

9 « NFT » : trois lettres déclinées au secteur de l'art



Vincent VARET,
avocat, docteur en droit,
associé Varet Près Killy,
société d'avocats



et Xavier PRÈS,
avocat, docteur en droit,
associé Varet Près Killy,
société d'avocats

Le NFT (« *Non-Fungible Token* ») est, comme sa traduction l'indique, un jeton non fongible généré informatiquement. Dans le domaine de l'art, le NFT est associé à une œuvre d'art. Pour autant, le jeton n'est pas l'œuvre ; il est ce qui permet d'identifier l'auteur de l'œuvre et de rattacher cette dernière à son propriétaire ou du moins à celui qui a émis le jeton ou qui l'a acquis. Associé à une œuvre, le NFT n'en entretient pas moins des relations étroites et bien réelles avec la propriété intellectuelle. L'article en donne des exemples et pose quelques pistes de réflexion en attendant une éventuelle régulation.

1 - Pas un jour ne s'écoule sans que la presse, grand public ou spécialisée, ne publie un article sur le sujet. Le phénomène a pris une ampleur inédite avec la vente record, le 11 mars 2021, d'une œuvre numérique par un artiste jusqu'alors inconnu du grand public, à savoir « *Everyday : the First 5 000 days* » de l'artiste Beeple (alias Mike Winkelmann). L'œuvre représentant un monumental collage virtuel a été adjugée 69,3 millions de dollars lors d'une vente en ligne organisée par Christie's, soit le troisième prix le plus élevé pour un artiste vivant, après Jeff Koons et David Hockney.

La genèse des NFT Art reste à établir : d'aucuns considèreraient que l'histoire aurait débuté lorsque l'entrepreneur Anil Dash et l'artiste numérique Kevin McCoy's ont créé, en 2014, le tout premier NFT après avoir constaté que nombre de créations numériques (images, vidéos, photos) circulaient sans que leurs auteurs n'en soient crédités. Depuis, les NFT Art sont partout : les plus grands noms s'y mettent comme les artistes Damien Hirst, Shepard Fairey, Kaws, Murakami ou Jenny Holzer, ou les musées comme l'Hermitage ou encore le British museum. Et les œuvres contemporaines sont même transformées en NFT pour nourrir le marché des enchères. D'ailleurs, la loi n° 2022-267 du 28 février 2022¹ vient de modifier l'article L. 230-1 du Code de commerce pour permettre la vente aux enchères publiques de biens meubles incorporels, ce qui inclut les NFT. Bref, l'engouement est total. Leur importance dans le marché de l'art ne saurait toutefois être surestimée. Les ventes en ligne d'œuvres cryptées en NFT seraient estimées en 2021 à 2 % du marché global selon le dernier rapport d'Artprice d'octobre 2021.

1. NFT Art : NFT et création

A. - NFT Art : juridiquement, qu'est-ce que c'est ?

2 - Pour répondre à cette question, il est utile de faire un détour par le monde physique. Dans ce monde-là, une œuvre d'art est à la fois un bien corporel (meuble – une peinture, une sculpture – ou immeuble – une œuvre architecturale), du moins lorsqu'il existe un support tangible, et un bien meuble incorporel, à savoir une création immatérielle faisant l'objet d'un droit de propriété intellectuelle exclusif et opposable à tous, lorsque cette œuvre consti-

tue une création de forme originale protégée, à ce titre, par le droit d'auteur. Le droit de propriété corporelle porte sur le support de l'œuvre, tandis que le droit de propriété intellectuelle porte sur l'œuvre de l'esprit, création immatérielle « incorporée » à ce support. Ces deux droits ne se confondent pas. Le Code de la propriété intellectuelle l'énonce clairement : « *La propriété incorporelle (...) est indépendante de la propriété de l'objet matériel* » (CPI, art. L. 111-3).

Autrement dit, le titulaire du support d'une œuvre d'art ne saurait pour autant l'exploiter (i.e. la reproduire et la représenter) sans obtenir préalablement l'autorisation du ou des titulaires des droits d'auteur sur l'œuvre elle-même. Pour les œuvres d'art graphiques et plastiques, la valeur de l'œuvre réside en grande partie dans celle de son support, les deux étant indissociables. C'est au demeurant si vrai que le droit de suite, qui permet à un auteur de « suivre » son œuvre et d'obtenir, lors de la revente de son support matériel par un professionnel du marché de l'art, un pourcentage du prix de cette vente, a été institué précisément pour compenser les faibles recettes tirées par l'artiste du droit de reproduction et de représentation permettant d'exploiter l'œuvre immatérielle, ses ressources provenant essentiellement de la vente initiale du support incorporant celle-ci (le tableau, la sculpture).

