

HCJP – projet de rapport sur le règlement MiCA

RÉUNION DU 21/02/2024

PLAN

- Introduction : Cadre du rapport
- 1. Définitions et champ d'application de MiCA
- 2. Les PSCA
 - Aspects patrimoniaux des crypto-actifs
 - Procédure d'agrément
 - Obligations des PSCA
 - Les services sur crypto-actifs
- 3. Les opérations sur crypto-actifs
 - ICO et admission à la négociation
 - Livre blanc
 - Obligations, droits et responsabilités dans le cadre d'une ICO

Le cadre du rapport

- Le HCJP en quelques mots

Le HCJP est un organisme de place indépendant qui réunit experts universitaires, de la justice, avocats et professionnels.

Les objectifs de cette entité sont de proposer des réformes favorisant la compétitivité juridique française, d'accompagner les autorités dans le cadre des négociations des textes européens et internationaux et de contribuer à la sécurité juridique en fournissant des réponses à des questions juridiques intéressant les acteurs financiers publics et privés.

Pour cela, les autorités demandent des avis juridiques à l'organisme.

Le cadre du rapport

Depuis quelques années, le HCJP s'intéresse aux innovations numériques et leurs impacts sur la réglementation financière et ses notions traditionnelles

En ce sens, plusieurs avis ont été rendus ou bien sont en cours de rédaction.

- Titre financier numérique
- MiCA
- DAO
- DIP
- DSP3
- Rapport monnaie

Le cadre du rapport

- L'AMF, l'ACPR et la DGT ont constitué un groupe au sein du HCJP afin d'anticiper l'entrée en application du règlement MiCA.
- Le groupe de travail ainsi nommé fut missionné en vue de proposer des modifications législatives et réglementaires.
- Le HCJP a désigné le Professeur Patrick Barban et Maître Hubert de Vauplane comme présidents du groupe.
- Les intervenants ont été répartis en deux-sous groupes. Le sous-groupe 1 s'est chargé de l'étude des prestataires de services de crypto-actifs tandis que le sous-groupe 2 avait la mission d'approfondir les opérations sur crypto-actifs.

1. Définitions et champ d'application MiCA

- Définition de registre distribué

Proposition : L'expression « technologie de registres distribués » du Règlement MiCA pourrait se substituer à l'expression « dispositif d'enregistrement électronique partagé » (article L. 211-3 CMF).

Observation : Le législateur français pourrait **maintenir certaines exigences** quant aux caractères du registre distribué lorsqu'il est utilisé pour inscrire des **titres financiers numériques nominatifs**.

- Définition des crypto-actifs

Proposition : **Aligner totalement les définitions du droit français sur celles du règlement MiCA.** Alors, les définitions de droit français devraient être supprimées.

Proposition : Inscrire, en droit français, **l'exclusion des bons de caisse et jetons utilitaires non-fongibles** du champ d'application de MiCA.

Proposition : Préciser que les crypto-actifs **ne constituent pas des biens divers**.

1. Définitions et champ d'application MiCA

- Définition d'émetteur de crypto-actifs

Observation : Deux interrogations concernant **l'attribution du statut d'émetteur** pour les crypto-actifs autres que des EMT (**considérant 20 du règlement MiCA**) :

- (i) aux personnes physiques ; et
- (ii) à des entités non personnifiées.

- Notion d'organe de direction

Proposition : Préciser la signification du terme « organe de direction » au sens du droit français.

1. Définitions et champ d'application MiCA

- Articulation entre l'exclusion des NFT de MiCA et la notion d'ONUM

Observation :

- (i) Absence de définition figée, en France, des ONUM ; et
- (ii) Exclusion des NFT, objet de futures précisions au niveau européen.

Proposition : Les problèmes d'articulation entre les ONUM et les crypto-actifs soumis au règlement MiCA devraient être pris en compte par le législateur en France.

- Impact des modifications des définitions sur la réglementation LCB-FT

Proposition : **Ne pas modifier à ce stade la substance des règles LCB-FT de droit français**, mais de seulement procéder à l'adaptation de la terminologie employée. **Remplacer le terme d'actif numérique par « crypto-actifs au sens de l'article 3.1(5) du règlement (UE) 2023/1114 du 31 mai 2023 sur les marchés de crypto-actifs ».**

1. Définitions et champ d'application MiCA

- Exclusion des relations intra-groupes du champ d'application de MiCA

Proposition : Clarifier l'**exemption des relations intra-groupes prévue par MiCA** en intégrant la **notion de « contrôle »** au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce lors de la transposition en Droit français. Cette clarification serait **conforme au considérant 12** du règlement.

Observation : Une clarification similaire eu lieu lors de la transposition de la directive MIF.

- Précision de l'exemption des autorités publiques des États-membres

Proposition : Exemption de l'État, la Banque de France, le Trésor public et potentiellement la Caisse des dépôts et consignations (pour son activité de conservation dans le cadre de crypto-actifs confisqués).

Observation : Une réflexion parallèle concernant le traitement des comptes de crypto-actifs en déshérences. A ce titre, il serait également nécessaire d'envisager une mise à jour de la Loi Eckert (Loi sur les comptes bancaires inactifs).

