



HAL
open science

Les NFT : regards civil et fiscal Regard civil

Pierre FINI

► **To cite this version:**

| Pierre FINI. Les NFT : regards civil et fiscal Regard civil. 2024. hal-04661042

HAL Id: hal-04661042

<https://hal.science/hal-04661042v1>

Preprint submitted on 24 Jul 2024

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.

Copyright

Les NFT : regards civil et fiscal

Regard civil

Par Pierre FINI

I. Le NFT en droit : propos introductifs

Définitions du NFT. Il existe de nombreuses définitions doctrinales du NFT, lesquelles sont toutes plus ou moins interchangeables. Les NFT (*Non Fungible Tokens*, ou Jetons Non Fongibles en français) sont des « *jetons numériques uniques et indivisibles certifiés par une blockchain* »¹. Certains auteurs proposent cependant des définitions fondées sur une approche technologique. Pour Monsieur Legeais, le NFT est « *un jeton enregistré dans la blockchain, comportant une suite de caractères alphanumériques répondant aux règles de la cryptographie. Ce jeton contient les métadonnées permettant d'identifier son émetteur et l'objet sous-jacent. Selon les règles définies par celui qui a créé le NFT, le fichier vers lequel il renvoie devient donc grâce à lui unique. Le fichier reste duplicable à l'infini, mais le NFT permet désormais de créer un original créé et authentifié* »². Récemment, l'Administration fiscale a proposé, certes pour répondre à une question posée en matière de TVA, une définition des NFT : « *Les jetons non fongibles (JNF), communément dénommés « NFT » en lien avec l'appellation anglaise « non fungible tokens », sont des fichiers informatiques uniques, créés et stockés sur un registre numérique de suivi de transactions dénommé « chaîne de blocs » (« blockchain »)* »³. Les NFT seraient ainsi d'après leurs caractéristiques technologiques des jetons créés par *smart contract* et dont le propre serait d'être uniques, donc non fongibles. La catégorie générale des jetons serait ainsi composée des jetons fongibles et des jetons non-fongibles. La question est cependant de savoir si les notions technologiques et juridiques de jetons se recoupent où si le droit s'autorise, dans la poursuite de ses objectifs propres, à dévier de la technologie.

Fongibilité, choses de genre, corps certains, choses fongibles. La fongibilité est une notion du droit des obligations qui s'appuie sur un couple de contraires en droit des biens : les corps certains et des choses de genre. Les choses de genre sont celles qui ne se définissent pas par leur individualité, mais par leur espèce et leur quantité. Au sein d'un ensemble de choses de genre, chaque chose en vaut une autre. Cette identité se traduit, en droit des obligations, par l'indifférence du créancier de choses de genre à recevoir celles-ci plutôt que celles-là. Dans l'exécution de l'obligation, les choses de genre sont dites fongibles. Il ne faut cependant pas se méprendre sur la notion de fongibilité : elle ne dépend pas de l'absence d'individualité des choses, mais de l'indifférence des parties à un rapport d'obligation à cette individualité. À chaque fois que les parties voient les choses comme des quantités et non comme des individualités, il est possible de parler de

¹ B. GLEIZE, « L'irrésistible ascension des jetons non fongibles » in *Actualité du droit des technologies nouvelles* (février – juin 2021), *RLDC*, 1^{er} juillet 2021, n° 194.

² D. LEGEAIS, « Les NFT sont-ils des actifs numériques ? », *RD bancaire et fin.*, juillet 2022, n° 4, dossier 32, n° 11.

³ *BOI-RES-TVA-000140-14/02/2024*.

fongibilité. Ainsi, c'est dans le rapport des personnes aux choses et non pas dans les choses elles-mêmes qu'il faut rechercher le critère répartiteur des choses fongibles et des choses non-fongibles. Ainsi, sur une blockchain, un jeton utilitaire (*utility token*) peut parfaitement être distingué de tous les autres jetons du même genre, ce qui, dans l'absolu, fait de lui un corps certain⁴. Pourtant, cela n'empêche pas de qualifier ces jetons de jetons fongibles, puisqu'ils sont destinés par leur émetteur à conférer les mêmes droits aux détenteurs, l'étendue de ces droits variant avec la seule quantité de jetons détenus. La volonté est alors la source première de la fongibilité de jetons « *conçus pour être fongibles* ». Des corps certains peuvent donc être des choses fongibles autant que peuvent l'être des choses de genre. L'individualité technologique d'un jeton est donc, à elle seule, insuffisante à lui conférer la qualité de jeton non-fongible. C'est la substance juridique que ce jeton incarne et représente qu'il convient d'analyser, substance qui doit être recherchée derrière la forme (*look through analysis*).

Fonction(s) du NFT. La technique du NFT, et plus généralement celle du jeton (*token*) rappellent celles du droit des affaires et du droit financier, puisque les NFT sont dits « représenter » un actif sous-jacent⁵. En droit financier, les actifs sous-jacents sont des « **instruments financiers (actions, obligations, indices, devise, etc.) servant de supports à des outils financiers dérivés (options, warrants, futures, etc.), et pouvant être achetés (dans le cas d'une option d'achat) ou vendus (dans le cas d'une option de vente) par le détenteur qui exerce son option** »⁶. Mais les actifs sous-jacents d'un NFT ne sont pas limités aux instruments financiers, celui-ci pouvant « *tokeniser* » n'importe quel bien ou droit. La tokenisation est, selon l'autorité des marchés financiers, un « *procédé de représentation numérique permettant l'enregistrement, la conservation et la transmission d'un actif au sein d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé (DEEP)* »⁷. Dès lors, d'une façon beaucoup plus large, les actifs sous-jacents en matière de NFT seraient des « *droits représentés sous forme numérique* »⁸ : les NFT, ou du moins certains NFT, seraient alors de véritables titres représentatifs de biens, dont le propre serait d'exister et de circuler sur une *blockchain*. Peuvent être *tokenisés* des instruments financiers, mais également des immeubles, des œuvres d'art ou copies d'œuvre d'art, des créances monétaires et non-monétaires. Mais le lien entre le NFT et l'actif sous-jacent est autrement plus complexe que la simple et seule relation de représentation⁹, notamment exprimée dans la première branche de l'article L. 54-10-1° du Code monétaire et financier. Les NFT représentent, se réfèrent, désignent, pointent, renvoient, sont associés au sous-jacent. Parfois, ils lui confèrent la rareté¹⁰ qui lui manquaient, auquel cas le NFT n'est pas créé sur un actif sous-jacent, inexistant sans lui, il crée un actif sous qui jusqu'alors n'était pas (pleinement) reconnu par le droit, en même temps qu'il le représente désormais sur une blockchain : certains NFT confondent à la fois le bien représenté et le titre représentatif. Cette diversité des mots correspond à une diversité des liens : la relation du NFT au sous-jacent n'est pas

⁴ L. SOLERANSKI, « Réflexions sur la nature juridique des tokens », *BJB*, mai-juin 2018, n° 3, p. 191, n° 9.

⁵ Sur le parallèle avec la représentation des valeurs mobilières par des titres, v. W. DROSS, « Jetons non fongibles (JNF) et droit des biens », *RLDI*, 1^{er} août 2023, n° 206.

⁶ D. BI TRA, *Banque, Finance et Bourse, Lexique des Termes Usuels*, L'Harmattan, 2011, p. 20, v° *Actifs sous-jacents*.

⁷ AMF, *État des lieux et analyse relative à l'application de la réglementation aux security tokens*, mars 2020.

⁸ V. VARNEROT, « La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers », *Droit fiscal*, 8 septembre 2022, n° 36, 305, n° 14.

⁹ En ce sens, M. MEKKI, *Actifs numériques*, Répertoire commercial Dalloz, janvier 2024, n° 53.

¹⁰ M. MEKKI, *Actifs numériques*, Répertoire commercial Dalloz, janvier 2024, n° 53.

unique, mais plurielle. Ainsi, dans le monde de l'art, le NFT peut dédoubler, consacrer ou pérenniser une œuvre d'art :

- Dédoubler une œuvre d'art dotée d'un support matériel en la dotant d'un jumeau numérique (*digital twin*) sur la *blockchain*. Le NFT confère à ce jumeau l'appropriabilité qui lui manquait pour exister en tant que bien, sur lequel il constitue un **titre représentatif** identifiant le propriétaire et que ce dernier peut céder. Le NFT permet ici à une chose incorporelle (fichier ou copie numérique d'une œuvre d'art) d'accéder à une forme d'unicité, ce qui en fait un bien incorporel. Ce bien est associé au NFT, qui le représente : avoir le NFT, c'est avoir le bien. Faire circuler le NFT, c'est faire circuler le bien.
- Consacrer une œuvre d'art dont l'existence exclusivement numérique, en la dotant d'un support numérique « *individualisant un contenu reproductible* »¹¹, ce qui permet aux crypto-artistes d'accéder à une nouvelle forme de propriété valorisable. C'est encore une fois la logique du titre représentatif qui est à l'œuvre : toutefois, le bien représenté n'est pas une copie numérique de l'œuvre physique, c'est l'œuvre elle-même, puisque celle-ci est dépourvue de support matériel. Dans ces deux premiers cas, la valeur du NFT et son aptitude à représenter juridiquement le bien dépend du droit de l'émetteur, qui doit être l'artiste ou son ayant droit.
- Pérenniser une œuvre dont le support matériel est temporaire¹² en l'immortalisant sur la *blockchain*.

Si la tokenisation repose sur une technique unique, ses applications sont plurielles :

- il est possible de *tokeniser* un actif sous-jacent en une multitude de jetons fongibles, de le représenter sous une forme fractionnée sur la *blockchain*. Il est ainsi rendu plus liquide et plus accessible aux investisseurs qui, indirectement, investissent dans l'actif *tokenisé* par l'intermédiaire des jetons. Une œuvre d'art couteuse peut ainsi être fractionnée en une multitude de jetons au prix plus abordable, chacun représentant une quote-part indivise de l'œuvre ou de la société qui la détient : la tokenisation peut en effet être directe (un *token* représentant une quote-part indivise du bien) ou indirecte (un *token* représentant une part sociale ou une action de la société détenant le bien qui constitue économiquement l'actif à tokeniser).
- Il est aussi possible de *tokeniser* un actif sous-jacent en un jeton unique, le NFT. L'actif est alors représenté numériquement sur la *blockchain*, sur laquelle il va pouvoir circuler de façon simplifiée et instantanée, pourvu qu'aucune règle de fond ou de publicité ne s'oppose à cette représentation et à cette circulation de la

¹¹ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la mission sur les jetons non fongibles* (« NFT » en anglais), juillet 2022, p. 25.

