

ACTES DU COLLOQUE

LA RÉGLEMENTATION DES NFTS D'ŒUVRES D'ART EN QUESTION (S)

Direction :
Blanche Sousi,
Professeur émérite de l'Université Jean Moulin Lyon 3

Organisé le 16 décembre 2022
à l'auditorium de l'ADAGP – Paris

@dagp
Pour le droit des auteurs

ACTES DU COLLOQUE

LA RÉGLEMENTATION DES NFTS D'ŒUVRES D'ART EN QUESTION (S)

Direction scientifique :

Blanche Sousi, professeur émérite de l'Université Jean Moulin Lyon 3

Vendredi 16 décembre 2022

Auditorium de l'ADAGP – Paris 

Groupe de travail préparatoire

« NFTs et marché de l'art »

Coordination : Blanche Sousi

Commission : Technique informatique

Co-présidents : Richard Baron, Maître de conférences en informatique à l'Université de Saint Etienne et Matthieu Quiniou, Maître de conférences en Sciences de l'Information et de la Communication à l'Université Paris 8 (Laboratoire Paragraphe) , Avocat, cabinet Legal Brain.

Commission : Droit d'auteur

Co-présidents : Jean Lapousterle, Professeur à l'Université Paris-Saclay, Directeur du CERDI, et Vidal Serfaty, Maître de conférences à l'Université Paris-Cergy (CY), membre associé du CERDI.

Rapporteur : Hélène Dupin, Avocate à la Cour, Fondatrice du cabinet HDA, assistée de Pierre Hutt, Avocat à la Cour, Cabinet Hélène Dupin Avocats (HDA).

Commission : Fiscalité

Président : Régis Vabres, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3.

Rapporteur : Yonas Nielsen, Tax Associate – International Tax, Mazars (Luxembourg).

Commission : Droit des contrats, droit de la consommation

Co-présidents : Françoise Labarthe, Professeur à l'Université Paris – Saclay, membre du CERDI, et Luc-Marie Augagneur, Avocat associé Cornet Vincent Ségurel.

Rapporteur : Marie-Hélène Vignes, Avocate au barreau de Paris.

Commission : Réglementation européenne

Présidente : Blanche Sousi.

AVANT-PROPOS

LES ENVAHISSEURS p. 9

Gérard Sousi, *Président de l'Institut Art & Droit.*

I - LE RÈGLEMENT EUROPÉEN MiCA ET LE SORT DES NFTs D'OEUVRES D'ART p. 13

- Une future réglementation européenne (ou française) spécifique aux NFTs d'oeuvres d'art ? p. 15

Blanche Sousi *, *Professeur émérite de l'Université Jean Moulin Lyon 3*
Chaire Jean Monnet ad personam de droit bancaire et monétaire européen

- Les qualifications juridiques in concreto des NFTs dans l'art et l'enjeu du cumul de qualifications : perspectives franco-européennes p. 23

Matthieu Quiniou*, *Maître de conférences en Sciences de l'Information et de la Communication à l'Université Paris 8 (Laboratoire Paragraphe),*
Avocat, cabinet Legal Brain

- MiCA vs NFT vs Séries p. 29

Frédéric Steimer, *Administrateur de la Fédération de l'art urbain*,*
Directeur général et directeur artistique de Divenci

II – NFTs D'OEUVRES D'ART, DROIT DES CONTRATS, DROIT DE LA CONSOMMATION p. 35

- Introduction interrogative p. 37

Françoise Labarthe, *Professeur à l'Université Paris-Saclay, Membre du CERDI **
Co-président du Comité scientifique de l'Institut Art & Droit

- Les NFTs et le marché de l'art p. 43

Laurence Mauger-Vielpeau*, *Professeur de droit à l'Université de Caen-Normandie*

- La protection des consommateurs pour l'achat de NFTs sur les places de marché : l'évolution annoncée par le Règlement sur les Services Numériques (DSA) p. 49

