

# NFT : WTF... état des lieux juridique et fiscal

**Ce début d'année 2022 est marqué par la nette progression du marché des jetons non fongibles, également appelés « NFT » (non-fungible tokens). Si ces derniers ont généré environ 25 milliards de dollars en 2021<sup>1</sup>, le développement de ce marché suscite de réels questionnements juridiques, auxquels la pratique tâche de répondre.**



Par Erwann del Do, associé,

**T**out d'abord, définissons le NFT (non-fungible token). Il s'agit d'un jeton cryptographique associé à un fichier numérique. Celui-ci est inscrit dans une blockchain et peut contenir différentes informations, sous forme de métadonnées.

## Peu d'encadrement textuel à ce jour

A ce jour, on recense très peu de textes en droit interne français susceptibles d'encadrer les NFT. La loi « Pacte » du 22 mai 2019 a introduit, dans un article L. 54-10-1 au Code monétaire et financier (CMF), une définition de la notion d'« actifs numériques ». D'autres articles de ce code pourraient également s'appliquer : L. 552-2 du CMF relatif aux « jetons numériques » et L. 551-1 du CMF relatif aux « biens divers ». L'approche du législateur en la matière semble toutefois davantage orientée vers les cryptomonnaies que les NFT.

A l'échelle européenne, un projet de règlement « MiCA » a vu le jour en date du 24 septembre 2020 et semble marquer la volonté de couvrir les NFT, du fait de ses définitions larges et inclusives. Il ne devrait toutefois entrer en vigueur qu'à horizon 2023-2024.

Afin d'obtenir des éclaircissements sur la législation encadrant les NFT, le député Pierre Person a porté un amendement dans le cadre de la loi de finances pour 2022, mais ce dernier a finalement été retiré en séance publique. Aux mêmes fins, le sénateur Jérôme Bascher et la députée Véronique Louwagie ont tous deux interrogés le Gouvernement sur le régime fiscal des NFT, sans réponse toutefois à ce jour.

De son côté, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) a lancé en novembre 2021 une mission sur les NFT, confiée à Maître Jean Martin. Les conclusions seront rendues en juin 2022.

Enfin, on notera que la maison Hermès a déposé en décembre 2021 une plainte auprès du Tribunal de New York après la mise en vente par Eric Ramirez de 100 interprétations NFT du sac Birkin. Nul doute que l'essor des NFT va s'accompagner d'une saisine accrue des juridictions sur ce sujet, tant aux Etats-Unis qu'en Europe, lesquelles seront amenées à

trancher sur la base des règles existantes, souvent incomplètes.

## Propriété intellectuelle : un flou juridique...

La qualification du NFT au sens du droit de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement du droit d'auteur, s'avère délicate. Le point est pourtant important car si le NFT est considéré comme une œuvre de l'esprit, les transactions portant sur celui-ci devront alors respecter les règles relatives au droit d'auteur.

L'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) énumère les créations susceptibles d'être considérées comme des œuvres de l'esprit. Bien que le NFT ne soit pas expressément mentionné dans la liste hétéroclite posée par le CPI, la loi concerne « toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite et la destination » (article L. 112-1 du CPI). La doctrine et la jurisprudence insistent sur l'exigence d'une originalité définie comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Le NFT doit donc répondre à ces critères pour pouvoir être qualifié d'œuvre de l'esprit et protégé en tant que telle.

Rappelons également que l'article L. 111-3 du CPI établit une distinction entre l'œuvre et son support. Mais le NFT, bien qu'il soit associé à l'œuvre car il permet de l'authentifier, ne constitue ni l'œuvre ni le support de l'œuvre. C'est le fichier numérique qui est le support de l'œuvre. En présence d'un NFT, trois éléments sont à distinguer : l'œuvre de l'esprit (la photo, le dessin, la vidéo, la musique, etc.), le support de l'œuvre (le fichier numérique) et le NFT qui y est attaché.

Dès lors, il n'est pas évident de déterminer l'empreinte de la personnalité d'un auteur dans un jeton numérique et donc de le considérer comme une œuvre.

Cependant, si une cession des droits patrimoniaux de l'auteur sur l'œuvre intervient lors de la vente d'un NFT, elle doit respecter les exigences des articles L.131-1 et suivants du CPI. La cession doit notamment identifier chacun des droits cédés, délimiter le domaine d'exploitation, et respecter l'interdiction de la cession globale des œuvres futures.