3 - Dans l'univers numérique, le support de l'œuvre n'a pas de valeur spécifique en ce qu'il est reproductible à l'infini, à l'identique et à peu de frais ; il est parfaitement interchangeable. Pour lui (re) donner une valeur, il faut le rendre unique. Comment ? Au moyen d'un NFT ou « *Non-Fungible Token* », soit en français « *jeton non fongible* ». Une chose non fongible est un bien qui se définit par ses caractéristiques propres et qui n'est donc pas interchangeable ; il est unique, ainsi que l'est, notamment... une œuvre d'art dans le monde physique (par exemple, la Joconde). De là à dire que le NFT est à l'œuvre numérique ce qu'une peinture ou une sculpture est à l'art « physique » il y a un pas, qui ne saurait être franchi sans nuance.

4 - Précisément parce que le NFT n'est pas l'œuvre elle-même. Le NFT est un jeton, qui certes présente la caractéristique d'être non fongible, mais qui reste un jeton (ou « *token* »). Or l'article L. 552-2 du Code monétaire et financier énonce que : « *Constitue un jeton tout bien incorporel qui représente sous forme numérique un ou plusieurs droits qui peuvent être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement le*

propriétaire dudit bien ». C'est donc un bien (...) qui représente (...) un ou plusieurs droits et qui permet d'identifier son propriétaire.

Le jeton n'est donc pas l'œuvre ; il est ce qui permet d'identifier l'auteur de l'œuvre et de rattacher l'œuvre à son propriétaire ; il garantit aussi, en principe, l'unicité du fichier auquel il est associé (ce qui n'exclut pas que celui-ci soit dupliqué, mais le nouveau fichier ainsi créé ne sera pas identifié comme « l'original »).

Le jeton est donc un « titre » numérique qui permet d'identifier le propriétaire d'un bien ou le titulaire d'un droit, soit, dans le domaine de l'art, l'équivalent d'« un certificat d'authenticité » pour reprendre l'expression employée par le professeur Edouard Treppez lors d'un colloque organisé sur le sujet par l'institut Art & Droit².

B. - NFT Art : techniquement comment ça marche ?

5 - Techniquement, un jeton est généré par un *smart contract*, c'est-à-dire un ensemble de règles contenu dans un programme informatique en permettant l'exécution. Ces programmes informatiques sont exécutables sur des dispositifs technologiques de type *blockchain* (ou « chaînes de blocs »), permettant d'enregistrer des informations sur un registre décentralisé, distribué à l'identique sur une multitude d'ordinateurs, sans hiérarchie entre eux (« *peer to peer* »), de manière en principe immuable et constamment actualisée.

La *blockchain* contient ainsi à la fois le jeton non fongible (et donc unique en ce qu'il correspond à un identifiant unique), généré par un *smart contract*, et une adresse (de type Ethereum ou Solana par exemple) à laquelle le jeton est associé. La circulation du jeton est réalisée par le transfert du jeton d'une adresse à une autre, chaque opération ayant un numéro de transaction unique (ou « *hash* »), lequel permet de retrouver la transaction et les informations y afférentes (date, montant, adresse d'expédition et de réception). Les transactions s'opèrent sur des plateformes (ou « *marketplaces* » telles que OpenSea, Foundation, Rarible, SupRare, CoinBase NFT, etc.), via des portefeuilles numériques (ou « *wallet* », dont le plus utilisé est Metamask), comprenant des crypto-monnaies (Ether ou bitcoin) et des NFT.

Mais l'œuvre numérique elle-même n'est la plupart du temps pas enregistrée dans la *blockchain*, mais sur un serveur hors-chaîne. Elle est en effet stockée dans un fichier de type image, vidéo ou de métadonnées (comprenant les éléments caractéristiques de l'œuvre : son titre, sa description, ses propriétés, etc.) et reliée à la *blockchain* via une adresse url contenue dans le *smart contract*. De sorte que si les informations circulant dans la *blockchain* bénéficient des qualités attachées à cette technologie, réputée infalsifiable, il n'en est pas de même de l'œuvre numérique elle-même dès lors qu'elle est hors-chaîne.

