

Bitcoin et monnaies virtuelles : entre réglementation et essai de définition juridique

Hubert DE VAUPLANE

Avocat associé (Kramer Levin LLP)

Inconnu jusqu'il y a encore quelques années, sauf dans le milieu alternatif, le phénomène des « monnaies virtuelles » a explosé depuis les années 2010. Celles-ci fascinent autant qu'elles intriguent. Et la plus connue d'entre elles, le *bitcoin*, concentre toutes ces ambiguïtés. Bien sûr, le mystère qui entoure la création du *bitcoin*, la volatilité de son cours, les (nombreux) scandales qui l'entourent, tout cela participe à cette fascination. Mais le phénomène est plus profond qu'un simple phénomène médiatique. L'expression déjà intrigue par elle-même : « monnaies virtuelles ». La conjonction de ces deux mots souligne l'ambivalence du concept : Monnaie ? Virtuelle ?

I. La fascination autour des monnaies virtuelles

Le virtuel, c'est ce qui n'est pas réel. Dans la scolastique du Moyen Âge, le virtuel qualifie un être ou une chose n'ayant pas d'existence actuelle (c'est-à-dire dans les faits tangibles), mais seulement un « état potentiel susceptible d'actualisation ». C'est dans ce sens que Deleuze l'entend dans son essai sur *L'Acte et le virtuel*¹. Le virtuel n'a pas de relation avec le réel. Il en est comme séparé, de façon ontologique. La virtualisation, c'est le « hors-là » de Michel Serres². Avec l'apparition de l'Internet, la notion de virtuel a changé. Ce qui est virtuel, c'est ce qui, sans être réel, possède les qualités du réel, c'est-à-dire est « comme » le réel. On pense bien sûr au jeu vidéo et autre « monde virtuel » parfois plus réel encore que le réel. Le virtuel, ici, reste hors du réel, mais constitue une « réalité » propre, à part entière. Dans ce sens, l'expression « monnaies virtuelles » désignerait des monnaies qui n'ont pas d'existence réelle, c'est-à-dire pas de lien avec la réalité tangible, mais qui existent dans un monde imaginaire. Tel n'est pas le cas de certaines de ces « monnaies virtuelles ». Certaines d'entre elles sont bien réelles, dans le sens où elles interagissent directement avec le monde tangible qui nous entoure : elles

¹ G. DELEUZE, « L'actuel et le virtuel », in *Dialogues*, Paris, Flammarion, 1996.

² M. SERRES, *Atlas*, Paris, Julliard, 1994.

permettent d'échanger des biens ou services contre une valeur, d'effectuer des transactions dans le monde parfaitement réel, par exemple en payant un café ou en achetant un livre, quand ce n'est pas de la drogue ou des armes... C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les tenants de ces monnaies préfèrent utiliser l'expression de « monnaies électroniques », plus propre, selon eux, à appréhender les fonctionnalités de ces monnaies. Ces différences sémantiques se retrouvent aussi dans les essais de définitions apportées par les régulateurs, voire les tribunaux, soulignant la difficulté d'appréhender ce phénomène.

Mais, à défaut d'être virtuelles, ces « monnaies » sont-elles justement de la monnaie ? Répondent-elles à la définition économique de la monnaie ? On sait que depuis Aristote, on attribue trois fonctions à la monnaie : unité de compte, réserve de valeur et intermédiaire des échanges. Les « monnaies virtuelles » répondent à ces trois fonctions. Et l'on pourrait ici retrouver le débat qui secoue les économistes depuis le développement de cette discipline. Celui de savoir qui de la monnaie ou de l'échange est apparu en premier dans l'histoire de l'humanité³. En ce sens que le support de la valeur monétaire de l'échange s'est longtemps confondu avec son support physique : coquillage, métaux précieux comme l'or ou l'argent, bien sûr, mais aussi pièces ou billets⁴. Mais beaucoup d'économistes refusent de voir dans ces « monnaies virtuelles » de « véritables » monnaies. Et de se justifier par le caractère régalien propre à la monnaie : celle-ci est et ne peut être émise que par un pouvoir centralisé, hier le roi ou l'empereur, aujourd'hui la banque centrale. Fondamentalement, la monnaie constitue un attribut de souveraineté, un pouvoir régalien. Or, justement les « monnaies virtuelles » s'inscrivent dans une démarche totalement opposée, celle du refus d'un monde centralisé, d'un pouvoir hiérarchique, d'une organisation verticale de la société. C'est d'ailleurs ce qui a fait que ces « monnaies » ont longtemps été défendues par des mouvements libertariens ou alternatifs. Ce qui caractérise fondamentalement ces « monnaies virtuelles », c'est l'absence d'organisation centrale puisqu'elles s'inscrivent dans une logique d'architecture ouverte et libre.

