

AJ Famille 2023 p.486**Les actifs numériques en contexte de séparation**

Nicolas Laurent-Bonne, Professeur à l'université Paris-Est Créteil ; avocat à la Cour

Au mois d'avril dernier, l'Association pour le développement des actifs numériques a mandaté, pour la deuxième année consécutive, un cabinet de conseil et un institut de sondages afin d'évaluer le rapport des Français aux cryptoactifs. Il en ressort qu'un Français sur dix a déjà acquis des cryptomonnaies - soit une augmentation de plus de 18 % du nombre de détenteurs depuis l'année 2022 - et 26 % des personnes interrogées ont l'intention d'en acquérir dans l'avenir. Par ailleurs, la moyenne d'âge des détenteurs de cryptoactifs est aujourd'hui relativement basse : près de 70 % des investisseurs ont moins de 45 ans. Ce fossé générationnel laisse penser que le nombre de Français détenteurs de cryptoactifs est amené à augmenter de manière significative dans la décennie à venir.

Cette révolution numérique a ainsi confronté les juristes à de nouveaux enjeux et de nouvelles questions, spécialement les praticiens du droit patrimonial de la famille placés dans un contexte successoral ou matrimonial. Les cryptoactifs sont-ils des biens, au sens du droit civil ? Peuvent-ils être l'objet d'un droit patrimonial ? Sont-ils transmissibles, entre vifs ou à cause de mort ?

Qualification juridique - Question naguère débattue, la qualification juridique de ces actifs numériques doit être ici évacuée à titre liminaire. En effet, le législateur français s'est saisi de cette question à travers la loi PACTE du 22 mai 2019 qui en a consacré une définition à l'art. L. 54-10-1 c. mon. fin. Cet article opère une *summa divisio* entre les jetons - autrement dénommés *token* - et les cryptomonnaies.

Ainsi le **jeton** est-il juridiquement défini comme un « bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé » (1), telle une *blockchain*. Le jeton est alors un actif individualisé, donc non fongible, dont les *NFT (Non Fongible Token)*, dans le secteur du marché de l'art, sont aujourd'hui la forme la plus achevée. Plusieurs plateformes en ligne ainsi que certaines maisons de ventes aux enchères, dont Christie's et Sotheby's, proposent l'achat d'oeuvres d'art numérique sous forme de *NFT*.

Exemple - En mars 2021, une oeuvre de l'artiste américain Beeple, composée à partir d'un collage de cinq mille images numériques vectorielles, a été cédée sous la forme d'un jeton et adjugée par Christie's soixante-neuf millions de dollars.

Les **cryptomonnaies**, quant à elles, ne sont pas des devises ayant cours légal, ni même des instruments financiers. Rien n'interdit cependant de les utiliser comme des monnaies conventionnelles dans les échanges économiques. C'est du reste la qualification donnée par la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans un arrêt du 22 oct. 2015, analyse le Bitcoin comme un moyen de paiement libératoire entre des opérateurs économiques qui l'acceptent (2). Le législateur français en a donné une définition *sui generis* peu ou prou comparable à l'art. L. 54-10-1, 2°, c. mon. et fin. Ainsi les cryptomonnaies sont-elles définies comme « 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 ». Le Bitcoin, créé en janvier 2009 est aujourd'hui considéré comme l'une des monnaies virtuelles les plus utilisées dans le monde. Depuis, des monnaies concurrentes ont été mises en circulation, tels Ethereum ou encore Binance. On estime à plus de dix mille le nombre de cryptomonnaies aujourd'hui en circulation.

En contexte de séparation, et une fois évacuée la qualification, plusieurs questions pratiques demeurent, relatives à la preuve, à la valorisation et au partage de ces actifs d'un genre singulier.

1. La preuve

La première difficulté tient au recensement des actifs numériques, notamment en raison de la tentation de l'époux détenteur de cryptoactifs de les soustraire de la masse à partager.