Luc-Marie Augagneur*, *Avocat associé Cornet Vincent Ségurel*

III – L'APPLICATION DU DROIT D'AUTEUR AUX NFTs D'OEUVRES D'ART p. 59

- Le NFT et la notion d'oeuvre de l'esprit : entre non-fongibilité et coexistence p. 61

Vidal Serfaty, *Maître de conférences à l'Université de Paris-Cergy (CY),*
*Membre Associé du CERDI **

- NFTs et garantie d'authenticité p. 69

Hélène Dupin, *Avocate à la Cour, Fondatrice du cabinet HDA **

* Membre de l'Institut Art & Droit.

- NFTs et droits patrimoniaux d’auteur p. 73

Jean Lapousterle, *Professeur de droit privé, Université Paris-Saclay, Directeur du CERDI **

- L’application du droit moral aux NFTs d’oeuvres d’art p. 81

Pierre Hutt, *Avocat à la Cour, Cabinet Hélène Dupin Avocats HDA **

- La question du droit de suite p. 85

Elodie Berthier, *Responsable du service Droit de suite et Marché de l’art de l’ADAGP* (société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques)*

- NFT : l’enjeu des successions p. 91

Samuel Auger*, *Notaire associé à Paris, Victoires Notaires associés*

IV - LE TRAITEMENT FISCAL DES NFTs D’OEUVRES D’ART p. 101

- La fiscalité des NFTs sous l’angle du droit comparé p. 103

Yonas Nielsen*, *Tax Associate – International Tax, Mazars (Luxembourg)*

- La fiscalité pour l’investisseur p.107

Régis Vabres*, *Agrégé des facultés de droit, Professeur à l’Université Jean Moulin Lyon 3
Directeur du Master Droit des affaires et fiscalité / DJCE*

- Le régime des NFTs d’oeuvres d’art sous l’angle de la TVA p. 111

Jacques Fingerhut*, *Avocat au barreau de Paris, Docteur en droit*

* Membre de l’Institut Art & Droit.

AVANT-PROPOS

LES ENVAHISSEURS

Gérard Soussi

Président de l'Institut Art & Droit

Les NFTs sont là ! Ils ont débarqué en force en 2018. David Vincent les a rencontrés par une nuit sombre, en naviguant sur la blockchain alors qu'il cherchait un chemin sur le web lui permettant de créer un certificat d'authenticité d'un fichier numérique...

En 2021, le nombre de NFTs a explosé et ils ont envahi tout le monde virtuel en général et le marché de l'art en particulier : artistes, galeries d'art, marchands, maisons de ventes, musées... Mais ces envahisseurs ne font pas peur, ils ne sont pas dangereux (quoique...) et ils sont accueillis à bras ouverts. Ce sont des amis que tout le monde s'arrache car ils apparaissent prometteurs de progrès numérique et surtout de gain financier.

Des plateformes d'achats et ventes, dites *NFTs marketplaces*, leur ouvrent leurs portes et favorisent leur multiplication et leur utilisation.

Mais cet engouement spontané pour ces envahisseurs ne va pas sans poser questions. Que sont-ils ? Une réalité juridique ? Un nouveau jeu virtuel ? Un instrument spéculatif ? Une technique de blanchiment ? Un miroir aux alouettes ? Un effet de mode ? Une opportunité, une chance, un avenir pour les artistes et le marché de l'art ?

Et du point de vue juridique et fiscal, comment les appréhender ? Les définir ? A quel régime juridique les soumettre ? Faut-il les réglementer ?

L'Institut Art & Droit est l'un des premiers laboratoires juridiques à avoir fait une priorité de l'étude des NFTs, et plus précisément des problématiques générées par la création des NFTs d'œuvres d'art.

C'est ainsi que le 2 juin 2021, l'Institut Art & Droit organisait en partenariat avec l'Institut de Droit et d'Economie des Affaires de l'Université Jean Moulin Lyon 3, et sur une proposition de son Directeur, le Doyen Franck Marmoz, un webinaire ayant pour titre « Les NFTs (*Non-Fungible Tokens*) : enjeux juridiques pour le marché de l'art, les artistes et le droit d'auteur ».