C'est d'ailleurs cette caractéristique qui est souvent oubliée : les « monnaies virtuelles » sont avant toute chose un protocole informatique fondé sur la cryptologie. C'est la fameuse *blockchain*. D'où une autre expression, plus correcte, pour désigner ces monnaies, celle de « cryptomonnaies ». Si le *bitcoin* est une cryptomonnaie, la *blockchain* est un protocole sur lequel repose le fonctionnement de cette cryptomonnaie. Ce protocole a deux caractéristiques majeures : il est décentralisé (comme la plupart des protocoles, il vise à la communication entre machines sans utiliser de machine centrale) et cohérent. Que le système soit cohérent et décentralisé signifie qu'au lieu de devoir consolider l'information en un point qui serait l'autorité centrale, l'ensemble de l'information est disponible en chaque nœud du réseau. Il n'est plus besoin d'un « grand livre » central

³ J.-M. SERVET, « Le troc primitif, un mythe fondateur d'une approche économiste de la monnaie », *Revue numismatique*, 6^e série, Tome 157, 2001, pp. 15 à 32. La critique de la fable du troc est reprise dans D. GRAEBER, *Deette : 5000 ans d'histoire*, Paris, Éd. Les Liens qui libèrent, 2013.

⁴ M. AMATO, *L'énigme de la monnaie*, Paris, Éd. du Cerf, 2015.

pour valider l'ensemble des informations. Par exemple dans le cas du *bitcoin*, l'ensemble des transactions sont enregistrées après avoir été confirmées en chaque nœud du réseau. Il n'est donc plus nécessaire d'avoir une autorité centrale ou un hôtel des monnaies pour s'assurer qu'il n'y a pas eu de fraude ou de double dépense (c'est-à-dire utiliser le même *bitcoin* pour deux transactions distinctes). Il suffit de vérifier la cohérence avec l'ensemble des transactions ou avec le nœud précédent du réseau.

C'est ce caractère décentralisé, autonome, qui aujourd'hui inquiète. D'où l'intérêt de plus en plus marqué des politiques pour ces « monnaies », afin de tenter de mesurer l'impact de leur développement sur l'organisation de la société et bien sûr les conséquences sur le rôle de l'État. Plusieurs rapports parlementaires ont été publiés en ce sens, notamment ceux du Sénat américain⁵ et ceux du Sénat français⁶.

Et le juriste là-dedans ? Que peut-il faire ? Essayer de conceptualiser ces « monnaies », leur apporter une définition afin d'éviter que la réglementation seule s'en empare. Or, sa première tendance, compte tenu du fait qu'avant toute chose ces « monnaies » sont des protocoles informatiques, sera d'essayer de les faire rentrer sous l'angle du droit de la propriété intellectuelle. Mais justement, ces « monnaies » ne peuvent pas être appréhendées dans cette catégorie juridique, car elles sont fondées sur des architectures ouvertes. Comment alors qualifier juridiquement ces « monnaies » ? Ce qui frappe aujourd'hui, au-delà de l'absence de définition juridique consensuelle et de qualification juridique claire de ces « monnaies », c'est l'hétérogénéité des positions des différents régulateurs, pour essayer de déterminer si celles-ci rentrent ou non dans leur champ de compétence. Chaque autorité régulatrice tente ainsi de déterminer ce qu'est le *bitcoin* ou les autres monnaies qui lui ressemblent afin de lui appliquer ou non sa propre réglementation. Les effets de cette approche très pragmatique conduisent nécessairement à une multiplication des définitions au détriment d'une définition holistique.

II. Essai de classification

L'une des difficultés pratiques dans tout essai de définition consiste à bien cerner son sujet. Or, dans la mesure où il existe plusieurs sortes de « monnaies virtuelles », de quelles « monnaies » parle-t-on ?

Tout d'abord, il convient de distinguer les « monnaies virtuelles » convertibles de celles qui ne le sont pas. Les premières sont celles qui ont un lien avec les monnaies légales et qui peuvent dès lors être converties ou échangées selon des modalités très simples. On pense bien sûr au *bitcoin*. Les « monnaies virtuelles » non convertibles sont celles qui existent dans un espace (virtuel ou non) fermé et qui en aucun cas ne peuvent être converties ou échangées contre des monnaies légales. On pense ici aux *Massively*

⁵ Sénat, *Rapport d'information sur les enjeux liés au développement du bitcoin et des autres monnaies virtuelles*, n° 767, 23 juillet 2014.