¹² Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la mission sur les jetons non fongibles* (« NFT » en anglais), juillet 2022, p. 28.

propriété via un titre représentatif. Lorsque l'actif existe hors de la *blockchain*, on parle de « *tokenisation d'actifs off-chain* »¹³. Lorsque l'actif n'a pas d'existence physique et est comme gravé directement sur la *blockchain*, procédé par lequel il vient au monde, on parle de « *tokenisation d'actifs on-chain* »¹⁴. Est ainsi rendu possible un marché numérique non pas concurrent mais complémentaire du marché physique.

- Il est même aussi possible de *tokeniser* directement ou indirectement un jeton, en fractionnant¹⁵ un NFT¹⁶ ou la société qui le détient¹⁷ en une multitude de jetons fongibles, nouvelle manifestation numérique de propriété collective, destinée à rendre liquide et accessible ces actifs : ce sont les *Fractional NFTs*¹⁸. Un dernier cas, enfin, interroge la frontière entre le jeton fongible et le NFT. C'est celui de l'émission d'une multitude de jetons représentant chacun « *un petit carré unique de l'œuvre* »¹⁹ : chaque pièce unique est représentée par un NFT tout aussi unique. Est-il possible de considérer que ces pièces, formellement distinctes et intégrées dans des NFT pareillement distincts, sont fongibles ? La *tokenisation* façon quote-part et celle façon puzzle pourraient recevoir des traitements juridiques distincts : Si une quote-part abstraite de la Joconde sous forme de NFT est fongible avec toutes les autres, de sorte que les jetons sont fongibles, le jeton qui représenterait le sourire de la Joconde pourrait être considéré comme suffisant unique et distinct des autres pour être considéré comme un NFT.

Ainsi que l'explique Monsieur Le Guen, le processus de *tokenisation* permet, entre autres, de créer, de représenter et de faire circuler des valeurs sur la *blockchain*, dont les caractéristiques techniques assurent la pérennité, la stabilité et la rapidité des transactions²⁰.

¹³ J. LE GUEN, « Tokénisation et crypto-actifs : réalité plurielle et enjeux de qualification », *CDE*, novembre-décembre 2021, n° 6, dossier 41.

¹⁴ J. LE GUEN, « Tokénisation et crypto-actifs : réalité plurielle et enjeux de qualification », *CDE*, novembre-décembre 2021, n° 6, dossier 41 ; Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la mission sur les jetons non fongibles* (« NFT » en anglais), juillet 2022, p. 19.

¹⁵ L'une des propriétés essentielles de la tokenisation étant de « *diviser ou fractionner la propriété d'un ou plusieurs actifs en une pluralité de crypto-actifs* ». J. LE GUEN, « Tokénisation et crypto-actifs : réalité plurielle et enjeux de qualification », *CDE*, novembre-décembre 2021, n° 6, dossier 41.

¹⁶ Les fractions, ou jetons du jetons non fongible devraient être considérées comme fongibles, peu important que leur sous-jacent soit non-fongible. C'est la position exprimée en des termes clairs et fermes par le considérant 11 du règlement MiCA : « *les parties fractionnaires d'un crypto-actif unique et non fongible ne devraient pas être considérées comme uniques et non fongibles* ».

¹⁷ Cette interposition d'un véhicule de détention ad hoc (*special purpose vehicle*) permet une gestion des actifs *tokenisés* par un gestionnaire de confiance. Ce qui est *tokenisé* n'est alors pas l'actif mais les droits sociaux. Les jetons émis doivent alors être considérés comme des instruments financiers.

¹⁸ F. STEIMER, « MiCA vs NFT vs Séries », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 29.

¹⁹ C'est ce qui est arrivé au *Baiser* de Klimt, fractionné en dix-mille pièces-NFT par le musée du Belvédère. Voir S. CHERNER, « Le Baiser de Klimt dispersé façon puzzle en NFT pour 3 millions d'euros », *Le Figaro*, 22 février 2022.

²⁰ J. LE GUEN, « Tokénisation et crypto-actifs : réalité plurielle et enjeux de qualification », *CDE*, novembre-décembre 2021, n° 6, dossier 41.

II. Les conceptions doctrinales du NFT

La polyphonie doctrinale sur la définition du NFT. Il n'existe pas aujourd'hui de *définition juridique* du NFT qui fasse consensus en doctrine. Pour l'instant, la notion semble condamnée à un perpétuel état d'indétermination²¹ : à la manière de l'univers, l'hétérogénéité des NFT serait en perpétuelle expansion, toute définition encourageant un risque sérieux d'obsolescence. Ovni juridique malicieux, le NFT se jouerait de toutes les catégories auxquelles on voudrait le restreindre²² : titre représentatif d'un bien ou d'un droit, titre de propriété, certificat numérique de propriété²³ sur le sous-jacent²⁴, certificat numérique d'authenticité²⁵, bien meuble incorporel²⁶, valeur numérique... Le NFT cumule des fonctions et des qualités qu'il est difficile de réunir sous la bannière d'une seule et même qualification :

- Comme le relève Monsieur Le Guen, à la différence d'un titre de propriété ou d'un certificat de propriété, le NFT dispose d'une valeur qui lui est propre et ainsi, est apte à circuler indépendamment du droit ou du bien sous-jacent, lorsque la relation qui les unit n'est pas une relation de représentation juridique. Il est donc plus que la simple preuve d'un droit ou d'un fait : s'il peut occuper ce rôle, il n'y est pas confiné.
- Pour Monsieur Serfaty, qui raisonne sur l'hypothèse du NFT artistique, la rareté et l'exclusivité permises par l'inscription sur une *blockchain* confèrent, au prisme du désir et du marché, une valeur économique au jeton, ce dont il faudrait en droit tirer la conséquence qu'il est un bien²⁷ autonome, susceptible de réservation et de circulation juridiquement protégées au profit du propriétaire : « *c'est le jeton, dans son unité cryptographique et dans la diversité de ses fonctions, qui est le meuble incorporel appropriable, ce qui n'exclut pas que son inscription sur la blockchain en fasse un titre de propriété* »²⁸. Nouveau bien meuble incorporel, le

²¹ V. DE BONNAFOS, « Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, novembre 2022, n° 2, dossier 20, n°1.

²² V. DE BONNAFOS, « Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, novembre 2022, n° 2, dossier 20, n°2.

²³ Fonction expressément identifiée par l'Administration fiscale, qui laisse cependant la porte ouverte à d'autres usages : « *Si le recours à cette technologie peut intervenir dans des situations extrêmement variées, les JNF constituent souvent des certificats numériques attestant de la propriété d'un bien matériel ou immatériel* ». BOI-RES-TVA-000140-14/02/2024.

²⁴ Bruno MATHIS, Axel GASSER, « Le smart contract entre fausses pistes et angles morts », *RISF*, 20 décembre 2022, n° 3, p. 54, n° 22 ; F. DOUET, *Fiscalité 2.0 – Fiscalité du numérique*, LexisNexis, 4^e éd., 2023, p. 227, n° 707 : « les NFT sont des certificats numériques qui permettent d'authentifier au moyen d'un code unique et sécurisé (une clé privée associée au NFT) l'actif sous-jacent auquel ils sont adossés ».

²⁵ Cour des comptes, *Les crypto-actifs : une régulation à renforcer*, 19 décembre 2023, p. 17, 1.2.2.

Pour une critique ferme, voir Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la mission sur les jetons non fongibles* (« NFT » en anglais), juillet 2022, p. 20.

²⁶ V. SERFATY, « Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'oeuvre de l'esprit », *Dalloz IP/IT*, 2023, p. 77, II, A.

²⁷ V. SERFATY, « Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'oeuvre de l'esprit », *Dalloz IP/IT*, 2023, p. 77, II, A.

²⁸ V. SERFATY, « Le NFT et la notion d'oeuvre de l'esprit : entre non-fongibilité et coexistence », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 65.

NFT peut avoir pour sous-jacent une œuvre d'art dont le support est matériel, ce qui implique d'interroger les rapports entre le NFT, bien meuble incorporel, le support, bien meuble corporel, et l'œuvre, bien intellectuel. Par elle-même, la propriété du premier n'emporte ni celle du deuxième, ni celle de la troisième : « ces trois propriétés sont indépendantes et doivent s'efforcer de coexister »²⁹. La reconnaissance des NFT, et particulièrement les NFT artistiques, comme de véritables biens les émancipent des sous-jacents, contrairement aux qualifications de certificat et de titre de propriété (*instrumentum*), qui en font respectivement un accessoire et une simple preuve de la propriété. Cette conception est compatible avec celle du titre représentatif, dès lors que l'on considère que le NFT artistique représente juridiquement non pas le support matériel, mais une version numérique unique de l'œuvre, créée par le titulaire des droits d'auteur.

- On peut adjoindre à ce propos l'observation de messieurs Girard-Gaymard et Ybert de Fontenelle, pour qui la création d'un NFT constitue un acte de numérisation de l'œuvre, laquelle est « une modalité de reproduction de l'œuvre »³⁰ et ainsi, un acte d'exercice du droit de reproduction de l'artiste³¹. En conséquence, émettre un NFT à destination du public serait une prérogative attachée aux droits d'auteur et l'auteur qui les aurait cédés ne pourrait plus, sans autorisation, émettre de NFT³². Le NFT serait ainsi le « double numérique »³³ unique de l'œuvre physique, en exportant l'unicité, la rareté et la valeur sur un autre plan d'existence et sur un autre marché : l'œuvre et son NFT, loin de se faire concurrence, se complètent l'un l'autre et maximisent le profit économique que l'artiste est susceptible de tirer de son travail. Pour les investisseurs³⁴, mais également pour les artistes, ces NFT artistiques sont bien considérés comme des équivalents numériques des œuvres physiques. On peut citer à ce titre l'artiste Pascal Boyart : « Je suis heureux d'avoir trouvé un moyen de donner une seconde vie à mes œuvres murales éphémères en les "tokenisant" sous forme de NFT sur la blockchain Ethereum, ce qui les transforme en objets de collection numérique uniques et durables dans le temps »³⁵. Ainsi, l'interaction du NFT et de son sous-jacent ne serait pas limitée à la représentation, le NFT pouvant également être une technique de « fractionnalisation » d'un bien.