Cette première incursion dans le monde des NFTs, (saison 1 de la série !), fut appréciée au point que l'auditoire demanda une nouvelle rencontre sur le même sujet mais encore plus approfondie.

Satisfaction lui fut donnée le 18 octobre 2021 avec le colloque « Les NFTs et le marché de l'art – Droit, Pratique ...et Avenir » qui marqua la saison 2 de la série.

En fin de colloque, à tous ceux qui avaient aimé les saisons 1 et 2 de la série sur les NFTs, l'Institut Art & Droit promet qu'ils allaient adorer la saison 3 !

Il fut aussitôt créé un groupe de travail « NFTs et marché de l'art » placé sous la direction de Blanche Soussi, professeur émérite de l'Université Jean Moulin Lyon 3.

Ce groupe, comprenant environ une cinquantaine de membres, fut divisé en cinq commissions : « Technique informatique », « Droit d'auteur », « Fiscalité », « Droit des contrats, Droit de la consommation » et « Réglementation européenne ».

Après de nombreuses réunions des commissions et moults échanges entre leurs membres, un colloque de restitution des travaux intitulé « La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s) » fut organisé dans l'auditorium de l'ADAGP et avec son fidèle soutien. Les interventions au cours de ce colloque, saison 3 et dernière de la série, sont ici retranscrites dans les présents actes.

Puisse le lecteur y trouver intérêt et meilleure connaissance des NFTs d'œuvres d'art !

Les différents travaux internes de l'Institut Art & Droit et ses colloques sont toujours d'une grande qualité scientifique ; les travaux sur les NFTs n'échappent pas au principe grâce à la connaissance, la compétence et l'expérience de toutes celles et de tous ceux qui se sont investis bénévolement dans le groupe de travail, dans l'organisation du webinaire et des colloques, qui ont pris place parmi les intervenants et ont participé à la rédaction des actes.

Je leur adresse ici mes vives félicitations et mes chaleureux remerciements.

I - LE RÈGLEMENT EUROPÉEN MiCA ET LE SORT DES NFTs D'ŒUVRES D'ART

**Une future réglementation européenne (ou française)
spécifique aux NFTs d'œuvre d'art ?**

Blanche Sousi

**Les qualifications juridiques *in concreto* des NFTs dans l'art et l'enjeu du
cumul de qualifications : perspectives franco-européennes**

Matthieu Quiniou

MiCA vs NFT vs Séries

Frédéric Steimer

UNE FUTURE RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE (OU FRANÇAISE) SPÉCIFIQUE AUX NFTs D'ŒUVRES D'ART ?

Blanche Sousi *

Professeur émérite de l'Université Jean Moulin Lyon 3
Chaire Jean Monnet *ad personam* de droit bancaire et monétaire européen

Les NFTs (*Non Fungible Tokens* ou jetons numériques non fongibles- JNF) d'œuvres d'art seront-ils bientôt réglementés par le droit européen ? Telle est la première question qui s'est imposée à notre commission spécialement dédiée à la réglementation européenne. En effet, lorsque nous avons commencé nos travaux, la Commission européenne avait déjà présenté sa proposition de Règlement concernant les marchés de crypto-actifs¹ (ci-après « le Règlement » ou « MiCAR » dans l'acronyme anglais²) et l'avait soumise à l'examen du Parlement européen et du Conseil, pour amendements éventuels et adoption³.

A la lecture de ce texte dans la version telle que proposée par la Commission européenne le 24 septembre 2020, la réponse à cette question semblait évidente : oui, tous les NFTs seraient bientôt, comme d'autres crypto-actifs, réglementés au plan européen⁴.