Cet inconvénient réel, qui peut conduire à la disparition de l'œuvre (suppression volontaire du fichier, destruction du serveur par incendie, etc.) tend toutefois à s'estomper avec de nouveaux dispositifs techniques (de type « IPFS » pour « *InterPlanetary File System* ») qui permettent d'enregistrer l'œuvre via des protocoles d'hébergement décentralisés rendant toute opération de suppression ou de modification plus difficile.

2. NFT Art : de la création... à la contrefaçon

A. - NFT Art : le droit d'auteur a-t-il vocation à s'appliquer ?

6 - Le droit d'auteur a naturellement vocation à s'appliquer aux NFT Art, à condition qu'ils en remplissent les conditions de protection. Certes, aucune disposition du Code de la propriété intellectuelle n'envisage expressément les NFT, mais ce silence n'est nullement un obstacle à l'application des règles existantes. Le droit d'auteur est au demeurant habitué à étendre son emprise à des œuvres ou techniques développées postérieurement aux règles légales en vigueur. Cela a été le cas naguère de la photographie, du cinématographe, du phonographe, de la télévision, de la radio-diffusion. Cela a encore été le cas plus récemment avec les programmes d'ordinateur, les bases de données informatiques, ou encore le réseau Internet.

7 - Les NFT n'y échappent pas, pas plus que demain les œuvres qui seront réalisées dans les *métavers*³. En l'occurrence, l'œuvre numérique sera protégée au titre du droit d'auteur dès lors qu'elle en réunit les conditions, à savoir s'il s'agit d'une création de forme originale, originalité et forme étant les deux seules conditions d'accès à cette protection. L'auteur de l'œuvre numérique associée à un NFT bénéficiera ainsi des prérogatives morales (droit de divulgation, droit à la paternité, droit au respect et droit de retrait et de repentir) et des patrimoniales (notamment droit de reproduction et de représentation ou communication au public, droit de distribution) reconnues par la loi aux auteurs d'œuvres de l'esprit ; du point de vue du droit d'auteur, la seule spécificité de l'association de l'œuvre à un NFT est que ce dernier facilitera la preuve de sa titularité.

Rien de nouveau donc, sauf à mentionner, d'une part, que les NFT n'identifient pas toujours une œuvre de l'esprit protégée au titre du droit d'auteur (le jeton peut porter sur des éléments banals ou relevant du fond commun, c'est-à-dire non protégeables) et, d'autre part, qu'une œuvre numérique peut elle-même violer les droits d'un tiers, dans le cas où par exemple elle serait contrefaisante. La création d'une œuvre numérique associée à un NFT ne saurait donc conduire son auteur à s'affranchir des règles applicables, et notamment du droit d'auteur, au seul motif de son caractère immatériel et de sa circulation sur la *blockchain*. Sauf à l'apprendre à ses dépens, puisque de la même manière que le NFT permet d'identifier l'auteur d'une œuvre, il permet tout autant d'identifier l'auteur de la contrefaçon si l'œuvre en est une.

8 - L'une des questions qui, en revanche, se pose est celle de savoir si les transactions sur le NFT qui s'opèrent sur la *blockchain* sont ou non soumises au droit d'auteur.

En premier lieu, on pense au **droit de suite**, dès lors que les NFT Art sont aujourd'hui dans une large mesure un phénomène spéculatif, qui implique des opérations de revente successives. Selon l'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle : « *Les auteurs d'œuvres originales graphiques et plastiques ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen bénéficient d'un droit de suite, qui est un droit inaliénable de participation au produit de toute vente d'une œuvre après la première cession opérée par l'auteur ou par ses ayants droit, lorsque intervient en tant que vendeur, acheteur ou intermédiaire un professionnel du marché de l'art. Par dérogation, ce droit ne s'applique pas lorsque le vendeur a acquis l'œuvre directement de l'auteur moins de trois ans avant cette vente et que le prix de vente ne dépasse pas 10 000 €* ».