Illustration pratique - Prenons l'exemple d'un couple, engagé dans une procédure de divorce contentieux et marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, à défaut de contrat de mariage reçu préalablement à leur union. Un notaire a été désigné en qualité d'expert, au stade des mesures provisoires, afin d'élaborer un projet de liquidation de leur régime matrimonial et de formation des lots à partager, conformément à l'art. 255, 10°, c. civ. L'épouse a connaissance d'investissements réalisés en Bitcoin par son conjoint qui nie pourtant détenir des monnaies virtuelles. Acquis pendant le mariage, ces cryptoactifs sont censés constituer des acquêts de communauté au sens de l'art. 1402, al. 1^{er}, c. civ. et devraient ainsi rejoindre la masse à partager. En pareil cas, quels moyens s'offrent à celui qui cherche à recenser les cryptoactifs de son conjoint ?

Recensement par la déclaration fiscale de revenus - La loi de finances pour 2019 a créé une nouvelle obligation déclarative : les comptes d'actifs numériques détenus à l'étranger doivent en principe être déclarés à l'administration fiscale, chaque année, au moment de la déclaration des revenus (3). Cette loi, modifiée récemment par la loi de finances pour 2023, a également soumis les plus-values de cessions d'actifs numériques à l'impôt : lorsque l'investissement est réalisé par un investisseur particulier, la plus-value est soumise au prélèvement forfaitaire unique (dit « *flat tax* ») ; lorsqu'il est réalisé par un investisseur professionnel, il est imposé au barème progressif de l'impôt (4). En pratique, les déclarations fiscales sont la première source de renseignements qui doit être consultée, à plus forte raison lorsque l'investisseur qui adopte une gestion dynamique de son portefeuille réalise plusieurs opérations d'achats-ventes chaque année, donnant lieu à l'imposition de plus-values. Mais quelle solution s'offre à l'époux dans l'hypothèse d'une absence de déclaration volontaire du contribuable ?

Inutilité de Ficoba - En pareil cas, il est évident que Ficoba est totalement inutile. Le notaire expert, autorisé par le juge à consulter ce fichier, ne pourra alors y trouver que les comptes bancaires et assimilés : comptes courants, compte d'épargne et comptes-titres. Or, les monnaies virtuelles ne sont pas détenues *via* des comptes bancaires classiques, mais acquises par l'intermédiaire de plateformes d'échanges. Ces prestataires de services d'actifs numériques assurent ainsi la conservation des cryptoactifs et leur accès, l'achat et la vente contre des monnaies ayant cours légal ou encore l'échange de cryptoactifs. Mais l'obligation déclarative ne s'impose ni à ces plateformes d'échanges ni aux différentes blockchains qui émettent des actifs numériques. La preuve est d'autant plus difficile à fournir qu'il existe un grand nombre de plateformes : en France, quatre-vingt-dix prestataires sont ainsi aujourd'hui enregistrés auprès de l'Autorité des marchés financiers. En pratique, il paraît évidemment impossible d'interroger tous les prestataires.

Preuve indirecte - Cette difficulté n'est pas propre aux cryptoactifs ; on la rencontre en effet également avec les contrats d'assurance vie. Chacun sait que Ficovie, créé en 2016, est d'une utilité très relative lorsque, dans un contexte de séparation, un époux dissimule un contrat d'assurance vie. En l'état, tous les contrats ne sont pas déclarés par les assureurs, loin s'en faut ; par ailleurs, seuls les contrats dont la valeur de rachat est supérieure à sept mille cinq cents euros doivent être déclarés. Le seul moyen est alors d'obtenir la communication des relevés bancaires de l'époux receleur afin de détecter des virements au bénéfice de compagnies d'assurance, lors de la souscription ou de l'abondement d'un contrat d'assurance vie.

La même méthode pourrait être utilisée pour les cryptoactifs dont l'acquisition suppose, en amont, un transfert de monnaies ayant cours légal. Dans le cadre d'une procédure d'incident, le conjoint pourrait alors demander au juge de la mise en état de condamner les établissements bancaires à communiquer les relevés de l'époux receleur. L'art. 138 c. pr. civ. permet en effet, en cours d'instance, d'obtenir la communication de pièces détenues par un tiers. Les relevés communiqués par les banques, dans la limite du délai de conservation de dix ans, pourraient ainsi permettre d'identifier des virements au bénéfice de prestataires de services d'actifs numériques. Ces derniers pourraient ensuite être interrogés par le notaire, voire condamnés par le juge de la mise en état à communiquer toutes les opérations réalisées par l'époux dissimulateur. En ce qui concerne plus particulièrement les Bitcoins, toutes les transactions sont traçables et conservées de façon permanente de sorte que l'historique complet des transactions attachées à telle ou telle adresse peut être communiqué à celui qui en fait la demande.