⁶ *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, janvier 2014.

Multiplayer Online Role-Playing Game (MMORPG : *Project Entropia Dollars*, *Q Coins*, ou *World of Warcraft Gold*).

Ensuite, il faut différencier les « monnaies virtuelles » centralisées de celles décentralisées. Les premières se caractérisent par l'existence d'un administrateur central, comme un institut d'émission, dont le rôle consiste à « émettre » la monnaie, mais aussi à en contrôler la diffusion (ce que les économistes appellent la « politique monétaire »). Outre les monnaies légales qui toutes répondent à cette définition, on peut citer *E-gold* (aujourd'hui disparu), *Liberty Reserve* dollars/euros (idem); *Second Life* « Linden dollars », *PerfectMoney*, *WebMoney* « WM units », et *World of Warcraft gold*. Quant aux monnaies décentralisées, elles se caractérisent par l'accès libre au code source, l'existence d'un protocole mathématique en pair-à-pair et bien sûr l'absence d'autorité centrale. Outre *bitcoin*, on peut citer *LiteCoin* et *Ripple*.

Enfin, la plupart de ces « monnaies » sont fondées sur la cryptographie, d'où leur qualification de cryptomonnaies. Cette technologie permet le « transfert » d'une personne à une autre d'une unité de ces « monnaies » grâce à la combinaison de clés publiques et privées.

III. Les monnaies virtuelles saisies par la régulation

Peu de pays se sont lancés dans une législation permettant d'appréhender ces « monnaies virtuelles », mis à part le Brésil et la Chine. Ce sont donc, la plupart du temps, les régulateurs qui sont amenés à se pencher sur la question de la définition. De ce fait, les définitions apportées le sont le plus souvent en fonction des rôles et des missions de ces autorités. Ainsi, une banque centrale n'aura pas la même approche qu'un régulateur bancaire ou une organisation en charge de la lutte contre le blanchiment et financement du terrorisme, ou une administration fiscale. Chacun essaye d'appréhender ces « monnaies virtuelles » selon son propre angle de vue.

Pour s'en tenir à 2015, l'actualité en matière de « monnaies virtuelles » est importante, la plus fournie étant en provenance des États-Unis d'Amérique.

Ainsi, la *Commodity Futures Trading Commission* (« CFTC ») a prononcé le 17 septembre 2015 une sanction et une transaction (*enforcement order and settlement*) contre une plateforme de *trading* d'option sur *bitcoin* qui n'avait pas été enregistrée auprès de la Commission (*Coinflip Order*)⁷. Il s'agit de la première décision de la CFTC qui officiellement et clairement se prononce sur la qualification du *bitcoin* et plus largement des monnaies virtuelles : « Bitcoin and other virtual currencies are encompassed in the definition [of a commodity under the Commodity Exchange Act] and properly defined as commodities. » Cette décision ouvre également la possibilité pour la CFTC d'initier des poursuites sur la base de la réglementation relative aux manipulations du marché dans l'environnement *bitcoin*, au sens large pour couvrir les dérivés de *bitcoin* et les marchés au comptant ou autre activité qui affecte le prix d'un dérivé *bitcoin*. Cette décision est

⁷ *In re Coinflip, Inc.*, n° 15-29 (CFTC, 17 septembre 2015), www.cftc.gov/ucm/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfcoinfliporder09172015.pdf.

aussi la première application contre une plateforme de *trading* de *bitcoin* sous forme de produits dérivés pour défaut d'enregistrement comme un *Swap Execution Facility* ou un *Designated Contract Market*.

L'affirmation de la CFTC selon laquelle les monnaies virtuelles sont des « marchandises » n'est pas en elle-même surprenante au regard du champ de compétence de la CFTC. La définition de « marchandise » en vertu de la CEA est en effet extrêmement large. Ce que l'on doit cependant relever, c'est le type de marchandises que la CFTC applique au *Bitcoin* : à savoir non pas une monnaie, mais plus un métal précieux ou un actif physique plutôt que les devises traditionnelles : « virtual currencies are distinct from "real" currencies, which are the coin and paper money of the United States or another country that are designated as legal tender, circulate, and are customarily used and accepted as a medium of exchange in the country of issuance »⁷.