Au regard de ces dispositions, la revente d'une œuvre numérique, graphique ou plastique, associée à un NFT devrait donc être

2. Institut Art & Droit, Colloque « NFTs et marché de l'art », 18 oct. 2021.

3. V. dans ce numéro RPPI 2022, dossier 10.

soumise au droit de suite dès lors qu'il s'agit d'une œuvre « originale » au sens de ce texte, à savoir s'il s'agit d'une « œuvre créée par l'artiste lui-même » ou d'« exemplaires exécutés en quantité limitée par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité ». Autrement dit, le droit de suite s'applique aux œuvres existant en un exemplaire unique ou en un nombre d'exemplaires limités autorisés par l'auteur. Or le NFT a précisément pour objet de distinguer un exemplaire unique ou des exemplaires « numérotés », des copies numériques illimitées. Que le fichier numérique ne soit pas créé par l'artiste lui-même, s'il n'a pas de compétence informatique par exemple, n'est pas un obstacle, dès lors que l'œuvre est créée « par l'artiste (...) ou sous sa responsabilité », soit directement, soit indirectement lorsque, par exemple, l'œuvre aura été créée dans le monde physique avant d'être traduite en langage informatique. Pour autant, le fichier numérique correspond-il à la notion d'« original » au sens du droit de suite ? La réponse nous semble positive, dès lors que l'article R. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle vise les « créations plastiques sur support audiovisuel ou numérique » (et ce dans la limite de 12 exemplaires).

En définitive, la seule hésitation quant à l'application de l'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle a trait à son exclusion lorsque « le prix de vente ne dépasse pas 10 000 € ». Le texte fait ainsi référence à des transactions opérées en euros. S'applique-t-il lorsque la transaction n'est pas réalisée dans cette monnaie fiduciaire mais via des crypto-monnaies ? Cela ne paraît pas un obstacle rédhibitoire, dès lors que ces dernières peuvent être converties en euros. Quoiqu'il en soit, en pratique, ces hésitations sont souvent balayées lorsque le *smart contract*, qui génère le NFT, prévoit dans son code informatique un dispositif équivalent au droit de suite en assujettissant toute revente du NFT à l'attribution, au profit du créateur de l'œuvre, d'une quote-part de son prix de vente. Ce droit de suite contractuel, rendu efficient par une ligne de code, n'épuise toutefois pas la question de l'application du droit de suite légal, dès lors que ce dernier constitue une disposition impérative, l'artiste ne pouvant y renoncer, lorsque les conditions en sont réunies. À ce titre, la toute récente modification de l'article L. 230-1 du Code de commerce, visant à autoriser la vente aux enchères de biens meubles incorporels, devrait susciter rapidement l'application effective du droit de suite légal à des NFT Art.

9 - En second lieu, dès lors que l'on admet que la revente d'un NFT associé à une œuvre graphique ou plastique peut être soumise au droit de suite, il faut également répondre par l'affirmative à une autre question que posent les NFT associés à une création immatérielle protégée par le droit d'auteur. Cette question est celle de savoir si, au-delà des œuvres graphiques et plastiques, la revente d'un NFT associé à une œuvre protégée par le droit d'auteur est soumise au **droit de distribution**, qui permet au titulaire de ce droit d'autoriser ou interdire la commercialisation par la vente d'exemplaires de son œuvre. Ce droit, conçu dans l'univers matériel, a pour particularité de s'épuiser après son premier exercice par son titulaire. Autrement dit, ce dernier peut seul autoriser la première mise en vente des exemplaires de son œuvre ; mais, ceux-ci, une fois commercialisés avec son autorisation, doivent pouvoir circuler librement dans l'Espace économique européen, et donc être revendus, sans qu'il puisse s'y opposer (sous réserve du jeu du droit de suite pour les œuvres d'art uniques ou en exemplaires limités (v. *supra*)).

Cette règle, dite de « l'épuisement du droit de distribution » (CPI, art. L. 122-3-1), a été conçue pour concilier le droit d'auteur et la libre circulation des marchandises, c'est-à-dire les supports matériels des œuvres (livres papier, CD, DVD, etc.), au sein du marché unique européen. Concrètement, elle permet que l'acquéreur d'un livre, d'un vinyle ou d'un DVD, fabriqué avec l'autorisation de l'auteur de l'œuvre qui y est incorporée, puisse le revendre librement lorsqu'il n'en a plus l'usage.