²⁹ V. SERFATY, « Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'oeuvre de l'esprit », *Dalloz IP/IT*, 2023, p. 77, II, A.

³⁰ T. GIRARD-GAYMARD, D. YBERT DE FONTENELLE, « Droit de suite et *Non Fungible Tokens* : comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'artiste », *D.* 2022, p. 669.

³¹ T. GIRARD-GAYMARD, D. YBERT DE FONTENELLE, « Droit de suite et *Non Fungible Tokens* : comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'artiste », *D.* 2022, p. 669.

³² En ce sens, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la mission sur les jetons non fongibles* (« NFT » en anglais), juillet 2022, p. 35.

³³ R. HOTTEVART, « NFT et droits d'auteur », *Droit & patr.*, 1^{er} mars 2023, n° 333.

³⁴ G. HOREN, « Le NFT d'oeuvre d'art : le point de vue du collectionneur », *Droit & patr.*, 1^{er} mars 2023, n° 333.

³⁵ <https://www.pboy-art.com/single-post/2019/08/25/premiere-fresque-murale-digitalisee-en-objet-de-collection-numerique-first-street-art-mur>

La polyphonie des opinions doctrinales n'est pas injustifiée : elle résulte de celle des fonctions³⁶ du NFT, parfois imbriquées les unes dans les autres : ainsi, pour Monsieur Hottevert, le NFT serait un « *bien incorporel qui permet d'identifier certains droits et caractéristiques liés à l'œuvre (notamment le droit de propriété sur l'œuvre concernée)* »³⁷, c'est-à-dire un bien dont la valeur viendrait du fait qu'il vaut titre et certificat... on s'y perdrait.

- Monsieur De Bonnafos relève que certains NFT seraient plutôt des titres de propriété sur des biens corporels représentés (les sous-jacents), tandis que d'autres seraient des biens incorporels, et donc des objets de propriété³⁸.
- Monsieur Mekki, enfin, constate que certains NFT sont destinés à créer de l'authenticité, tandis que d'autres sont destinés à « *créer de la rareté* »³⁹ : les premiers vaudraient comme certificats d'authenticité, tandis que les autres seraient de véritables biens.

Il apparaît donc vain de vouloir définir le NFT comme un certificat, un titre (probatoire ou représentatif) ou un bien, puisque il peut, selon l'intention et les droits de l'émetteur, jouer l'un quelconque de ces rôles. C'est pour monsieur De Bonnafos préconise de renoncer à la recherche d'une définition unique du NFT au profit d'une simple classification empirique⁴⁰ des NFT, dont il identifié sept variétés⁴¹. Dans le même esprit et en matière de NFT artistiques, Madame Lequette renonce à la définition au profit de l'exercice plus modeste de la description⁴² : « *il est associé à une œuvre de l'esprit, est un nouveau mode de possession ou corpus numérique qui recrée en fait les conditions de la propriété d'un exemplaire original d'une œuvre* »⁴³. L'idée souple d'association intègre toutes les relations juridiques susceptibles d'unir le NFT à l'œuvre sous-jacente.

Le NFT, un titre numérique représentatif du sous-jacent ? Les jetons, fongibles ou non, sont parfois décrits comme des « *titres inscrits sur la blockchain* »⁴⁴ et les définitions, nationales comme internationales, normatives comme doctrinales,

³⁶ Voir l'avant-propos du rapport de mission du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, qui évoque la « *multifonctionnalité* » des NFT. J. MARTIN, « Avant-propos » in Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la mission sur les jetons non fongibles* (« NFT » en anglais), juillet 2022, p. 5.

³⁷ R. HOTTEVERT, « NFT et droits d'auteur », *Droit & patr.*, 1^{er} mars 2023, n° 333.

³⁸ V. DE BONNAFOS, « Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, novembre 2022, n° 2, dossier 20, n°4.

³⁹ M. MEKKI, *Actifs numériques*, Répertoire commercial Dalloz, janvier 2024, n° 52.

⁴⁰ V. DE BONNAFOS, « Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, novembre 2022, n° 2, dossier 20, n° 5.

⁴¹ Les NFT de collection, les NFT d'usage, les NFT de location, les NFT fonciers, les NFT d'expérience, les NFT de récompense, les NFT sûretés, les NFT actes de procédure. V. DE BONNAFOS, « Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, novembre 2022, n° 2, dossier 20, n°s 7-14.

⁴² Les amateurs du droit anglo-saxon penseront au trust, pour lequel la doctrine la plus autorisée arrive à la même conclusion : définir absolument le trust est impossible, il n'est possible que de le décrire. D. J. HAYTON, P. MATTHEWS, Ch. MITCHELL, *Underhill & Hayton, Law of Trusts and Trustees*, London, LexisNexis, 18th ed., 2010, p. V

⁴³ S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, LGDJ, 2024, p. 545, n° 1000.

⁴⁴ K. LAFAURIE, « Regards du juriste » in G. YILDIRIM (dir.), *Patrimoine numérique et droit patrimonial de la famille*, Dalloz Lefebvre, 2024, n° 9, p. 13.

emploient le nom « représentation » ou le verbe « représenter ». Le NFT n'étant qu'une espèce particulière du genre technologique du jeton, il serait *a priori* concerné par ces définitions. Le jeton serait alors la représentation d'un droit ou d'un bien, destinée à « assurer l'appréhension des biens représentés au moyen d'un titre sans que celui-ci ne porte atteinte à l'existence des biens représentés, titre et bien représenté demeurant indépendant l'un de l'autre, tant du point de vue matériel que juridique »⁴⁵. Le jeton ne pourrait être un bien parce qu'il serait, en soi, dépourvu de substance économique, toujours fournie par le bien qu'il représente : « les jetons ne sont pas des biens autonomes ce qu'ils n'ont pour objet que de représenter, numériquement, un bien qui n'est pas, quant à lui, nécessairement numérique »⁴⁶. Pour Monsieur Dross, la qualification de biens meuble incorporels est une fausse piste pour la plupart des NFT, qui seraient bien, en réalité, des titres⁴⁷ : « ce sont des titres qui représentent un droit, qu'il s'agisse d'un droit de propriété ordinaire portant sur un meuble ou un immeuble, un droit de propriété intellectuelle, un droit de créance (droit d'accès à un spectacle ou droit de s'entretenir avec telle ou telle célébrité) ou encore un droit de la personnalité (image d'une personne) »⁴⁸. La qualification appropriée du NFT serait alors celle d'*instrumentum*⁴⁹, soit le « terme latin signifiant “document” ou “pièce” utilisé pour désigner dans un acte juridique l'écrit qui le constate, par opposition au *negotium* »⁵⁰. Le NFT établirait au profit de son détenteur l'existence d'un *negotium*⁵¹ en vertu duquel il serait devenu titulaire du droit subjectif représenté⁵². Cet *instrumentum* est cependant d'un genre particulier, puisqu'il ne se borne pas à établir la preuve de l'acquisition d'un droit à un instant T : il représente de façon durable la titulature d'un droit et sa circulation équivaut à celle de ce droit. Le NFT serait, de ce point de vue, un procédé d'incorporation d'un droit dans un titre, *une incorporation 3.0*. À la représentation du droit par un titre papier (présentée par certains auteurs comme une incorporation du droit dans le titre) a succédé la représentation du droit par une inscription en compte (scripturalisation). Le jeton représentatif, dont participeraient certains NFT serait alors un nouveau mode de représentation juridique des biens par « numérisation », susceptible de représenter des biens corporels comme incorporels. Le sous-jacent (contenu du droit ou *negotium*) serait numériquement représenté par le NFT (contenant du droit ou *instrumentum*), fusionnant - au moins partiellement - avec lui et avec son régime⁵³. Le NFT pourrait ainsi être une forme de « titrisation numérique »⁵⁴, une « enveloppe cryptographique »⁵⁵ assurant l'identification

⁴⁵ V. MALASSIGNÉ, Les titres représentatifs. *Essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, préf. A. GHOZI, Dalloz, 2016, n° 626

⁴⁶ K. LAFAURIE, « Regards du juriste » in G. YILDIRIM (dir.), *Patrimoine numérique et droit patrimonial de la famille*, Dalloz Lefebvre, 2024, n° 9, p. 11.

⁴⁷ W. DROSS, « Jetons non fongibles (JNF) et droit des biens », *RLDI*, 1^{er} aout 2023, n° 206.

⁴⁸ W. DROSS, « Jetons non fongibles (JNF) et droit des biens », *RLDI*, 1^{er} aout 2023, n° 206.

⁴⁹ Voir aussi : M. MEKKI, *Actifs numériques*, Répertoire commercial Dalloz, janvier 2024, n° 2 : « Le NFT est-il un bien indépendamment de son sous-jacent, ou une forme évoluée d'*instrumentum* ? ».

⁵⁰ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique* Cornu, PUF, 13^e éd., 2020, p. 555, v° *Instrumentum*.

⁵¹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique* Cornu, PUF, 13^e éd., 2020, p. 679, v° *Negotium*.

⁵² W. DROSS, « Jetons non fongibles (JNF) et droit des biens », *RLDI*, 1^{er} aout 2023, n° 206. Voir aussi, dans le même sens, N. BALAT, « NFT et droit des contrats », *RLDI*, 1^{er} aout 2023, n° 206, n°2.

⁵³ Phénomène qui rappelle aussi l'apparition de la *lettre de change*, qui incorpore la créance tout en la soumettant à un régime cambiaire dérogatoire de droit commun et favorable au porteur.

⁵⁴ Expression empruntée à Madame LEQUETTE. S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, LGDJ, 2024, p. 622, n° 1139.