Cette qualification est en ligne avec les positions exprimées précédemment au cours des mois derniers par l'*Internal Revenue Service*, qui a estimé que le *bitcoin* devrait être considéré, sous l'angle fiscal, comme un bien, et non comme un droit ou une devise⁸.

Mais cette définition diffère de l'approche retenue par d'autres régulateurs financiers et agences d'État américaines qui continuent à voir dans le *bitcoin* une forme d'« argent » ou de « monnaie », même si elle est virtuelle. Par exemple, le FinCEN⁹ qui réglemente les « changeurs » et « administrateurs » de monnaies virtuelles convertibles se concentre sur les attributs de la monnaie virtuelle, voyant dans le *bitcoin* « un substitut à la monnaie réelle », et ainsi rentrant dans son champ de compétence¹⁰.

De même, les agences bancaires fédérales ou étatiques continuent à vouloir réglementer les activités de change sur monnaies virtuelles comme une forme de transfert d'argent. En témoigne la récente délibération en 2015 par la *Conference of State Bank Supervisors* d'un cadre d'une régulation pour les transferts de monnaies virtuelles¹¹.

⁸ *Internal Revenue Bulletin*, IR-2014-36, 25 mars 2014, www.irs.gov/uac/Newsroom/IRS-Virtual-Currency-Guidance; voy. aussi *IRS Notice*, 2014-21, 14 avril 2014, www.irs.gov/irb/2014-16_IRB/ar12.html. D'après cette notice, « [Bitcoin] is not treated as currency that could generate foreign currency gain or loss for U.S. federal tax purposes ».

⁹ Voy. *FinCEN Publishes Two Administrative Rulings Clarifying Treatment of Companies Engaged in Certain Virtual Currency Activities*, 5 novembre 2014, www.sidley.com/~media/files/news/2014/11/fincen-publishes-two-administrative-rulings-clarifying-treatment-of-companies-engaged-in-certain-virtual-currency-activities; *FinCEN Issues Guidance on Application of Money Services Business Regulations to Virtual Currency Miners and Investors*, 10 février 2014, www.sidley.com/~media/files/news/2014/02/fincen-issues-guidance-on-application-of-money-services-business-regulations-to-virtual-currency-miners-and-investors; *FinCEN Issues Guidance on Application of Bank Secrecy Act Regulations to Virtual Currencies*, 26 mars 2013, www.sidley.com/~media/files/news/2013/03/fincen-issues-guidance-on-application-of-bank-secrecy-act-regulations-to-virtual-currencies.

¹⁰ Interpretive Release, U.S. Dep't of Treas., Financial Crimes Enforcement Network, *Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies*, Release FIN-2013-G001 (18 mars 2013), http://fincen.gov/statutes_regs/guidance/html/FIN-2013-G001.html.

¹¹ Voy. *CSBS Issues Model Virtual Currency Framework*, 29 septembre 2015, www.sidley.com/~media/updates/2015/09/20150929-banking-and-financial-services-update.pdf.

De même, le règlement adopté en 2015 par le *NY State Department* qui a institué une « BitLicense » pour l'exercice des activités de monnaies électroniques¹².

Dans le même temps, le ministère de la Justice et de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) ont chacun caractérisé le *bitcoin* comme de « l'argent » (*money*) permettant de lancer des poursuites dans le cadre des lois fédérales anti-blanchiment et des lois sur les valeurs mobilières fédérales¹³.

Quelques jours seulement après cette première décision d'importance, la même CFTC renouvelait son rôle dans la régulation de ces monnaies, en publiant, le 24 septembre 2015, une transaction avec la société TeraExchange LLC, un intermédiaire (*Swap Execution Facility*) de *bitcoin* enregistré provisoirement (SEF) auprès de ces services. Ici, l'intermédiaire était bien régulé, mais les griefs relevés par le régulateur portaient sur l'utilisation d'un produit financier (un *Non Delivery Forward*) incompatible avec ce statut dans la mesure où ce produit était basé sur la valeur relative du dollar américain et du *bitcoin* exécutés sur cette plateforme¹⁴. La différence entre un *Deliverable forward* et un *Non Delivery Forward* est importante, puisque si la CFTC a clairement compétence sur un NDF, celle-ci est plus contestable pour un *Deliverable forward* sur BTC, même si la CFTC a indiqué que ces contrats pouvaient conduire à une violation du *Commodity Exchange Act*, et donc rentrer dans sa compétence.