Cependant, il est vite apparu aux membres de notre commission que d'autres questions beaucoup plus complexes devaient être posées : tous les NFTs doivent-ils être réglementés au plan européen ? Si oui, les NFTs d'œuvres d'art doivent-ils faire l'objet d'une réglementation européenne spécifique ? Si oui, dans quel délai ?

Nos débats ont été aussi brefs que constructifs, compte tenu de l'urgence que nous imposait le calendrier de la procédure d'adoption du Règlement MiCA qui poursuivait son chemin.

Les réflexions et propositions issues de nos travaux ont été portées à la connaissance de la Commission européenne et des colégislateurs européens, c'est-à-dire le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne (UE). Cette démarche pro-active a été amplifiée par une action de lobbying menée par l'Institut Art & Droit avec les principales organisations professionnelles du marché de l'art.

Résultat ? Un certain succès bien qu'encore limité, mais qui prouve que nos travaux n'ont pas été totalement vains.

* Administrateur de l'Institut Art & Droit, membre du Comité scientifique.

¹ COM (2020) 593 Final.

² MiCAR signifie *Markets in Crypto-Assets Regulation*.

³ Le texte définitif tel qu'adopté, n'est pas encore publié au JOUE.

⁴ Voir B.Sousi, « Le Règlement MiCA vient d'être adopté, les NFTs sont-ils réglementés ? Non, mais... », *Banque-Notes Express*, 30 octobre 2022, dont la présente contribution s'inspire largement.

Cela mérite une explication : voici donc la brève histoire de l'évolution du texte telle que nous l'avons suivie activement, s'agissant des NFTs, à chaque étape de la procédure législative européenne.

1^{ère} étape de la procédure - La proposition de Règlement MiCA présentée par la Commission européenne

Bruxelles : 24 septembre 2020.

Le texte concerne donc les marchés de crypto-actifs. La question préalable est de savoir ce qu'est un crypto-actif au sens de cette proposition de Règlement. La réponse y figure à l'article 3.

Un crypto-actif est « *une représentation numérique d'une valeur ou de droits pouvant être transférée et stockée de manière électronique, au moyen de la technologie des registres distribués ou d'une technologie similaire* ».

On remarque que cette définition englobe, sans distinction, tous les types de crypto-actifs, qu'ils soient fongibles (comme le bitcoin) ou non fongibles (c'est-à-dire les NFTs).

Les NFTs sont donc bien des crypto-actifs au sens de cette proposition de Règlement ; mais étaient-ils dans son champ d'application ?

Certains membres de notre commission en ont douté : leur doute a rapidement été dissipé lorsqu'ils ont constaté que la proposition de Règlement contenait des dispositions propres aux crypto-actifs non fongibles, c'est-à-dire aux NFTs.

La Commission européenne avait donc bien l'intention de les inclure dans le champ d'application du Règlement. C'était d'ailleurs dans sa logique : elle souhaitait harmoniser le cadre juridique de tous les crypto-actifs non encore couverts par la législation européenne existante sur les services financiers. Pour elle, tous les crypto-actifs non encore réglementés au plan européen, et eux seuls, relèveraient de ce futur Règlement. Il était grand temps qu'il en soit ainsi pour éviter qu'au sein de l'Union européenne, des Etats adoptent leur propre législation (comme l'avaient déjà fait notamment la France et Malte), risquant ainsi de créer un patchwork de législations nationales contraire au concept même de marché intérieur.

Ainsi donc les NFTs ne faisant pas encore l'objet d'une réglementation européenne, ils devaient être soumis à la réglementation de MiCAR ; toutefois des contraintes plus allégées que celles prévues pour les autres crypto-actifs leur seraient réservées.

Cependant, ce régime allégé ne suffisait pas à rassurer les membres de notre commission sur d'autres dispositions de la proposition de Règlement ; par exemple, s'agissant des autorités qui semblaient devoir assurer la tutelle des marchés de crypto-actifs (fongibles ou non fongibles), il n'était question que des autorités européennes de surveillance concernant les activités financières ou les activités bancaires, c'est-à-dire l'Autorité européenne des marchés financiers et l'Autorité bancaire européenne. Or, pour les membres de notre commission, de telles tutelles paraissaient totalement inadaptées aux activités portant sur les NFTs d'œuvres d'art.