⁵⁵ J. LE GUEN, « Tokénisation et crypto-actifs : réalité plurielle et enjeux de qualification », *CDE*, novembre-décembre 2021, n° 6, dossier 41.

de la valeur capturée en son sein ainsi que sa circulation transparente et instantanée sur *blockchain*. La qualification de titre a séduit d'autres civilistes⁵⁶. Elle serait particulièrement éclairante pour décrire le phénomène des NFT associés à un métavers. Dans les métavers (univers virtuels) peuvent être créés et échangés des biens virtuels⁵⁷. Mais la situation du détenteur de ces biens virtuels est en principe exclusivement organisée par le contrat qui le lie à la personne qui a créé et contrôle cet univers virtuel. L'interposition d'un NFT permet une véritable réification des terrains, vêtements, armes et autres objets virtuels, par une association durable de ces objets au détenteur du NFT, lequel ne peut pas être résolu. Dès lors qu'ils sont admis sur un marché, ces NFT peuvent être licitement échangés hors-jeu, contre de la monnaie fiat ou de la cryptomonnaie et alors même que le joueur aurait été temporairement ou définitivement privé (banni) de son droit d'accès au métavers. Le NFT permet donc, dans ce cas, de passer du droit des contrats au droit des biens, ce qui confère aux joueurs un plus grand contrôle juridique et économique grâce aux titres de propriété sur biens virtuels que sont alors les NFT : le contrôle exclusif du NFT assure celui du bien virtuel représenté, et sa cession vaut remise du bien virtuel représenté. Incontestablement, le NFT fait fonction de titre, mais plus fondamentalement, il réifie le bien représenté par le titre. En quelque sorte, la représentation par le titre permet à l'objet virtuel d'accéder à la qualité juridique du bien. Le titre ne représente pas seulement le bien, il lui permet d'advenir à l'existence en tant que tel. La qualification de titre ne peut cependant être de l'essence du NFT, puisqu'elle ne peut valoir que pour les NFT destinés par l'émetteur au rôle de titre représentatif. Cette qualification est dépourvue de sens pour les NFT qui ne représentent aucun bien ou droit⁵⁸ et dont la fonction est autre⁵⁹. Si le NFT peut représenter le sous-jacent, il ne le représente pas nécessairement.

Incidence de la diversité des NFT sur sa qualification du point de vue du Code monétaire et financier. Si tout NFT n'est pas un titre représentatif et donc, ne représente pas nécessairement un droit, cela signifie que le NFT n'est pas, par nature, un jeton au sens de l'article L. 552-2 du Code monétaire et financier, qui fait de cette relation de représentation un élément nécessaire de la définition du jeton. Seuls certains NFT, ceux qui représentent effectivement un droit, seraient susceptibles de recevoir la qualification juridique de jeton au sens du CMF. La constatation de ce qu'un NFT ne représente pas un droit devrait immédiatement disqualifier le jeton au sens de l'article L. 552-2 du CMF. Quant au NFT qui représente bien un droit, il faudra vérifier si cette fonction suffit à retenir la qualification de jeton ou si la non-fongibilité est une caractéristique qui, bien que non expressément présente dans le texte, justifie de ne pas retenir cette qualification. Le règlement MiCA, quant à lui, ne s'embarrasse pas de ces questions, puisqu'il exclut, à titre de principe et pour la raison qu'ils sont non-fongibles, les NFT des crypto-actifs auxquels le règlement s'applique. Cette exclusion explique que le règlement ne contienne pas de développements sur le NFT et les diverses fonctions

⁵⁶ K. LAFAURIE, « Regards du juriste » in G. YILDIRIM (dir.), *Patrimoine numérique et droit patrimonial de la famille*, Dalloz Lefebvre, 2024, n° 9, p. 13.

⁵⁷ V. K. LAFAURIE, « Regards du juriste » in G. YILDIRIM (dir.), *Patrimoine numérique et droit patrimonial de la famille*, Dalloz Lefebvre, 2024, n° 5, p. 10.

⁵⁸ Voir aussi Voir J. PROST, A. JEAN-BAPTISTE, « Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit », *Dalloz IP/IT*, 2022, p. 260 et s., II.A.1 : « le jeton non fongible, contrairement au jeton, ne représente pas forcément un ou plusieurs droits ».

⁵⁹ Ainsi des NFT dont la fonction serait de valoir comme certificat d'authenticité. Voir J. PROST, A. JEAN-BAPTISTE, « Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit », *Dalloz IP/IT*, 2022, p. 260 et s., II.A.1.

qu'il est susceptible d'occuper, le législateur européen ayant cependant prévu de réfléchir sur le sujet et, au besoin, de prévoir des règles spécifiques aux NFT.

Le NFT, un bien incorporel distinct du sous-jacent ? Pour certains, avant d'être un titre ou une preuve, le NFT serait un bien⁶⁰, pourvu en tant que tel d'une identité et d'une valeur propres. En ce cas, la disparition du sous-jacent n'emporte pas celle du NFT⁶¹. Au contraire, dans certains cas, elle pourrait en augmenter la valeur : ainsi d'un tableau pour lequel l'artiste aurait émis un NFT et qui a été détruit ou altéré. Le NFT, vestige numérique de l'œuvre, peut parfaitement continuer d'exister sur la *blockchain* et voir sa valeur croître par le surplus de rareté et de publicité que lui confère la disparition de son jumeau du monde réel. Il est exact que certains NFT sont plus proches des biens que des titres ou, a minima, ressemblent à la fois à un bien et à un titre. Mais cette hybridité s'explique et disparaît si le véritable sous-jacent est identifié : pour les NFT artistiques, le sous-jacent, au sens strict, n'est jamais l'œuvre, bien intellectuel, ou son support physique, bien corporel : c'est la copie numérique à laquelle se réfère le NFT, qui lui confère son unicité et sa rareté et, par conséquent, l'appropriabilité sans laquelle il ne peut exister de bien. Le sous-jacent d'un NFT artistique est ce *double numérique unique*, ce qui explique sa résilience à la destruction du support physique. Ce dernier n'est le sous-jacent que dans un sens très lâche, en ce sens que les événements qui l'affectent peuvent avoir des répercussions sur la popularité et la valeur du NFT.

Le NFT, machine à fabriquer de la « rareté numérique »⁶² et donc de la propriété ? Le NFT n'est ni un titre, ni une preuve, ni un certificat, encore qu'il puisse assurer une ou plusieurs de ces fonctions. C'est également, et c'est en cela qu'il révolutionne le droit, un procédé technologique assurant *la création d'une rareté artificielle* et par conséquent la génération « *de la propriété là où elle n'existe pas* »⁶³. Instrument de *titrisation de biens préexistants*, le NFT serait également un instrument de *réification de choses préexistantes*, dont les caractéristiques s'opposaient, jusqu'à alors, à ce qu'elles accèdent à la nature de biens. Le NFT participerait alors à l'extension du domaine de la propriété⁶⁴, brisant la digue de la duplication potentielle qui était auparavant la règle d'airain du numérique. Unique, le NFT communique ce caractère à des sous-jacents qui pouvaient jusqu'alors être dupliqués *ad infinitum*⁶⁵. Il associe sur la *blockchain*, de manière incontestable et infalsifiable le titulaire du portefeuille au sous-jacent visé par le NFT⁶⁶. La rareté et l'exclusivité appellent le désir, dont l'expression sur

⁶⁰ D. LEGEAI, « Les NFT sont-ils des actifs numériques ? », *RD bancaire et fin.*, juillet 2022, n° 4, dossier 32, n° 6 et s.

⁶¹ Contra D. LEGEAI, « Les NFT sont-ils des actifs numériques ? », *RD bancaire et fin.*, juillet 2022, n° 4, dossier 32, n° 9.

⁶² S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, LGDJ, 2024, p. 545, n° 999.

⁶³ J. PROST, A. JEAN-BAPTISTE, « Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit », *Dalloz IP/IT*, 2022, p. 260 et s., II.A.5.

⁶⁴ En ce sens, voir Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la mission sur les jetons non fongibles* (« NFT » en anglais), juillet 2022, p. 6.

⁶⁵ Voir Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la mission sur les jetons non fongibles* (« NFT » en anglais), juillet 2022, p. 16 ; F. DOUET, *Fiscalité 2.0 - Fiscalité du numérique*, LexisNexis, 4^e éd., 2023, p. 231, n° 713 ; F. LABARTHE, « Introduction interrogative », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 37.

⁶⁶ Lorsqu'il porte sur des objets virtuels, comme des personnages, des cartes, des armes ou des skins de jeux vidéo, le NFT soustrait ce lien au pouvoir et au contrôle de la société gérant ce jeu. L'objet continue

un marché produit la valeur économique. Rareté, exclusivité, valeur, les trois piliers de la notion de bien se retrouvent, appelant le NFT à intégrer la catégorie des biens meubles incorporels. Il reste à déterminer si ce bien meuble incorporel correspond à une catégorie spéciale existant en marge du Code civil, ou si, dépourvu de toute catégorie d'accueil, il est un bien meuble incorporel innommé, ou encore s'il doit être un bien meuble incorporel transparent, accordant la priorité à la nature et au régime du sous-jacent : cette dernière idée, fondée sur le principe de neutralité technologique, a le vent en poupe en doctrine : le NFT ne serait pas tant un bien qu'un mode de réservation permettant aux sous-jacents de devenir des biens⁶⁷ serait le propre des actifs numériques en général.

Analyse hybride du NFT : Le NFT, un instrumentum créateur de valeurs économiques nouvelles. Monsieur Mekki développe une analyse originale et hybride du NFT : il serait à la fois un instrumentum dont le propre est d'être numérique, mais également le procédé par lequel de nouveaux actifs peuvent apparaître et circuler avec cet instrumentum, dont ils sont indissociables. Son analyse, articulée et convaincante, mérite d'être reproduite *in extenso* :

« L'instrumentum est une notion latine qui désigne un document, un support, traditionnellement écrit, qui peut constituer, le plus souvent, la preuve d'une situation ou d'une qualité. Cette définition est parfaitement adaptée au NFT. Mais ce dernier est d'une nature singulière, car à la différence d'un instrumentum classique, le NFT est numérique. Surtout, c'est un support numérique qui contribue à valoriser son objet : étant non fongible, il rend la représentation numérique du sous-jacent rare et confère à son détenteur une exclusivité qui est censée en augmenter la valeur. Le NFT n'a pas de valeur en soi. Il est l'instrument permettant de véhiculer une valeur tout en contribuant par ses caractéristiques (unique et non fongible) à en renforcer et à en préserver la valeur. C'est un outil technique, technique par laquelle on crée de la rareté sur une donnée largement accessible, en la rendant non fongible ; technique probatoire en établissant un lien et en garantissant une traçabilité dans l'acquisition des droits sur le sous-jacent »⁶⁸.