IV. Les monnaies virtuelles et la jurisprudence

Il existe relativement peu de décisions de jurisprudence traitant des « monnaies virtuelles ». Lorsqu'elles existent, ces décisions s'inscrivent le plus souvent dans le cadre de fraudes, internes ou externes, sur l'utilisation de ces monnaies, voire d'opérations prohibées utilisant ces « monnaies » comme devise d'achats illicites. S'agissant de fraudes, la plus connue est celle qui a trait à la société Mt Gox, mais il y a aussi le cas de Western Express International ou de Bitcoin Savings and Trust¹⁵, ou les cas de *hacking* comme ceux de Bitfloor ou Instawallet¹⁶.

Vient ensuite l'utilisation de ces monnaies pour l'achat de produits ou de substances illicites, comme les armes ou la drogue. Le cas le plus connu est l'affaire *Silk Road*, un

¹² Voy. *Final BitLicense Rule Issued by the New York State Department of Financial Services to Regulate Virtual Currency Businesses* (9 juin 2015), www.sidley.com/~media/update-pdfs/2015/06/20150609-banking-and-financial-services-update.pdf; *New York State Department of Financial Services Publishes Revisions to Its Proposed « BitLicense » Regulations* (20 février 2015), www.sidley.com/~media/update-pdfs/2015/02/20150220-banking-and-financial-services-update.pdf.

¹³ Dans l'affaire *U.S. c. Faiella*, la cour du district Sud de New York a considéré que le *bitcoin* était une monnaie (voy. Mémoire n° 14-cr-243 (SDNY A, 19 août 2014)). Dans l'affaire *SEC c. Shavers*, la SEC a poursuivi avec succès différentes personnes dans le cadre d'un schéma Ponzi. La cour a considéré que « le *bitcoin* est une devise ou une forme de monnaie » (voy. Mémoire Opinion, *SEC v. Shavers*, n° 4:13-cv-416 (EDTX, 6 août 2013), <http://ia800904.us.archive.org/35/items/gov.uscourts.txed.146063/gov.uscourts.txed.146063.23.0.pdf>).

¹⁴ Voy., par exemple, *In re Tera Exchange LLC*, n° 15-33 (CFTC, 24 septembre 2015), www.cftc.gov/idc/groups/public/@enforcementactions/documents/legalpleading/enfteraexchangeorder92415.pdf.

¹⁵ Sur tous ces cas, cf. FATF Report, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, 2014.

¹⁶ www.telegraph.co.uk/technology/news/10236991/Bitcoin-for-Android-hit-by-bug.html.

site dont l'objet était de faciliter pour ses utilisateurs l'achat et la vente de drogues illégales, d'armes, d'informations de vol d'identité et d'autres produits illicites. Le site fut fermé et son exploitant présumé poursuivi aux États-Unis pour blanchiment d'argent et autres chefs d'inculpation. On peut aussi citer le cas de la société Liberty Reserve. En mai 2013, le Département américain de la Justice a poursuivi cette société, un émetteur de « monnaie virtuelle » basé au Costa Rica, et sept de ses dirigeants et employés pour entreprise de blanchiment d'argent en ayant recours à une loi d'application extraterritoriale bien connue, l'article 311 du *USA Patriot Act*.

Il existe un cas intéressant en Europe, en l'espèce en France, en ce qu'il révèle la manière dont le juge a finalement appréhendé le problème soulevé en recourant à la réglementation des services de paiement.

Ainsi, à l'occasion d'un différend opposant un site d'échange de *bitcoins* et plusieurs banques qui refusaient de lui ouvrir un compte, le juge a assigné l'une des banques aux fins de l'obliger à ouvrir un compte de dépôts à la suite d'une demande présentée auprès de la Banque de France qui avait désigné ledit établissement de crédit à cet effet. Dans le cadre d'un premier litige¹⁷ sur le « droit au compte », la société obtint gain de cause, la Cour d'appel de Paris refusant de s'engager sur l'analyse juridique développée par ladite banque selon laquelle le *bitcoin* serait une « devise et donc une monnaie électronique » et que dès lors, la société réaliserait une pratique illégale d'une activité réglementée en percevant une rémunération à l'occasion de la « vente » des *bitcoins*, ce qui, selon la banque, l'obligerait à obtenir un statut réglementé d'intermédiaire en opération de banque et en services de paiement ou de prestataire de services de paiement. Mais en appel d'une autre procédure, la Cour d'appel de Paris change d'avis¹⁸ et considère que la négociation de *bitcoins* sur une plateforme d'échange s'analyse en un service de paiement en ce que l'opération de conversion d'une devise (ici l'euro) en une monnaie virtuelle (ici, le *bitcoin*) doit être qualifiée de service de paiement. Le raisonnement est intéressant et mérite de s'y attarder. Dans quelle mesure la plateforme d'échange est-elle chargée de l'exécution d'une opération de paiement, à savoir « une action consistant à verser, transférer ou retirer des fonds, indépendamment de toute obligation sous-jacente entre le payeur et le bénéficiaire, ordonnée par le payeur ou le bénéficiaire » ? Or, comme on le sait, la réalisation d'un service de paiement nécessite l'existence d'un compte de paiement. Ce qui, en l'espèce, permettrait de rattacher les opérations d'échange de devises contre des *bitcoins* au service de paiement suivant : « l'exécution des opérations de paiement », telles que les opérations de paiement effectuées avec une carte de paiement et les virements, « associées à un compte de paiement ». C'est le raisonnement suivi par la Cour d'appel de Paris. Mais celui-ci ne convainc pas totalement en ce que les opérations d'encaissement et de décaissement étaient attachées dans le cas d'espèce au compte de paiement de la plateforme et non à des comptes de paiement des acheteurs et des vendeurs ouverts sur la plateforme.