Mais ne nous voilons pas la face : l'enquête serait longue et nécessiterait, en pareil cas, deux procédures d'incident - l'une contre les établissements bancaires, l'autre contre la plateforme d'échanges. À supposer par ailleurs que le siège social de la plateforme d'échange soit situé à l'étranger (hypothèse plus que probable), l'exécution de la décision à intervenir serait d'autant plus difficile. Pour remédier à cette difficulté, le rapport du 117^e congrès des notaires proposait la création d'un carnet numérique de suivi du patrimoine qui permettrait notamment, sur le modèle d'une pratique québécoise, de regrouper les informations du patrimoine familial, notamment numérique (5).

2. La valorisation

En contexte de séparation, la seconde difficulté tient à la valorisation des actifs numériques, notamment lorsqu'il s'agit de cryptomonnaies soumises à de très fortes fluctuations.

Illustration pratique - Prenons l'exemple d'un couple marié sous le régime de la communauté légale. L'époux a acquis en cours d'union des Bitcoins qu'il souhaite se faire attribuer dans le cadre du partage. Se pose alors la question de la valorisation des actifs dans l'acte de liquidation-partage de la communauté. Cette question est délicate en raison de la volatilité du cours. Dans notre exemple, le conjoint a acquis les Bitcoins le 8 déc. 2018 alors que le cours était de 2 987 € ; le couple se sépare le 19 mars 2021, date à laquelle le cours du Bitcoin est de 48 647 € ; l'assignation en divorce est quant à elle délivrée le 25 juin 2021, le cours du jour étant finalement de 27 039 €. Le divorce est prononcé le 24 mars 2023 et les époux se rendent chez un notaire, le 23 juin 2023, pour envisager les conséquences liquidatives de leur divorce : ce jour-là, le cours du Bitcoin est de 27 944 €. L'épouse qui n'a pas vocation à se faire attribuer les actifs numériques, pourrait être tentée de demander le gel des valeurs à la date de la séparation en vue d'obtenir une soulté supérieure à celle qui aurait été la sienne si la valeur des cryptoactifs avait été arrêtée à la date la plus proche du partage.

Volatilité - Dans l'hypothèse d'un divorce contentieux, le divorce prend effet entre les ex-époux, concernant leurs biens, à la date de la demande en divorce. C'est l'une des innovations majeures de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, modifiant l'art. 262-1 c. civ. Par exception, l'art. 262-1, dern. al., prévoit un report de la date des effets du divorce à la date à laquelle les ex-époux ont cessé de cohabiter et de collaborer. Seulement, la rétroactivité issue de l'art. 262-1 c. civ. a uniquement pour objet la composition de la communauté et les pouvoirs des époux. Elle n'a pas d'influence sur l'évaluation des biens communs, laquelle doit être faite au jour le plus proche du partage. Les plus-values et les moins-values advenues depuis la dissolution du régime, si elles sont dues aux circonstances économiques, profitent ou nuisent à l'indivision. D'abord consacrée pour les partages successoraux, cette règle a été ensuite étendue au partage de la communauté⁽⁶⁾. Il est évident que cette règle doit être scrupuleusement respectée en présence de cryptomonnaies en raison de la volatilité du cours⁽⁷⁾.

Il existe, tout d'abord, un risque fiscal avéré, notamment si le droit de partage est assis sur un cours de marché très inférieur à celui du jour du partage. Plus encore, on relève un risque d'iniquité manifeste entre les copartageants dans l'hypothèse d'une importante fluctuation du cours entre la date de jouissance divise et la date du partage. Enfin, postérieurement au partage, le conjoint attributaire prend seul le risque d'une moins-value importante en cas de baisse significative du cours ou sera, à l'inverse, seul bénéficiaire d'une plus-value à très court terme.

Plusieurs solutions pratiques permettent de contourner ces difficultés, dans un contexte de séparation.