D'abord, le NFT crée une forme numérique unique, c'est-à-dire un objet objectivement rare. Ensuite, il est placé sous le *pouvoir de fait*⁶⁹ exclusif de la personne qui contrôle la clé privée du portefeuille auquel il est associé. Celle-ci, indépendamment de la légitimité de cette prise de contrôle, peut seule, positivement, transférer le NFT et, peut seule empêcher le reste du monde d'y accéder. L'unicité du NFT et l'exclusivité positive comme négative du contrôle qu'il est possible d'exercer sur lui en font un objet identifiable et monopolisable, susceptible de faire l'objet d'opérations juridiques à titre gratuit ou onéreux, qui se traduisent par des transactions validées et inscrites la blockchain. Le NFT reproduit donc tant les caractères objectifs que les comportements subjectifs qui font qu'une chose n'est plus seulement une chose mais également un bien : il est rare, factuellement monopolisé et économiquement échangé. Reconnus et protégés par le droit, ce phénomène complexe s'appelle droit de propriété. Relevons que pour les NFT artistiques, la référence au fichier a tendance à estomper l'originalité juridique du NFT :

d'appartenir au propriétaire du NFT même s'il a été privé, temporairement et définitivement, de son droit d'accéder au jeu.

⁶⁷ En ce sens, v. S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, LGDJ, 2024, p. 635, n° 1160.

⁶⁸ M. MEKKI, *Actifs numériques*, Répertoire commercial Dalloz, janvier 2024, n° 54.

⁶⁹ S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, LGDJ, 2024, p. 546, n° 1002.

celui-ci ne confère aucune possession du fichier référencé⁷⁰, laquelle n'est pas recherchée par le titulaire du NFT et ne constitue en aucun cas sa rareté et son caractère juridique de bien. C'est l'association de l'œuvre, consentie par le titulaire des droits d'auteur⁷¹, au jeton numérique unique qui lui attribue ce caractère. Le NFT artistique est un nouveau bien, produit par l'interaction nouvelle de ces éléments rendue possible par l'innovation technologique, qui a mis à la disposition des artistes des supports numériques susceptibles de recevoir et représenter une œuvre, qu'elle soit ou non doté d'un support physique. Monsieur Balat semble souscrire à cette vision hybride :

« Finalement, dans cette approche associant une approche technique et une approche plus substantialiste, pourrait-on songer à dire qu'en l'état des conceptions que la doctrine s'en fait (et avant, peut-être, que la conception « titre » ne finisse par l'emporter), le NFT est, pour poursuivre l'analogie, à la fois le tableau et le titre de propriété du tableau... ce qui n'empêche évidemment pas, élément de complexité supplémentaire, de réserver le sort des éventuels droits de propriété intellectuels sur le sous-jacent s'il répond aux conditions de l'œuvre posées par le code de la propriété intellectuelle »⁷².

La transparence du NFT contre le contournement des réglementations impératives. Dans la mesure où ces nouveaux biens numériques correspondent à des catégories connues, il convient de les y ranger afin de ne pas faire du NFT un mode de contournement de celles-ci et de leurs régimes⁷³. Cette approche n'est pas généralement consacrée par la loi en matière de *crypto-actifs*. On en trouve une illustration particulière pour les jetons financiers (*security tokens*)⁷⁴ qui, bien qu'étant structurellement des jetons, sont substantiellement des titres financiers⁷⁵, qualification que l'article L. 54-10-1 fait primer : la *tokenisation* d'instruments régulés ne peut ainsi faire échec à l'application de la réglementation afférente⁷⁶. Les titres financiers *tokenisés* (*digital twins*) comme les jetons conférant des droits analogues à ceux résultant des titres financiers (*digital natives*) sont donc soumis au régime des titres financiers. Un NFT destiné à représenter une valeur mobilière ou un immeuble ne peut donc pas être créé, échangé et publié dans des conditions de nature à faire obstacle à l'application des dispositions qui portent sur ces sous-jacents.

⁷⁰ Sur l'idée de possession du fichier, voir S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, LGDJ, 2024, p. 547, n° 1003.

⁷¹ Point important, car un NFT peut être créé par n'importe qui. Ainsi, il ne peut valoir par lui-même, sans vérification approfondie, certificat d'authenticité. S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, LGDJ, 2024, p. 547, n° 1003, ajoutant p. 549, n° 1006 qu'il faut « garantir que le NFT soit associé à un certificat d'authenticité fiable et que celui-ci soit lié de façon suffisamment solide à l'œuvre numérique [...] ». Voir aussi L. MAUGER-VIELPEAU, « Les NFT et le marché de l'art », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 46, n° 7.

⁷² N. BALAT, « NFT et droit des contrats », *RLDI*, 1^{er} août 2023, n° 206, n° 2.

⁷³ J. LE GUEN, « Tokénisation et crypto-actifs : réalité plurielle et enjeux de qualification », *CDE*, novembre-décembre 2021, n° 6, dossier 41.

⁷⁴ « La terminologie de « security token » renvoie aux valeurs mobilières au sens américain de securities et est utilisée pour regrouper les jetons qui confèrent à leurs souscripteurs des droits analogues à ceux que confèrent les instruments financiers ». S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, LGDJ, 2024, p. 643, n° 1174.

⁷⁵ J. LE GUEN, « Tokénisation et crypto-actifs : réalité plurielle et enjeux de qualification », *CDE*, novembre-décembre 2021, n° 6, dossier 41.

⁷⁶ Voir, en faveur d'une telle approche aux États-Unis, Digital Asset Market Subcommittee, *Recommendations to the Commodity Futures Trading Commission Global Markets Advisory Committee : Digital Assets Classification Approach and Taxonomy*, 6 mars 2024.

III. Les NFT en droit positif : état des lieux

A. Étude de la qualification d'actifs numériques

Les NFT sont-ils des actifs numériques au sens de la loi PACTE ? Le code monétaire et financier « décrit plus qu'il ne définit »⁷⁷ les actifs numériques⁷⁸. La méthode retenue pour l'identification des actifs numériques est celle de la liste, qui contient actuellement deux items, chacun disposant de sa propre définition. Aujourd'hui, la seule manière pour un NFT d'être un actif numérique est de correspondre à l'un ou l'autre des items listés, c'est-à-dire d'en présenter l'ensemble des caractéristiques :

- La première branche de l'article L. 54-10-1 du Code monétaire et financier vise 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 ». Sont donc des actifs numériques les jetons de l'article 552-2 moins ceux auxquels l'article 54-10-1 refuse expressément cette qualification, à raison de leurs caractéristiques substantielles : en dépit du fait qu'ils sont formellement des jetons, ce ne sont pas des actifs numériques.
- La seconde branche de l'article L. 54-10-1 vise, sans employer ce terme, les cryptomonnaies, c'est-à-dire « 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 ».

Si d'évidence, les NFT ne sont pas des cryptomonnaies, ils pourraient, selon l'interprétation qu'on en retient, être ou ne pas être des jetons.

Les NFT ne sont pas des cryptomonnaies (L. 54-10-1, 2°). Il est évident qu'un NFT ne peut être une cryptomonnaie, catégorie à laquelle correspond le 2° de l'article. La fongibilité est de l'essence de cette catégorie, en conséquence de quoi la non-fongibilité des NFT les en exclut⁷⁹. Par ailleurs, les rares auteurs qui soutiennent le contraire ne développent pas une argumentation convaincante. Il n'est pas vrai que « rien n'indique que ce texte ne vise que ce type d'actif [les cryptomonnaies] »⁸⁰. Les références à la monnaie sont plurielles dans la règle, ce qui révèle bien que les actifs saisis sont ceux qui, par leurs caractéristiques propres, ressemblent aux monnaies traditionnelles et en singent les fonctions, spécialement celle de moyen d'échange⁸¹. Il ne suffit donc ni d'être échangeable, ni d'avoir une valeur d'échange pour être « la représentation numérique

⁷⁷ M. MEKKI, *Actifs numériques*, Répertoire commercial Dalloz, janvier 2024, n° 17.

⁷⁸ D. LEGEAIS, « Les NFT sont-ils des actifs numériques ? », *RD bancaire et fin.*, juillet 2022, n° 4, dossier 32, n° 1.

⁷⁹ En ce sens, S. NÉMARQUE-ATTIAS, « La fiscalité des particuliers qui investissent dans les NFT », *Droit & patr.*, 1^{er} mars 2023, n° 333.

⁸⁰ Voir J. PROST, A. JEAN-BAPTISTE, « Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit », *Dalloz IP/IT*, 2022, p. 260, II.A.1.

⁸¹ Th. GRANIER, « Les NFTs au regard des classifications retenues en droit financier », *RLDI*, 1^{er} août 2023, n° 206.

d'une valeur »⁸² : il faut encore et surtout être par nature destiné à l'échange entre l'ensemble des utilisateurs. On peut ajouter que les NFT ne sont pas utilisés comme unités de compte. Le propre d'une monnaie est qu'une unité en vaut absolument une autre, à raison d'une identité parfaite entre elle, soit imposée par une autorité, soit réputée par la volonté des parties. Pour que des NFT puissent être assimilés à de la monnaie conventionnelle ou à de la cryptomonnaie, il faudrait :

- Ou bien qu'il en soit émis une quantité colossale, afin qu'en circule une quantité suffisante pour la réalisation de la fonction monétaire postulée. Mais alors, le nombre neutralise l'identité et l'originalité du NFT. Si sont frappés des trillions de « crypto-punks », chacun identifiable dans l'absolu, leur originalité devient un détail cosmétique analogue aux différentes versions des pièces de monnaie.
- Ou bien qu'un NFT d'une valeur colossale soit fractionné en un nombre tout aussi grand de jetons destinés à jouer le rôle d'unités monétaires. Mais ce sont alors ces jetons, intrinsèquement et parfaitement fongibles entre eux, qui réalisent la fonction monétaire et peuvent donc être assimilés à de la monnaie conventionnelle et donc à de la cryptomonnaie.