¹⁷ Paris, 26 août 2011, n° 11/15269 (n° Lexbase: A3589HX9).

¹⁸ Paris, 26 septembre 2013, n° 12/00161 (n° Lexbase: A7474KLE), *J.C.P.*, 2014, n° 8, obs. Th. BONNEAU.

V. Les « monnaies virtuelles » à l'essai d'une qualification juridique

À défaut de savoir ce que sont précisément les « monnaies virtuelles », il convient de commencer par dire ce qu'elles ne sont pas.

Les monnaies virtuelles ne sont pas une monnaie légale. C'est la question la plus facile. Pour être définie comme telle, une monnaie doit avoir un cours légal, être définie comme la monnaie d'un territoire par un État dans son ordre juridique, ce qui suppose qu'elle soit « émise » par une entité (privée ou publique, ce qui est le cas la plupart du temps) et enfin être libératoire, c'est-à-dire permettre aux personnes résidant sur un territoire donné d'éteindre leur dette (suite par exemple à l'achat d'un bien ou d'un service) par remise de cette monnaie, sans que le créancier ne puisse contester cet échange et sa valeur.

Les monnaies virtuelles ne sont pas une monnaie électronique. Là encore, la réponse est assez simple. Une monnaie électronique suppose, tout au moins en droit européen, une créance de son détenteur contre l'émetteur qui peut à tout moment demander à ce dernier de lui « rembourser » cette valeur contre une somme d'agent dans une devise ayant cours légal. Ces « monnaies » ne sont pas émises contre la remise de fonds, au sens de la directive monnaie électronique 2¹⁹.

Les monnaies virtuelles ne sont pas des instruments financiers en ce qu'elles ne répondent à aucune des énumérations proposées par la directive marchés d'instruments financiers définissant les instruments financiers.

Les monnaies virtuelles ne sont pas un service de paiement, mais l'échange de devises contre une monnaie virtuelle peut être qualifié de service de paiement. C'est le sens de la jurisprudence précitée de la Cour d'appel de Paris, mais aussi la position de nombreux régulateurs en Europe, à commencer par le régulateur français²⁰.

Ayant écarté ce qu'elles ne sont pas, reste à tenter un essai de définition des « monnaies virtuelles ».

Une première tentative tourne autour de la notion de « biens communs ». Alors même que cette expression est polymorphe, source de nombreuses difficultés et incompréhensions, un débat, parfois vif²¹, se fait jour sur la qualification de bien commun de ces « monnaies virtuelles » ou du moins de la *blockchain*. Première difficulté conceptuelle : une monnaie, au sens économique, peut-elle être définie comme un « bien commun » ?

¹⁹ Directive 2009/110/CE du Parlement et du Conseil du 16 septembre 2009, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements.

²⁰ Position du 20 janvier 2014 de l'ACPR relative aux opérations sur *bitcoins* en France, Position 2014-P-01 et Banque de France, « Les dangers liés au développement des monnaies virtuelles : l'exemple du *bitcoin* », *Focus*, n° 10, 5 décembre 2013.

²¹ J. FAVIER, « Le Bitcoin et les communs », 25 octobre 2015, <https://le-coin-coin.fr/2900-le-bitcoin-et-les-communs-2/>.

Le débat entre économistes ne fait que commencer²². Mais il part du postulat que ces « monnaies virtuelles » sont de la « monnaie ».