3. Le partage

Maintien dans l'indivision ou attributions divises ou identiques ? - Afin d'assurer une certaine équité, une première solution consisterait à attribuer, en jouissance divise, des lots identiques à chacun des copartageants (comme cela se pratique déjà pour les comptes titres). Cette solution permet alors d'éviter d'interminables débats sur la valorisation des actifs numériques et répartit sur les deux têtes les risques de moins-value ou la charge fiscale, en cas de plus-value. Malgré tout, si séduisante qu'elle puisse paraître, cette solution suppose l'existence d'un portefeuille de cryptomonnaies de même genre, ce qui est rarement le cas en pratique.

Une autre solution consisterait à l'inverse à maintenir les copartageants dans l'indivision. Mais c'est alors oublier que l'on ne divorce pas pour demeurer dans l'indivision sur certains biens (sauf de manière très temporaire, notamment pour des raisons fiscales).

Revalorisation de la soulté ou complément de part - Il existe également, dans le code civil, des mécanismes correcteurs qui peuvent être adaptés aux cryptoactifs. L'art. 828 c. civ. prévoit ainsi une revalorisation de la soulté lorsque le débiteur a obtenu un délai de paiement. En cas de paiement à terme et lorsque, par suite de circonstances économiques, la valeur des biens attribués au débiteur de la soulté a augmenté ou diminué de plus du quart depuis le partage, le montant de la soulté restant dû augmente ou diminue dans la même proportion. Sur le modèle de l'art. 828 c. civ., l'acte de partage pourrait, par exemple, contenir une clause de revalorisation de la soulté qui serait due par l'époux attributaire des cryptoactifs. Cette revalorisation proportionnelle permet de corriger partiellement les inconvénients attachés à la volatilité des actifs numériques. Naturellement, cette revalorisation doit être limitée dans le temps mais surtout conditionnée. Elle peut, par exemple, être conditionnée par la réalisation d'une plus ou moins-value, en cas de cession ultérieure des actifs par le conjoint attributaire afin de mutualiser les risques et les gains ; elle peut également être conditionnée par le franchissement d'un seuil : soit dès le premier euro de plus ou moins-value, soit dès le franchissement d'un seuil plus élevé, comme le prévoit du reste l'art. 828 c. civ. En l'absence de soulté (hypothèse malgré tout peu probable en pratique), l'acte de partage pourrait également

prévoir un complément de part dans un délai à déterminer afin de faire profiter d'une éventuelle plus-value de cession le copartageant qui n'a pas été attributaire des cryptoactifs.

Au fond, dans un contexte de séparation et au stade du partage des intérêts patrimoniaux, on trouve alors, dans le droit positif, des mécanismes qui sont conventionnellement adaptables aux actifs numériques.

Mots clés :

REGIME MATRIMONIAL * Liquidation * Actif numérique * Séparation

(1) C. mon. fin., art. L. 54-10-1¹, 1°, qui renvoie à l'art. L. 552-2 du même code.

(2) CJUE 22 oct. 2015, aff. C-264/14, *Skatteverket c/ Hedqvist*, D. 2015. 2251² ; Rev. crit. DIP 2020. 669, étude M. Audit³ ; RTD com. 2016. 830, obs. D. Legeais⁴ ; RTD eur. 2016. 77, obs. D. Berlin⁵.

(3) CGI, art. 1649 bis⁶ C.

(4) CGI, art. 154 VHbis.

(5) 117^e Congrès des notaires de France : *Le numérique, l'homme et le droit. Accompagner et sécuriser la révolution digitale* Nice, 2021, p. 501, n° 2754.

(6) Civ. 1^{re}, 16 juill. 1998, n° 96-21.011⁷, Bull. civ. I, n° 249 ; JCP 1999. I. 154, n° 13, obs. Tisserand ; Defrénois 1998. 1469, obs. Champenois ; Civ. 1^{re}, 19 janv. 1999, n° 96-21.150⁸, Bull. civ. I, n° 20 ; RTD civ. 2000. 613, obs. Vareille⁹ ; Civ. 1^{re}, 30 oct. 2006, n° 04-19.356¹⁰, Bull. civ. I, n° 446 ; JCP 2007. I. 142, n° 26, obs. Tisserand-Martin.

(7) En faveur également de l'évaluation des actifs numériques indivis à une date la plus proche du partage, v. A. Chamoulaud-Trapiers, Indivision et actifs numériques, SNH, à paraître.