une monnaie, mais qui est acceptée par des personnes physiques ou morales comme un moyen d'échange et qui peut être transférée, stockée ou échangée électroniquement.* »

⁴ Conseil d'Etat, 8ème – 3ème chambres réunies, 26 avril 2018, n°417809

⁵ Cons. 13 « (...) Les unités de « bitcoin » ne relevant pas de la catégorie des biens immeubles, au sens de cet article, et ayant ainsi la nature de biens meubles incorporels, l'imposition des profits tirés de leur cession par des particuliers relève, en principe, des dispositions de l'article 150 UA précité. »

⁶ Amendement N°I-CF879 déposé par le député Pierre Person à la loi de finance 2022 le 30 septembre 2021

conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien ».

Un tel rattachement emporte nécessairement des conséquences sur la commercialisation des NFTs, notamment lorsqu'elle est réalisée par une maison de vente aux enchères.

En droit français, les ventes mobilières aux enchères publiques renvoient à un mode de vente spécifique pouvant s'inscrire dans un cadre judiciaire ou volontaire.

Le titre II du livre III du Code de commerce qui régit les ventes aux enchères publiques vise en son préambule les meubles et effets mobiliers corporels⁷. Ainsi, le régime des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques ne s'étend pas aux meubles incorporels.

Ce point a notamment été abordé, le 20 mai 2021, par le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques (« **le Conseil des ventes** ») qui s'est saisi de la question des ventes volontaires aux enchères publiques d'œuvres d'art numériques via des NFTs. La position du Conseil des ventes s'inscrit dans le sillage des développements susvisés. En effet, il confirme que la réglementation française actuelle réserve la vente volontaire de meubles aux enchères publiques aux seuls biens mobiliers corporels, écartant de droit la possibilité de vendre un NFT, par nature incorporel, aux enchères publiques. En effet, il est précisé que la représentation numérique d'une œuvre, parce qu'elle n'a pas de consistance physique, reste un bien meuble incorporel, et ne peut, à ce titre, faire partie, à elle seule, des biens qui peuvent faire l'objet en France d'une vente volontaire aux enchères publiques.

A ce sujet, un projet de loi visant à moderniser la régulation du marché de l'art⁸ prévoit en son article 3 d'étendre à la vente de meubles incorporels, le régime des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques. Cet article⁹ étendrait le régime des ventes volontaires aux enchères publiques à l'ensemble des meubles et de facto aux meubles incorporels.

Au-delà du secteur de l'art, les NFTs et le secteur de la finance décentralisée commencent à interagir ensemble notamment dans le cadre de prêts sur crypto-actifs. En effet, lorsqu'un utilisateur d'un dispositif de prêt sur crypto-actifs tente de contracter un emprunt, ce dernier ne dispose pas nécessairement des fonds nécessaires en crypto-actifs pour fournir une garantie suffisante à l'emprunt. Dans ce cadre, la marketplace NFTfi permet d'emprunter des fonds en crypto-actifs tout en utilisant des NFTs à titre de garantie.

A ce jour, bien que les NFTs attirent l'attention de la plupart des législateurs, ces derniers ne font pas l'objet d'un cadre réglementaire spécifique.

Ainsi, si la France ne souhaite pas prendre un retard considérable dans cette course à la numérisation de l'économie, le cadre juridique français doit nécessairement faire l'objet d'une adaptation afin de prendre en considération les NFTs.

Quant à l'Union Européenne, le projet de Règlement concernant les marchés de crypto-actifs¹⁰ (« **Règlement MiCA** ») en cours d'adoption prévoira notamment, au niveau européen, les conditions

⁷ Article L. 320-1 du Code de commerce : « *Les ventes aux enchères publiques de meubles et d'effets mobiliers corporels sont régies par le présent titre* ».

⁸ Proposition de loi visant à moderniser la régulation du marché de l'art – 16 octobre 2019

⁹ D'après le dossier législatif disponible sur le site du Sénat, ce projet de loi a fait l'objet d'une première lecture au Sénat le 7 février 2019 et à l'Assemblée Nationale le 24 octobre 2019. Des séances publiques sont à venir mais aucune date n'est encore précisée.

¹⁰ Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur les marchés de crypto-actifs, et modifiant la directive (UE) 2019/1937

dans lesquelles des jetons numériques pourront être émis ainsi qu'un statut pour les prestataires qui fourniront des services portant sur ces jetons. Cependant, le Règlement MiCA exclut, de façon claire et non équivoque, les NFTs de son champ d'application. En effet, l'article 4(2) précise que les émetteurs de « *crypto-actifs [qui sont uniques et ne sont pas fongibles avec d'autres crypto-actifs]* » n'ont pas l'obligation de publier et d'enregistrer un livre blanc pour ces actifs. Par conséquent, pour les NFTs, aucune règle n'impose de publicité relative à leur fonctionnement et fiabilité.

Dans ce contexte, les discussions sur le Règlement MiCA devront être suivies avec attention afin de déterminer si un encadrement plus précis des NFTs sera envisagé à l'échelle de l'Union Européenne.

Auteurs



David Masson

Avocat Associé

dmasson@racine.eu



Sonia Oudjhani-Rogez

Avocat

soudjhanirogez@racine.eu



Doris Midy Neirinck

Juriste

dmidyneirinck@racine.eu