L'unité et l'indivisibilité des NFT s'oppose absolument à leur réduction à une pure *quantitas*⁸³, exigence fondamentale des qualifications tant de monnaie que de cryptomonnaie : pas d'*unités monétaires*, pas de monnaie⁸⁴.

Les NFT sont-ils des jetons (L. 54-10-1, 1°) ? Être ou ne pas être des jetons au sens de l'article L. 54-10-1, 1° du Code monétaire et financier est pour l'instant la question existentielle qui tourmente le juriste intéressé par les NFT. À cette question, il est impossible d'apporter une réponse négative suffisamment ancrée dans la loi, la jurisprudence, voire simplement dans la doctrine. Une lecture littérale des articles L. 54-10-1, 1° et 552-2 doit au contraire conduire à considérer qu'*a minima*, certains NFT, soient ceux dont on a observé qu'ils représentaient un droit (ou un bien), sont des jetons et donc des actifs numériques. Deux arguments peuvent être invoqués en ce sens :

- D'une part, et à la différence des jetons représentant des titres financiers ou des bons de caisse, les NFT ne sont pas expressément exclus du périmètre de l'article L. 552-2 du Code monétaire et financier tel que repris et précisé par l'article L. 54-10-1. D'après ce texte, les qualifications de jetons financiers (*security tokens*) d'actifs numériques sont mutuellement exclusives (« à l'exclusion de »). Si un jeton est financier, cette qualification prime et exclut celle d'actif numérique. Si un jeton est un actif numérique, c'est qu'il a préalablement échappé à la qualification de jeton financier : les qualifications sont mutuellement exclusives⁸⁵. Par la combinaison des deux textes suscités, on sait que les jetons financiers sont dans l'absolu des jetons au sens du premier mais qu'ils ne sont pas des *jetons éligibles* à

⁸² Voir J. PROST, A. JEAN-BAPTISTE, « Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit », *Dalloz IP/IT*, 2022, p. 260, II.A.1.

⁸³ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 2. Les biens. Les obligations*, PUF, 19e éd., 2000, n° 675.

⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 2. Les biens. Les obligations*, PUF, 19e éd., 2000, n° 675 : « *Ce qui confère à une chose (pièce métallique ou billet de papier) le caractère juridique d'une monnaie, c'est qu'elle est reçue dans les paiements non pas pour ce qu'elle représente matériellement, mais en tant qu'équivalent, fraction ou multiple d'une unité idéale. Cette unité idéale est le fondement du système monétaire* ».

⁸⁵ M. QUINIOU, « Les qualifications juridiques in concreto des NFTs dans l'art et l'enjeu du cumul de qualifications : perspectives franco-européennes », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 25.

la qualification d'actifs numériques⁸⁶ au sens du second. Il ne se trouve aucune prévision semblable dans la loi qui retranche les NFT des actifs numériques, de sorte que s'ils sont des jetons au sens de l'article L. 552-2, ils doivent être des actifs numériques en application de l'article L. 54-10-1, 1° du CMF.

- D'autre part, et sur ce dernier point, bien qu'un NFT ne soit pas fongible, il présente l'ensemble des caractères constitutifs d'un jeton que formule expressément l'article L. 552-2, de sorte que l'on se trouve à la croisée des chemins : *ou bien la fongibilité est une qualité nécessaire à la qualification, et alors les NFT y échappent, ou bien elle est une qualité indifférente à la qualification, et alors les NFT y participent, ce qui en fait des actifs numériques selon l'article L. 54-10-1, 1°.*

Contexte de la définition du jeton au sens de l'article L. 552-2 du Code monétaire et financier. La notion de jeton au sens de l'article L. 552-2 a été pensée pour ceux émis dans le cadre d'une *Initial Coin Offering* (ICO)⁸⁷. Ceux-ci se caractérisent par leur fongibilité : ils accordent les mêmes droits aux multiples porteurs (droits aux services de l'entreprise, droits à des produits, droits de participation et de décision dans une activité sur la *blockchain*). L'émetteur va créer un nombre plus ou moins importants de jetons identiques dont la distribution, contre de la cryptomonnaie ou de la monnaie fiat va permettre le financement du projet porté par l'entreprise. Ainsi, bien qu'ils ne soient ni nommés, ni définis comme tels, les jetons visés par ce texte sont les jetons utilitaires (*utility tokens*)⁸⁸, intrinsèquement fongibles et distingués des jetons financiers dès avant la loi Pacte⁸⁹ dans la réflexion de l'Autorité des marchés financiers autour de la notion de jeton⁹⁰. Cette réflexion pense ces catégories non dans une approche globale, mais pour distinguer ce qui relève de la réglementation des *Initial Coin Offerings* et ce qui relève des *Initial Public Offerings*. De cela, il résulte que la fongibilité est implicite dans la définition de l'article L. 552-2 au regard de sa fonction d'encadrement des ICO⁹¹ ; elle n'y est cependant pas formellement exprimée⁹². On peut alors se demander si le renvoi opéré par l'article L. 54-10-1 1° porte sur *la seule lettre du texte*, à l'exclusion de son contexte, ou sur le texte tel qu'éclairé par son contexte. La question devient particulièrement complexe en présence d'un NFT donnant droit à un service, à l'instar d'un jeton utilitaire fongible. Dans ce cas, faut-il faire primer le caractère non-fongible,

⁸⁶ Il y a donc des jetons qui sont des actifs numériques et d'autres qui n'en sont pas : jetons et actifs numériques seront donc, à l'instar des cercles concentriques, des catégories distinctes qui se recoupent pour partie.

⁸⁷ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la mission sur les jetons non fongibles* (« NFT » en anglais), juillet 2022, p. 18.

⁸⁸ D. LEGAIS, « Les NFT sont-ils des actifs numériques ? », *RD bancaire et fin.*, juillet 2022, n° 4, dossier 32, n° 23.

⁸⁹ L. SOLERANSKI, « Réflexions sur la nature juridique des tokens », *BJB*, mai-juin 2018, n° 3, p. 191, n° 3.

⁹⁰ AMF, *Synthèse des réponses à la consultation publique portant sur les Initial Coin Offerings (ICO) et point d'étape sur le programme "UNICORN"*, 22 février 2018.

⁹¹ En ce sens, J. SCAGLIA, « Vademecum de la fiscalité des NFT – Entre incertitude juridique et pistes de réflexion », *JCP G*, 30 janvier 2023, n° 4, 145. Le texte s'insère dans un chapitre consacré à « l'émetteur de jetons ».

⁹² B. GLEIZE, « L'irrésistible ascension des jetons non fongibles » in *Actualité du droit des technologies nouvelles (février – juin 2021)*, *RLDC*, 1^{er} juillet 2021, n° 194 ; P. PAILLER, « Non Fungible Tokens ou NFT : quelle régulation en droit financier ? », *RD bancaire et fin.*, mars 2022, n°2, focus 35.

ou celui de jeton utilitaire⁹³ ? Aucune des deux interprétations, exclusive ou inclusive⁹⁴ des NFT, ne s'impose avec la force de l'évidence, d'où l'absence de consensus doctrinal, dans quelque sens que ce soit. Les ressources traditionnelles de l'interprétation elles-mêmes révèlent leurs limites, car à l'interprétation téléologique fondée sur l'intention du législateur⁹⁵ et au respect de la logique de la règle⁹⁶ répondrait celle fondée sur l'adage *ubi lex non distinguit*⁹⁷. Et l'on peut se demander, tout de même, si la fongibilité, en tant que « critère discriminant »⁹⁸ de la notion d'actifs numériques, peut n'y exister que par voie d'interprétation... Là encore, à ceux qui soutiennent que c'est tellement évident qu'il n'y a pas besoin de le dire, d'autres peuvent rétorquer que si c'était tellement important, il était nécessaire de le dire.

Positions des autorités, propositions de députés. Bien que l'Autorité des marchés financiers se soit prononcée contre la qualification d'actifs numériques, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique et l'Administration fiscale font preuve de prudence en maintenant la possibilité, en l'état des textes applicables, de la qualification d'actifs numériques. La Cour des comptes, quant à elle, s'est prononcée en faveur de la qualification d'actifs numériques. La proposition la plus riche, mais également la plus complexe est venue des parlementaires.

- Un amendement⁹⁹ de la loi de finances pour 2023 voulait introduire au sein d'un nouvel article 150 VH ter du Code général des impôts une définition fiscale du NFT, mais il n'a pas été retenu. Celui-ci s'appuyait sur la définition du jeton de l'article 552-2 du Code monétaire et financier auquel il ajoutait simplement la non-fongibilité¹⁰⁰. Dans l'esprit de ce texte, les jetons de l'article 552-2 seraient ou bien des actifs numériques, lorsqu'ils sont fongibles, ou bien des NFT, lorsqu'ils sont non-fongibles. Mais du besoin d'une spécification de la définition, il semble bien résulter que les NFT soient des jetons au sens de l'article L. 552-2, et donc des actifs numériques au sens de l'article L. 54-10-1, le second texte renvoyant au premier en excluant seulement les jetons financiers (*security*

⁹³ En faveur de la seconde branche de l'alternative, voir Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la mission sur les jetons non fongibles* (« NFT » en anglais), juillet 2022, p. 18.

⁹⁴ En ce sens, voir P. PAILLER, « Non Fungible Tokens ou NFT : quelle régulation en droit financier ? », *RD bancaire et fin.*, mars 2022, n°2, focus 35 ; V. VARNEROT, « La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers », *Droit fiscal*, 8 septembre 2022, n° 36, 305, n° 4.

⁹⁵ Sur laquelle, V. VARNEROT, « La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers », *Droit fiscal*, 8 septembre 2022, n° 36, 305, n° 4.