- Dispositions transitoires en matière d'actifs numériques

Proposition : Prendre une disposition légale de droit transitoire assurant, jusqu'en 2026 – fin de la période transitoire – un **traitement des crypto-actifs équivalent à celui des actifs numériques**, tant en ce qui concerne la régulation des acteurs que pour les opérations sur crypto-actifs.

2. Les prestataires de services de crypto-actifs

- Aspects patrimoniaux des crypto-actifs
 - Transfert de propriété : 3 modalités possibles
 - Par l'inscription sur une nouvelle adresse dans le registre distribué.
 - Par la remise des clés du portefeuille.
 - Par l'inscription dans les comptes d'un intermédiaire conservateur.

2. Les prestataires de services de crypto-actifs

- Aspects patrimoniaux des crypto-actifs

Observation :

- Deux problématiques peuvent être soulevées. La première a trait à l'application selon le Code civil du transfert de propriété en général. La seconde sur l'hypothèse où un conservateur transfère l'actif en mouvementant son registre interne.
- Incertitude au sujet de la protection du droit commun contre l'action en revendication du tiers-proprétaire.
- Le droit de gage général du créancier permet la saisissabilité des crypto-actifs en tant que bien meubles objets de propriété. Néanmoins, cette saisissabilité est mitigée.
- Différentes situations doivent être distinguées pour définir les règles applicables à la restitution des crypto-actifs en cas de défaut d'un conservateur :
 - i. L'intermédiaire est placé sous un régime d'insolvabilité ;
 - ii. L'intermédiaire commet une faute ou une erreur dans sa mission de conservation des crypto-actifs ;
 - iii. L'intermédiaire subit une fraude ;
 - iv. L'intermédiaire participe à une fraude ;
- La soumission des crypto-actifs à un régime patrimonial ad hoc :

Proposition : Un régime patrimonial spécifique aux crypto-actifs.

« Inspiré du régime des titres financiers, ce régime patrimonial spécifique aux crypto-actifs prévoirait que **le transfert de propriété des crypto-actifs résulterait de leur inscription dans le registre de tenue de position du conservateur** et que l'acquéreur de bonne foi est protégé contre l'action en revendication du propriétaire, assurant ainsi la négociabilité de ces actifs. Enfin, il est proposé de s'inspirer des règles de l'article L.211-10 du CMF (protection du titulaire du compte en cas d'ouverture de procédure collective) pour les marchés de crypto-actifs. Toutefois, le groupe de travail ne se prononce pas quant à l'opportunité de consacrer un tel régime. »

2. Les prestataires de services de crypto-actifs

- Aspects patrimoniaux des crypto-actifs
 - Garantie sur crypto-actifs :

Proposition : La création d'un régime distinct : le **nantissement de crypto-actifs**.

Création régime d'un régime distinct dédié au nantissement de crypto-actifs inspiré du nantissement de compte-titre (articles L. 211-20 et suiv. du CMF) .

L'exécution du nantissement par (i) des moyens traditionnels (remise en main propre ou courrier recommandé), (ii) par smart contract selon des modalités à fixer par décret.

« *Contrairement au nantissement de compte de titres financiers, les dispositions réglementaires relatives à la réalisation du nantissement sont déplacées dans la partie législative, du fait de caractère limité des précisions apportées par le texte. En effet, au regard de la grande variété des caractéristiques des crypto-actifs, de leurs modes et conditions de circulation (cotés ou non sur des plateformes), de détention et de valorisation, **il est apparu préférable de renvoyer à l'accord des parties le soin de définir le mode de réalisation du nantissement.** Cela aura pour conséquence, pour le créancier nanti, de s'assurer que les modalités de réalisation convenues ne requièrent pas un accord ultérieur ou toute forme de coopération de la part du constituant au moment de la réalisation. Cela étant, à titre de filet de sécurité, **si les parties n'ont pu se mettre d'accord, les modalités de réalisation sont fixées, par défaut, par un décret ou un arrêté.** »*

- L'extension au niveau européen du régime des garanties financières aux crypto-actifs :

Proposition : La modification du régime des garanties financières en l'absence de consensus, afin ce sujet soit abordé au niveau européen et ainsi de procéder à **l'extension de ce régime aux crypto-actifs**.

2. Les prestataires de services de crypto-actifs

- Obligations des PSCA

- Obligation d'agir de manière honnête, loyale, au mieux des intérêts des clients :

Proposition : La suppression des dispositions du RG AMF (sous réserve de certaines restrictions relatives à l'usage (i) du nom et de l'identification du prestataire, (ii) de la langue française, (iii) d'indications relatives aux performances passées du crypto-actifs et (iv) du nom de l'AMF à des fins commerciales).

- Exigences prudentielles :

Proposition : La suppression des dispositions françaises.

Observation : La divergence entre le droit positif français et le règlement MiCA quant aux modalités de calcul des frais généraux fixes.

- Dispositif de gouvernance :

Proposition : Le droit français précise la façon dont sera mise en œuvre l'exigence d'absence de casier judiciaire relatif à des condamnations et sanctions tirées du droit commercial.