Le rapport entre « commun(s) » et « monnaies virtuelles » est *a priori* tentant du fait de leurs caractéristiques. Mais pour certains, l'analogie entre les deux notions en reste là. Ces « monnaies virtuelles » (tout au moins celles « décentralisées ») ne seraient pas des « communs » au sens d'un « usage d'un bien ou d'un service organisé de telle façon qu'il puisse être mutualisé par le rapprochement, volontaire, coordonné et sans relation de domination, des intérêts particuliers de ses parties prenantes »²³. En ce sens, « l'idée de "commun" se différencie ainsi de celle de "bien privé" et celle de "bien public" »²⁴. Il s'agirait d'une nouvelle catégorie juridique, ou plus exactement de la renaissance d'une catégorie oubliée. Le « bien commun » se caractériserait par son caractère intrinsèquement non marchand²⁵. Non pas qu'il n'ait pas de valeur (d'usage, voire monétaire), mais que les rapports existants entre les membres de la communauté utilisatrice sont plus fondés sur l'économie du partage et du don que sur l'économie de marché²⁶.

Le débat sur le caractère de « commun » de ces « monnaies » tient dans la confusion trop souvent entretenue entre ces « monnaies virtuelles » et la *blockchain*. Si les premières restent dans le domaine privé (par opposition à un bien public), la *blockchain* pour sa part, du fait de son architecture ouverte et décentralisée, ressort plutôt du collectif, voire du « commun ».

On le voit, ce qui manquerait à ces « monnaies virtuelles », c'est une « propriété collective » dans la mesure où ces « monnaies » peuvent justement faire l'objet d'une « appropriation ». D'où les critiques sur la spéculation qui entoure la volatilité du cours de ces « monnaies ». C'est donc bien autour de la notion de propriété (et non de possession) qu'il convient d'aller chercher : ces « monnaies virtuelles » peuvent-elles faire l'objet d'un droit de propriété ? Et si oui, comment qualifier ce droit ?

Si l'on s'accorde à ne pas considérer que ces « monnaies » ne sont pas virtuelles au sens de la scolastique, mais intangibles dans une réalité autre que purement matérielle²⁷, alors le choix d'une définition se porte vers la notion juridique de « bien immatériel »,

²² L. BARONIAN et C. VERCELLONE, « Monnaie du commun et revenu social garanti », *Terrains/Théories* [En ligne], 1-2015, mis en ligne le 24 novembre 2014, <http://teth.revues.org/377>; DOI: 10.4000/teth.377.

²³ D. DUPRÉ, J.-F. PONSOT et J.-M. SERVET, « Le bitcoin contre la révolution des communs », 5^e congrès de l'Association Française d'Economie Politique (AFEP), *L'économie politique de l'entreprise : nouveaux enjeux, nouvelles perspectives*, Lyon, France, Juillet 2015.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ P. Dardot et Ch. Laval (*Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La découverte, 2014) considèrent dans leur essai magistral que « ce qui est commun est "inappropriable" ou "hors-propriété", ce qui signifie, semble-t-il, que le commun ne peut être détenu, ni par l'État sous forme de propriété publique, ni par un ou plusieurs particuliers, sous forme de copropriété ou de communauté des biens [...]. Il en ressort qu'on ne peut pas penser le commun sous le concept de propriété ».

²⁶ G. GIRAUD, *L'illusion financière*, Paris, Éd. de l'Atelier, 2012, 168 p. : www.alternatives-economiques.fr/illusion-financiere_fr_art_1164_60436.html.

²⁷ Tout irait mieux si le *bitcoin* était défini comme la monnaie (légal ou pas) du pays lointain de l'Internet. C'est la monnaie d'un pays qui n'est pas tout à fait « de ce monde ». Voy. J. FAVIER, www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-134553-le-bitcoin-et-les-limites-de-la-pensee-1134863.php.

concept faisant l'objet de réflexions approfondies, tant en France²⁸ qu'au-delà, comme en témoignent les journées 2014 de l'association Henri Capitant sur l'immatériel.

Premier écueil : ne pas confondre l'immatériel, l'incorporel et le virtuel²⁹. L'incorporel ne se confond pas avec l'immatériel, pas plus qu'avec le virtuel. Le virtuel, c'est ce qui n'a pas d'existence avec le monde réel, physique comme entendu par la scolastique. L'incorporel, c'est ce qui ne peut se saisir, s'appréhender sous une forme physique (souvent, c'est un droit), mais qui « existe » bien.

Deuxième difficulté, l'absence de définition claire de la notion de « bien immatériel ».