10 - L'extension de cette règle à l'univers numérique a fait l'objet de débats acharnés : en synthèse, la Cour de Justice de l'Union européenne a admis son application aux logiciels dématérialisés

(i.e. commercialisés par voie de téléchargement, le fichier ainsi obtenu et la clé de licence associée pouvant être « revendus » par leur « acquéreur » sans que le titulaire du droit d'auteur puisse s'y opposer⁴ ; mais l'a exclu pour les livres numériques et, *a priori*, les autres œuvres, en sorte que la « revente » d'un livre numérique d'occasion est subordonnée à l'autorisation du titulaire du droit d'auteur y afférent⁵.

Selon la Cour de Justice, en effet, l'offre de téléchargement du fichier numérique d'une œuvre protégée (photo, livre, musique, film), hors le cas particulier des logiciels, relève du droit de communication au public (CPI, art. L. 122-2), lequel, contrairement au droit de distribution, ne s'épuise pas avec son premier usage. Autrement dit, le titulaire du droit d'auteur conserve la faculté d'autoriser ou d'interdire chaque « revente » des fichiers numériques incorporant son œuvre. Outre sur des arguments d'ordre téléologique (telle aurait été la volonté des rédacteurs de la directive 2001/29 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, qui régit la matière⁶, la solution est fondée notamment sur le constat, factuel, énoncé au début de cet article, que dans l'univers numérique, les fichiers se transmettent en se dupliquant, autrement dit en étant reproduits : le détenteur initial du fichier incluant une œuvre (roman, album, film), qui le « revend », ne se dessaisit pour autant pas du sien ; il en transmet seulement une copie, que son détenteur peut à son tour dupliquer pour en transmettre une nouvelle copie à un tiers tout en conservant la sienne, et ainsi potentiellement à l'infini. On conçoit que, dans un tel contexte, le titulaire du droit d'auteur soit légitime à conserver le contrôle et donc à subordonner à son autorisation la réalisation de celles de ces copies qui ne resteraient pas cantonnées à la sphère strictement privée, mais seraient au contraire commercialisées.

11 - Or, les NFT changent la donne : en effet, on l'a vu, chaque NFT garantit l'unicité du fichier numérique de l'œuvre à laquelle il est associé. Par suite, comme on l'a fait pour le droit de suite, on peut admettre que la revente d'un NFT associé à une œuvre d'art, qui, rappelons-le, est un titre identifiant son propriétaire et lui garantissant l'accès à l'œuvre en cause, soit assimilable à la vente d'un exemplaire matériel de cette œuvre. Il devrait donc, alors, relever du droit de distribution et non du droit de communication au public, en sorte que chaque acquéreur successif pourrait le revendre sans que le titulaire du droit d'auteur puisse s'y opposer. Les enjeux sont loin d'être théoriques : dans le domaine des arts graphiques et plastiques, la solution qui vient d'être esquissée rend juridiquement possible de revendre sans autorisation du titulaire du droit d'auteur des NFT associés à une même œuvre (chaque NFT étant associé à un fichier de cette œuvre), indépendamment de la condition de leur existence en « quantité limitée », exigée pour l'application du droit de suite.

Au-delà, elle favorise l'émergence de nouvelles pratiques commerciales dans le monde de la musique et de l'audiovisuel : ainsi, le groupe de rock *Kings of Leon* a commercialisé en mars 2021 son dernier album notamment sous forme de NFT, chacun d'entre eux donnant accès, outre à l'album lui-même, à sa pochette ainsi qu'à des places de concert VIP. Et le rappeur Booba a récemment commercialisé le clip d'une de ses chansons sous forme de 25 000 NFT. Si, comme nous le pensons, la commercialisation de ces NFT relève du droit de distribution, leurs primo-acquéreurs pourront les revendre librement, sans que l'opération soit subordonnée à l'autorisation des créateurs en cause.

4. CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft* : *Comm. com. électr.* 2012, *comm.* 106, note Ch. Caron.

5. CJUE, 19 déc. 2019, aff. C-263/18, *Tom Kabinet*.

6. PE et Cons. UE, dir. 2001/29/CE, 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : JOUE n° L 167, 22 juin 2001.