- Garde des crypto-actifs et des fonds des clients :

Observation : La distinction entre la garde et la conservation des crypto-actifs se comprend aisément et souligne que ce double dispositif est bénéfique pour l'investisseur en crypto-actifs.

- Détection, prévention et gestion des conflits d'intérêts :

Proposition : La suppression de l'article 721-9 du RG AMF relatif aux procédures afin de détecter, prévenir, gérer et communiquer les conflits d'intérêts.

- Externalisation :

Proposition : La suppression de l'article relatif à l'externalisation (722-2 du RG AMF) au profit de l'article 73 MiCA. A contrario, le groupe souhaite que soit conservé les autres mentions de l'externalisation comme dans le Q&A de l'AMF.

2. Les prestataires de services de crypto-actifs

- Les services sur crypto-actifs

- La portée des périodes transitoires prévues par MiCA :

Proposition : Ouverture de la procédure d'agrément simplifiée aux PSAN enregistrés conformément au droit français et non seulement aux PSAN agréés.

- Équivalence entre les services sur actifs numériques (PACTE) et les services sur crypto-actifs (MiCA) :
- Interaction avec la réglementation relative à la monnaie électronique et les services de paiement

Observation : Absence de consensus sur la qualification ou l'assimilation des jetons de monnaie électronique à la monnaie électronique.

Proposition : Accord pour considérer que l'article D. 315-2 du CMF relatif à la valeur monétaire maximale stockée sous forme électronique à 10.000 € et au montant maximum de recharge et de retrait en espèces de 1.000€ **n'est pas applicable** au cas d'EMT / ART.

Proposition : Permettre à des personnes physiques ou morales de conserver en self-custody leurs EMT, pour autant qu'un organisme assujetti à des obligations en matière de LCB-FT situé en France ou équivalent ait attesté que l'adresse DLT utilisée correspond bien à une identité vérifiée, et que les opérations puissent être attribuées à ces identités vérifiées (Ajout à l'article L. 112-6 du CMF).

3. Les opérations sur crypto-actifs

- L'offre au public de jetons ou l'admission à la négociation sur une plateforme
 - Entités pouvant réaliser une offre au public ou demander l'admission à la négociation sur une plateforme :
 - Les « autres entreprises » émettrices ou entités sans personnalité juridique (« **DAO** ») et (« **OPC** ») selon le groupe.

Observation : Mise en lumière de la problématique des DAO et invitation à se référer aux résultats à venir d'un prochain groupe de travail du HCJP sur le sujet.

- Modalités d'exemptions de MiCA :

le groupe de travail relève qu'il coexistera trois types d'offre au public de jetons utilitaires : (i) le régime « complet », (ii) le régime allégé, et (iii) les offres exclues de MiCA.

- Réseau limité d'accepteur :

Proposition : « Proposer aux autorités européennes ou nationales compétentes d'apprécier le bénéfice de l'exclusion des jetons de réseau limité en s'inspirant des dispositions de la directive DPS2, notamment au regard du critère de l'existence d'un réseau limité d'accepteurs ; » et donc de considérer que les jetons s'inscrivant dans un réseau limité sont exclus du champ d'application du règlement MiCA.

« Proposer aux autorités européennes de **publier des lignes directrices sur la notion de « réseau qui s'étend »** en reprenant les hypothèses de modifications/évolutions substantielles du réseau limité décrits dans les Orientations de l'EBA sur les réseaux limités de la DSP 2 (Paragraphe 6.6 des Orientations EBA) »

- La suppression des dispositions du RG AMF et du CMF issues de la loi PACTE :

Proposition : La suppression complète des dispositions issues de la loi PACTE, ou le maintien de ces dispositions sous réserve de leur réécriture aux fins d'y inclure les éléments procéduraux nécessaires à l'application du règlement MiCA.

3. Les opérations sur crypto-actifs

- Contenu et modalités de publications du livre blanc et des communications promotionnelles

Proposition : Interroger les autorités européennes pour envisager d'obtenir des clarifications en particulier sur le contenu du résumé. De manière générale, des précisions sont souhaitées afin d'assurer une certaine homogénéité dans le contenu des livres blancs.

- Obligations, droits et responsabilité dans le cadre d'une offre au public de jetons

Observation : Sur l'obligation de loyauté, deux approches sont retenues.

D'un coté, l'obligation générale serait en pratique très compliquée à mettre en œuvre. De l'autre, selon une approche extensive, les règles spécifiques applicables au livre blanc s'appréhende conformément à la jurisprudence en matière de services d'investissement.

Proposition : Clarification de ce point d'attention par les autorités européennes.

- Les exclusions spécifiques du droit de rétractation

Proposition : soit :

- (i) Une modification de la loi française pour exclure les contrats résultants d'une offre de crypto-actifs ; ou
- (ii) L'affirmation du caractère de droit spécial de l'article relatif au droit de rétractation (Art.13 du règlement MiCA) pour régler le potentiel conflit de normes.

- La responsabilité des offreurs

Observation : La jurisprudence relative à l'indemnisation des souscripteurs de crypto-actifs ne saurait se construire par analogie avec celle en matière d'instruments financiers.