Une première approche consiste à voir dans ces « monnaies virtuelles » des biens qui se composent d'une chose incorporelle (au sens traditionnel du mot) et d'un corpus. Dans le cadre du *bitcoin* (ou de toute autre « monnaie virtuelle » décentralisée), la chose incorporelle serait sa valeur monétaire, et le corpus serait le support sur lequel est fixé le *bitcoin* (les nœuds de mémoire de la *blockchain*, mais aussi disque dur, clé USB, etc.).

Une seconde approche, plus radicale conceptuellement, consiste à dépasser la notion traditionnelle de bien et à considérer comme tel tout ce qui a une « valeur ». Ce qui conduit à sortir du cadre traditionnel qui associe la chose à la matière.

Dans la conception traditionnelle, le bien est une chose corporelle susceptible d'appropriation. Avec l'apparition de l'« immatériel », le débat est relancé. Les choses ne sont pas nécessairement corporelles. Elles peuvent ainsi provenir de l'activité humaine et de la sorte constituer des biens, objets de propriété. Comment ces « choses » immatérielles deviennent-elles des biens ? Par le recours à la notion de « valeur »³⁰. On sait que c'est le rapport d'appropriation qui distingue les choses des biens, les biens étant les choses qui ont la qualité d'appartenir à quelqu'un. Les choses sont des objets du droit non encore appropriés ou non appropriables, alors que les biens sont les choses ou les droits que l'on peut s'approprier en ce qu'ils sont « utiles ». Ainsi, toute chose utile ayant de la « valeur » serait un bien susceptible d'appropriation. Si ce critère de l'utilité remplit bien son rôle concernant les choses corporelles, il est d'usage plus délicat s'agissant des choses immatérielles et des biens incorporels. D'où le recours au critère de « valeur » pour déterminer si une chose est un bien. Ce qui a de la « valeur » est susceptible d'appropriation³¹ : « Ainsi, c'est la valeur, et non plus la matière, qui conférerait son utilité au bien (valeur marchande/valeur d'échange) : un bien est une chose (au sens large d'objet de droit) qu'il est utile juridiquement de s'approprier parce qu'elle a intrinsèquement

²⁸ Fr. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, t. 43, Paris, Sirey, 1999, p. 79 ; Th. REVET, *Les nouveaux biens*, rapport français, association Capitant, *La propriété*, 2004, p. 272.

²⁹ Voy. M.A FRISON-ROCHE, « L'immatériel à travers la virtualité », in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, t. 43, Paris, Sirey, 1999, p. 139.

³⁰ G. GIDROL-MISTRAL, *Les biens et l'immatériel*, Journées espagnoles 2014, association H. Capitant, rapport québécois.

³¹ C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, Paris, L'Harmattan, 2009.

une valeur.»³² Le mot « bien » pourrait alors se définir comme une chose ayant une valeur économique et susceptible d'être appropriée.

On saisit mieux les conséquences d'une telle approche pour les « monnaies virtuelles »³³. Celles-ci disposent certainement d'une « valeur » et remplissent une fonction d'« utilité » (unité de compte entre des individus). Elles peuvent ainsi être qualifiées de biens immatériels. Ce qui permet de leur donner une « existence » juridique et non plus virtuelle.

Bibliographie

- J. BRITO, H. SHADAB et A. CASTILLO, « Bitcoin Financial Regulation : Securities, Derivatives, Prediction Markets, and Gambling », *The Columbia Science & Technology Law Review*, vol. XVI, 2014, p. 144.
- H. DE VAUPLANE et S. CAZAILLET, « Bitcoin : money, money, money ? », *LexBase Revue, Hebdo édition fiscale*, n° 567, 17 avril 2014.
- EBA, « EBA opinion on virtual currencies », www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf.
- ECB, « Virtual currency schemes », 12 octobre 2012 et « Virtual currency schemes, further analysis », février 2015, www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf.
- FATE, www.fatf-gafi.org/documents/documents/guidance-rba-virtual-currencies.html.
- *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center January 2014, www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/.
- « The Economics of Digital Currencies », *Bank of England's Quarterly Bulletin*, 2014, Q3.
- TRACFIN, *L'encadrement des monnaies virtuelles*, 2014.
- « Virtual Currency Report », www.virtualcurrencyreport.com.

³² Association H. Capitant, journées espagnoles 2014, rapport québécois.

³³ Cf. J. FAVIER, « Le Bitcoin... comme une lettre à La Poste », www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-129593-le-bitcoin-comme-une-lettre-a-la-poste-1105261.php.