⁹⁶ Qui porterait en son sein même le principe *substance over form*, que le législateur aurait expressément suivi en excluant les titres financiers tokenisés du périmètre de la définition. Cette exclusion expresse pourrait servir de point de départ d'une interprétation favorable à l'exclusion des NFT. Voir en ce sens P. BORDAIS, « Finance décentralisée et NFT (*non fungible token*) : deux nouvelles innovations de la blockchain », *RD bancaire et fin.*, novembre-décembre 2021, n° 6, étude 19, n° 28. Contra Th. GUILLEBON, *Les monnaies virtuelles – Essai sur l'intégration d'une nouvelle classe d'actifs dans les concepts fondamentaux du droit privé*, thèse Université de Bordeaux, 2022, n° 440, pour qui l'article 552-2, par ses larges termes, fait primer la forme du jeton sur la substance des droits représentés.

⁹⁷ P. PAILLER, « Non Fungible Tokens ou NFT : quelle régulation en droit financier ? », *RD bancaire et fin.*, mars 2022, n°2, focus 35 ; R. VABRES, « Les NFT : quelle réglementation fiscale ? », *RD bancaire et fin.*, 4 juillet 2022, n° 4, dossier 35, n° 11.

⁹⁸ V. VARNEROT, « La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers », *Droit fiscal*, 8 septembre 2022, n° 36, 305, n° 4.

⁹⁹ Amendement BASCHER n° I-988.

¹⁰⁰ Voir J. PROST, A. JEAN-BAPTISTE, « Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit », *Dalloz IP/IT*, 2022, p. 260.

tokens). Cet amendement distribuait les NFT entre l'article 150 VH bis et les textes fiscaux régissant les sous-jacents qui ne sont pas des « *biens numériques* ». Il serait résulté de ce texte une fiscalité unique pour les NFT sur biens numériques, et une fiscalité multiple pour les NFT sur biens non numériques¹⁰¹.

- L'Autorité des marchés financiers a exprimé une position quelque peu alambiquée, puisque tout en affirmant que « *la fongibilité de l'actif n'est pas un élément de qualification aux termes de cet article* »¹⁰², elle développe ensuite un argument, fondé sur une lecture téléologique de la loi où l'interchangeabilité des biens entre eux occupe une place prépondérante. Elle conclue donc à l'exclusion « *cryptos-actifs uniques et non fongibles* »¹⁰³ de la qualification d'actifs numériques. Sans doute faut-il comprendre que pour l'AMF, la fongibilité n'est pas un critère expressément posé par la lettre de la loi mais qu'elle est cependant un critère implicite d'après l'intention du législateur. Pour Monsieur De Bonnafos, il faudrait comprendre la position de l'AMF comme impliquant que certains NFT échappent à la qualification d'actifs numériques tandis que d'autres en dépendent¹⁰⁴, sans que *la non-fongibilité elle-même* ne joue le rôle de critère répartiteur. À suivre cette lecture, les NFT de collection émis en milliers, voire dizaine de milliers d'exemplaires tels que les crypto-punks, crypto-kitties, etc... pourraient donc être, en dépit du caractère unique de chaque crypto-pièce de collection, des actifs numériques.
- Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, à l'issue d'une étude nourrie, conclut qu' « *en tout état de cause, il semble nécessaire de rappeler que la seule non-fongibilité des JNF ne permet pas d'interdire la qualification d'actif numérique pour l'application de la réglementation financière ou des actifs numériques : même s'il n'existe pas de disposition spécifique aux JNF dans le code monétaire et financier, certaines catégories de JNF peuvent comme on l'a vu entrer dans plusieurs de ses dispositions* »¹⁰⁵.
- Sans s'en justifier outre mesure, sinon par référence à la position de l'Administration fiscale, la Cour des comptes considère que « *d'un point de vue réglementaire et fiscal, les jetons non fongibles (NFT) constituent des actifs numériques en France* »¹⁰⁶.

¹⁰¹ Pour une imposition des NFT selon le sous-jacent, voir déjà *l'amendement Person n° I-CF879*, rejeté dans le cadre de la loi de finances pour 2022.

¹⁰² AMF, *Position-Recommandation, Questions-réponses relatives au régime des prestations sur actifs numériques*, doc-2020-07, n° 1.1.

¹⁰³ AMF, *Position-Recommandation, Questions-réponses relatives au régime des prestations sur actifs numériques*, doc-2020-07, n° 1.1.

¹⁰⁴ V. DE BONNAFOS, « Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, novembre 2022, n° 2, dossier 20, n°15.

¹⁰⁵ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la mission sur les jetons non fongibles* (« NFT » en anglais), juillet 2022, p. 65.

¹⁰⁶ Cour des comptes, *Les crypto-actifs : une régulation à renforcer*, 19 décembre 2023, p. 75, n° 4.1.3.2.

- L'Administration fiscale¹⁰⁷ n'a pas exprimé de position excluant formellement les NFT de la sous-catégorie des jetons et par conséquent de la catégorie des actifs numériques. Au contraire, son interprétation est ouverte à leur inclusion dans cette catégorie : l'emploi de l'adverbe « *notamment* » est décisif, les jetons fongibles émis lors d'une ICO n'épuisant pas, pour l'Administration fiscale, la catégorie des jetons au sens de l'article L. 552-2 du Code monétaire et financier. Ensuite, elle a proposé, dans le cadre d'un rescrit publié relatif à la TVA applicable aux NFT, une définition des NFT qui n'est pas de nature à trancher le débat de leur qualification pour l'application des règles de fiscalité directe : « *Les jetons non fongibles (JNF), communément dénommés « NFT » en lien avec l'appellation anglaise « non fungible tokens », sont des fichiers informatiques uniques, créés et stockés sur un registre numérique de suivi de transactions dénommé « chaîne de blocs » (« blockchain »)* »¹⁰⁸. Est-il possible de voir une prise de position implicite dans l'affirmation selon laquelle les « *JNF ne correspondent pas aux trois grandes catégories de crypto-actifs que sont les jetons de paiement, les jetons d'utilité ou d'usage et jetons d'investissement, en raison de leur indivisibilité et de leur non-fongibilité* »¹⁰⁹ ? Là encore, la marge d'interprétation est grande, dans la mesure où les NFT pourraient être exclus des crypto-actifs (ou actifs numériques), faute de correspondre à l'une des trois (seules) catégories qui composent le genre, ou y être inclus au sein d'une quatrième catégorie, *sui generis*.

Adoption de MiCA. Le règlement (UE) 2023/1114 du 31 mai 2023 sur les marchés de crypto-actifs, dit « *MiCA* » n'emploie pas la notion d'actifs numériques mais celle de crypto-actifs (*crypto-assets*), dont il fournit, à la différence du droit français, une véritable définition, soit : « *une représentation numérique d'une valeur ou de droits pouvant être transférée et stockée de manière électronique, au moyen de la technologie de registres distribués ou d'une technologie similaire* » (art. 3, 1, 5)). Coexisteront ainsi, après l'entrée en vigueur de MiCA, la notion européenne de crypto-actifs et celle, interne, d'actifs numériques. Dans la mesure où elles ne se recoupent pas exactement, et pour éviter tout chevauchement, le récent rapport du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris propose de faire des crypto-actifs « *une sous-catégorie d'actifs numériques* »¹¹⁰ durant la période transitoire prévue par MiCA¹¹¹. À l'issue de cette période, la notion européenne de crypto-actifs serait intégralement substituée à celle d'actifs numériques¹¹². Si nous adhérons sans réserve à la seconde proposition, la première nous semble devoir être rejetée, ou à tout le moins précisée¹¹³. Elle nécessite une refonte de la notion d'actifs numériques. Adjoindre aux deux branches une troisième ajoutant les crypto-actifs n'a pas de sens, car les cryptomonnaies et les jetons visés à l'article L. 54-10-1 sont des crypto-actifs au sens de la définition fournie par MiCA. Cette position heurte également celle exprimée par la Cour des comptes, pour qui MiCA « *donne une définition des crypto-actifs qui va au-delà de la notion d'actifs numériques*

¹⁰⁷ BOI-RPPM-PVBMC-30-10, §60.

¹⁰⁸ BOI-RES-TVA-000140-14/02/2024.

¹⁰⁹ BOI-RES-TVA-000140-14/02/2024.

¹¹⁰ Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris, *Rapport sur le règlement MiCA*, mars 2024, p. 6.

¹¹¹ Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris, *Rapport sur le règlement MiCA*, mars 2024, p. 15.

¹¹² Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris, *Rapport sur le règlement MiCA*, mars 2024, p. 15.

¹¹³ Il n'est en revanche pas contestable d'affirmer qu'au sein même de MiCA, les crypto-actifs forment une branche de la catégorie plus générale des actifs numériques. Les considérants du règlement sont clairs sur ce point.

*prévues par la loi Pacte [...] »¹¹⁴ : les crypto-actifs ne peuvent simultanément aller au-delà de la notion d'actifs numériques dans la loi Pacte et n'en être qu'une sous-catégorie. Il n'est pas certain que, comme le soutiennent les auteurs du rapport, les NFT soient inclus dans la notion d'actifs numériques¹¹⁵. Seule cette inclusion justifierait la hiérarchie des qualifications proposée. Actifs numériques dans la loi Pacte et crypto-actifs dans le règlement MiCA évoluent à un niveau de généralité équivalent : ils sont des concurrents plus que des compléments¹¹⁶. En conséquence, il nous semble qu'une *substitution* de la notion et de la définition européennes de crypto-actif, à la place de celle d'actifs numériques, dissiperait mieux les risques de frottements. Les articles 150 VH bis et 92, 2, 1^o bis du CGI devraient également être modifiés.*

Position de MiCA¹¹⁷. Par ses termes généraux et indifférents au critère de la fongibilité, la définition du crypto-actif est englobante : elle porte indifféremment sur les cryptomonnaies et les jetons, sans référence aucune à la fongibilité, ce qui inclut les NFT dans le périmètre de la définition¹¹⁸. Mais le règlement prévoit, à la différence du Code monétaire et financier une *exclusion expresse des NFT champ d'application du règlement*. L'article 2, 3 du règlement dispose en effet que : « *Le présent règlement ne s'applique pas aux crypto-actifs qui sont uniques et non fongibles avec d'autres crypto-actifs* »¹¹⁹. **Pour MiCA¹²⁰, les NFT sont des crypto-actifs non soumis à la réglementation des crypto-actifs¹²¹.** Toutefois, le manière dont l'exclusion est formulée révèle que ce n'est pas seulement la non-fongibilité qui est prise en compte : la référence à l'unicité en fait une condition nécessaire de l'exclusion, de sorte que les crypto-actifs non-fongibles et non-uniques devraient entrer dans le champ d'application de MiCA. Ce que le législateur européen entend par « unique » devra cependant être précisé. À première vue, cette exigence est présente pour neutraliser toute velléité de dissimuler des jetons substantiellement soumis à MiCA sous les apparences formelles d'un NFT : l'absence de caractère unique permettrait aux autorités de réintégrer dans le giron de MiCA ces pseudo-NFT.