### ... compensé par l'existence de mécanismes techniques et contractuels

La technologie des « smart contracts » permet d'inscrire la cession de l'œuvre dans le NFT lui-même. Les métadonnées contenues dans les jetons comprennent, en effet, des informations sur les cessions successives des droits patrimoniaux. Cela permet d'assurer la connaissance des droits cédés passés et de préserver les droits des cessionnaires (notamment quant à leur rémunération) en cas de revente du NFT.

A cet égard, la question de l'application du droit de suite se pose. L'article L. 122-8 du CPI prévoit en effet un droit inaliénable de participation de l'auteur au produit de toute revente d'une œuvre, après la première cession de l'œuvre par l'auteur. Les NFT associés à des œuvres graphiques ou plastiques étant sources de spéculation et donc de revente, le droit de suite doit trouver à s'appliquer dès lors que l'œuvre à laquelle ils sont associés répond aux critères légaux.

Là encore, les « smart contracts » permettent de prévoir un procédé technique similaire au droit de suite sous la forme du versement d'un pourcentage du prix de revente du NFT revenant à l'auteur et aux éventuels prestataires techniques. On s'attachera dès lors à porter une attention toute particulière aux clauses financières contenues dans les contrats, juridiques cette fois-ci. La présence de telles clauses est indispensable pour assurer le droit de suite et leur inscription dans les lignes de codes du NFT permet de pérenniser son respect par les acquéreurs successifs.

### Une fiscalité principalement tournée vers les collectionneurs

La loi de finances pour 2019 a amorcé un encadrement législatif quant à la fiscalité des gains de cession d'actifs numériques.

Plus récemment, la loi de finances pour 2022 a apporté certaines précisions et adaptations au régime en vigueur, en énonçant notamment que les produits résultant d'opération de vente, d'achat ou d'échange d'actifs numériques relèveront, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023, non plus de la catégorie des « bénéficiaires industriels et commerciaux »,

mais de celle des « bénéficiaires non commerciaux ». Il nous semble toutefois que cette approche, bien que venant combler un certain vide juridique, est trop centrée sur les collectionneurs, au détriment des porteurs de projets et des prestataires techniques, qui se sont développés dans le domaine des NFT, en particulier en France.

Concernant ceux-ci, on notera qu'un règlement ANC 2020-05 a modifié le plan comptable général en y apportant certaines précisions, limitées toutefois, et que, par ailleurs, les règles de droit commun de l'impôt sur les sociétés sont de nature à apporter certaines réponses, notamment en cas de conversion et à la clôture d'exercice.

Il subsiste cependant de nombreuses interrogations en la matière, en dépit de l'essor et de la multiplication des acteurs économiques. En particulier, les NFT soulèvent de réelles interrogations quant au traitement applicable au regard de la TVA. A ce jour, une véritable incertitude existe ainsi, en particulier pour les porteurs de projets, quant au taux de TVA applicable et aux modalités de facturation, compte tenu de l'entremise de plateformes telles qu'OpenSea ou LooksRare. Sauf exception, une identification précise de la location des acquéreurs successifs des NFT est quasi impossible.

Seule certitude à ce jour, il nous semble que le taux de TVA de 5,5 % relatif aux « œuvres d'art » au sens de la TVA ne puisse pas trouver à s'appliquer, dans la mesure où cette qualification suppose une exécution « à la main par l'artiste », ce qui est incompatible avec le processus de génération de la plupart des NFT, lesquels sont générés par des « smart contracts ».

Des échanges sont en cours avec la Direction de la législation fiscale, afin d'obtenir de premiers éléments de confort en la matière, avant une intervention législative plus vaste. Une telle intervention législative s'avère d'ailleurs nécessaire, afin de sécuriser les acteurs économiques qui se sont développés, en particulier depuis 2021, et ne pas freiner l'essor de l'industrie des NFT en France. ■

1. <https://www.lesnumeriques.com/pro/les-ventes-de-nft-ont-rapporte-25-milliards-de-dollars-en-2021-n174219.html>



et Fabrice Perbost,  
associés,  
Harlay Avocats

**Les NFT associés à des œuvres graphiques ou plastiques étant sources de spéculation et donc de revente, le droit de suite doit trouver à s'appliquer dès lors que l'œuvre à laquelle ils sont associés répond aux critères légaux.**