- D'une part, l'heure est pour le moment à la réflexion sur l'opportunité et le contenu d'une réglementation ad hoc sur les NFT. En vertu de l'article 142 d) du règlement, un rapport « *devra être remis à la Commission dans les 18 mois de*

¹¹⁴ Cour des comptes, *Les crypto-actifs : une régulation à renforcer*, 19 décembre 2023, p. 6.

¹¹⁵ Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris, *Rapport sur le règlement MiCA*, mars 2024, p. 22. Le régime fiscal des actifs numériques prévu à l'article 150 VH bis du CGI, pensé à l'évidence pour des biens fongibles et de toute évidence inadapté au NFT, est un indice intéressant (même s'il n'est évidemment pas décisif à lui seul) en faveur de la disqualification d'actifs numériques pour les NFT.

¹¹⁶ Sauf à refondre intégralement la catégorie des actifs numériques, qui pourrait englober, sans s'y limiter, l'ensemble des actifs inscrits en blockchain.

¹¹⁷ Sur l'évolution de la position du règlement sur les NFT, voir B. SOUSI, « Une future réglementation européenne (ou française) spécifique aux NFTs d'œuvres d'art ? », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 15 et s.

¹¹⁸ B. SOUSI, « Une future réglementation européenne (ou française) spécifique aux NFTs d'œuvres d'art ? », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 16.

¹¹⁹ Voir aussi le considérant 10.

¹²⁰ M. MEKKI, *Actifs numériques*, Répertoire commercial Dalloz, janvier 2024, n° 53.

¹²¹ Outre les NFT, sont également exclus les jetons de monnaie électronique (EMT pour *e-money token*) et les jetons se référant à des actifs (ART pour *asset referenced token*)

l'entrée en vigueur du règlement afin de déterminer l'opportunité d'un encadrement juridique et de ses modalités »¹²².

- D'autre part, l'exclusion des NFT du champ d'application de MiCA n'est pas absolue, le règlement réservant la possibilité de son application pour certains NFT qui, en dépit de leur non-fongibilité technique, présenterait des caractéristiques les rapprochant substantiellement des jetons régis par le règlement : le principe *substance over form* pourra donc trouver à s'appliquer¹²³. Ainsi que le rappelle Monsieur Steimer : « *Charge alors aux autorités de procéder à une analyse des caractéristiques de l'actif pour déterminer sa qualification réelle. C'est cette analyse qui s'imposera sur sa "désignation par les utilisateurs ». L'émetteur de ces jetons ne pourra espérer échapper à MiCA simplement en le désignant comme un NFT et en lui attribuant certaines de ses particularités »¹²⁴.*

Ce qui MiCA ne traite pas. Le règlement MiCA est muet sur le conflit pouvant opposer les qualifications de NFT et d'instruments financiers. De même, et ce n'était nullement son objet, il ne précise en rien les suites fiscales que les législateurs nationaux doivent ou peuvent en tirer :

- Pour les NFT qui présentent les caractéristiques des instruments financiers, la réglementation financière devant s'appliquer à raison de la substance financière en dépit de la forme de NFT. *Le caractère hybride de certains NFT* emporte ainsi des risques de cumuls et de conflits de qualifications, lesquels devraient le plus souvent se résoudre au détriment de la *qualification formelle* de NFT. Plus généralement, la qualification de NFT serait certes une qualification non régie par les dispositions de MiCA, mais également une qualification résiduelle, au sens où elle céderait systématiquement la préséance, y compris d'après MiCA lui-même, lorsque les NFT en cause présentent les caractéristiques d'un jeton financier (régis par la réglementation financières), d'un jeton de paiement (régis par MiCA) ou d'un jeton utilitaire (régis par MiCA)¹²⁵. **Ainsi, n'échapperaient en réalité à MiCA et à la réglementation financière que les NFT qui passent le triple test des jetons financiers, utilitaires et de paiement.**
- Pour s'aligner sur la position du législateur européen, le législateur fiscal devrait *a minima* exclure expressément les jetons uniques et non-fongibles (les NFT exclus de MiCA) du champ d'application de l'article 150 VH *bis* du Code général des impôts. Il pourrait, soit créer un régime fiscal sui generis pour les NFT qui

¹²² V. Considérant 8ter ; B. SOUSI, « Une future réglementation européenne (ou française) spécifique aux NFTs d'œuvres d'art ? », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 16 ; S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, LGDJ, 2024, p. 544, n° 998.

¹²³ Sur la question, voir M. QUINIOU, « Les qualifications juridiques *in concreto* des NFTs dans l'art et l'enjeu du cumul de qualifications : perspectives franco-européennes », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 23 et s.

¹²⁴ F. STEIMER, « MiCA vs NFT vs Séries », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 31.

¹²⁵ F. STEIMER, « MiCA vs NFT vs Séries », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 29.

sont des titres représentatifs ou, conformément à une proposition soulevée en doctrine, considérer que ces NFT sont transparents et les soumettre au régime fiscal applicable au bien sous-jacent. Pour ne pas favoriser certains crypto-actifs au détriment des autres, la neutralité des échanges prévue à l'article 150 VH bis serait étendue aux échanges entre NFT¹²⁶. Ainsi, acquérir des NFT à l'aide de crypto-actifs ou des crypto-actifs à l'aide de NFT serait une opération couverte par le report d'imposition, le fait générateur d'imposition consistant dans le retour dans l'économie réelle, dans l'acte de *cash out*¹²⁷.

- Enfin, au regard de l'important délai qui pourrait s'écouler jusqu'à l'éventuelle adoption d'une réglementation européenne sur les NFT, le législateur français pourrait décider, sans attendre, de légiférer sur les NFT¹²⁸ sans se heurter aux prévisions de MiCA, puisque ce dernier les a exclus de son champ d'application.

En conclusion. Soient les NFT sont des jetons au sens du Code monétaire et financier, et alors ils sont des actifs numériques au sens de la loi PACTE, soient ils ne sont pas des jetons et alors ils ne sont pas des actifs numériques :

- Ou bien les NFT sont *a priori* appréhendées par la définition du jeton de l'article L. 552-2 du Code monétaire et financier, et auquel renvoie l'article L. 54-10-1, 1^o, auquel cas ils sont et resteront des actifs numériques tant qu'une disposition spéciale ne les aura pas extraits du périmètre de cette notion. Jusqu'à ce que cela arrive, ils sont nécessairement soumis, en leur qualité d'actifs numériques, à l'article 150 VH bis du CGI, lequel est exclusif de l'application des articles 150 UA et 150 VI du même Code¹²⁹. Cette position aligne mécaniquement le champ d'application de la règle fiscale sur celui d'une règle financière sectorielle¹³⁰ et ambiguë, sans tenir compte des importantes différences qui séparent les NFT du reste des actifs numériques et sans tenir compte de la diversité des sous-jacents.
- Ou bien les NFT ne sont pas appréhendés par la définition du jeton à raison de leur non-fongibilité, auquel cas ils ne sont pas des actifs numériques. Ils sont alors nécessairement soumis, faute de qualification plus spéciale, au régime résiduel des plus-values des biens meubles prévu à l'article 150 UA du CGI, par une application analogique de la

¹²⁶ Rapp. AN « Monnaies, banques et finance : vers une nouvelle ère crypto », par P. PERSON, 8 juin 2022, proposition n° 16 ; S. NÉMARQUE-ATTIAS, « La fiscalité des particuliers qui investissent dans les NFT », *Droit & patr.*, 1^{er} mars 2023, n° 333.

¹²⁷ Pour une analyse doctrinale contraire, v. en droit américain, R. AVI-YONAH, M. SALAIMI, « A New Framework for Taxing Cryptocurrencies », *The Tax Lawyer*, 2023, vol. 77 n° 1, pp. 59-60. Ces auteurs, favorables à une fiscalité fondée sur l'analyse du sous-jacent, considèrent toutefois que les raisons qui justifient la neutralisation des échanges inter-cryptos ne se retrouvent pas lorsque, par exemple, de la cryptomonnaie est utilisée pour acquérir un NFT. Ce point est discutable, car les NFT, ainsi que les années précédentes l'ont montré, sont des actifs dont la volatilité n'a rien à envier aux cryptomonnaies.

¹²⁸ B. SOUSI, « Une future réglementation européenne (ou française) spécifique aux NFTs d'œuvres d'art ? », in *La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s)*, Actes du colloque organisé par L'Institut Art & Droit, 16 décembre 2022, p. 20.

¹²⁹ Gh. LOUKILI, « Éclairages concernant la notion de NFTs : réflexions et prospection sur le régime applicable en matière de fiscalité », *La lettre juridique*, 13 octobre 2022, n° 920.

¹³⁰ Celle-ci peut être rattachée « à l'histoire de l'appel public à l'épargne » et pense les actifs numériques au prisme d'une perspective financière. En ce sens, voir Th. GRANIER, « Les NFTs au regard des classifications retenues en droit financier », *RLDI*, 1^{er} août 2023, n° 206.

jurisprudence *Rycke*. L'application du régime fiscal du sous-jacent est, en l'absence de texte le prévoyant, fort peu probable.

En l'état, aucune de ces positions n'a reçu l'onction du législateur ou du juge. Pour le moment, le NFT est condamné à évoluer dans un flou qualificatif. Tel un « crypto-actif de Schrödinger », il est pour le moment condamné à osciller entre plusieurs qualifications et régimes juridiques, jusqu'à ce qu'un acte de révélation émanant de l'autorité compétente vienne définitivement fixer la qualification qui, par fiction, aura toujours été la sienne.