Nous l'avons fait savoir à la Commission européenne ; mais déjà la position du Conseil de l'UE allait totalement changer la donne.

2^{ème} étape de la procédure - La position du Conseil de l'UE sur la proposition de la Commission

Bruxelles : 24 novembre 2021.

Le Conseil de l'UE (formation ECOFIN), alors réuni sous présidence slovène⁵, adopte sa position sur la proposition de Règlement. Or, parmi d'autres amendements, il exclut purement et simplement les NFTs du champ d'application du texte, ce qu'il justifie en ces termes :

« Bien que ces crypto-actifs puissent être échangés sur des places de marché, être acquis à des fins spéculatives et, dans des cas limités, être utilisés comme moyen d'échange, ils ne sont pas facilement interchangeables. De plus, la valeur relative de ce type de crypto-actif par rapport à un autre, chacun étant unique, ne peut être déterminée par une comparaison avec un marché existant ou sur la base d'un actif équivalent ».

Et de conclure : *« De telles caractéristiques limitent la mesure dans laquelle ces crypto-actifs peuvent avoir un usage financier, limitant ainsi les risques pour les utilisateurs et le système »* (considérant 8b de la position du Conseil).

Cet argument a pu surprendre les membres de notre commission alors que la presse du monde entier rappelait régulièrement l'engouement pour les NFTs, notamment dans le domaine de l'art, et signalait déjà les déboires de certains investisseurs peu avisés qui avaient cru à des promesses de gains mirifiques. Oui, les NFTs peuvent être des produits très risqués et à ce titre, ils doivent être réglementés. Tel était l'avis des membres de notre commission.

Il fallait le faire savoir le plus largement possible, en particulier au Parlement européen qui n'avait pas encore adopté sa position... l'heure était venue d' « agir pour ne pas subir »⁶.

Paris, 2 mars 2022 – Le communiqué de presse de l'Institut Art & Droit

Mission accomplie grâce à une action menée par d'importantes organisations professionnelles françaises représentant les acteurs du marché de l'art (artistes, opérateurs de ventes volontaires, galeries, experts...) réunies sous les auspices de l'Institut Art & Droit.

Selon ce communiqué de presse du 2 mars 2022, ces organisations appelaient, dans l'intérêt même des artistes et du marché de l'art, à une réglementation européenne des NFTs nécessaire pour assurer la confiance entre les acheteurs (simples amateurs ou collectionneurs) et les vendeurs (artistes ou galeries) ; elles estimaient toutefois, à l'appui des remarques techniques de notre commission, que la proposition de Règlement comportait des dispositions inadaptées au domaine de l'art. Elles exprimaient donc, avec force, le souhait de dispositions spécifiques.

Accompagné d'un courrier personnalisé, ce communiqué de presse fut diffusé à de nombreux décideurs français et européens, tant à la Commission européenne qu'au Conseil de l'Union européenne et au Parlement européen, et spécialement à sa commission ECON (commission des

⁵ La Slovénie assurait la présidence tournante du Conseil de l'UE du 1^{er} juillet au 31 décembre 2021. La France allait lui succéder pour les six mois suivants.

⁶ Voir Jacqueline Nonon et Michel Clamen, *L'Europe et ses couloirs - Lobbying et lobbyistes*, Dunod, 1991, spéc. p.11.

affaires économiques et monétaires) : c'est en effet l'ECON qui était compétente pour préparer un rapport sur la proposition MiCAR.

Les membres de cette commission ECON⁷ ont entendu et compris ces revendications. Leur rapport allait le confirmer. Un petit vent d'espoir allait souffler dans nos rangs...

3^{ème} étape de la procédure - La position du Parlement européen sur la proposition MiCAR

Bruxelles : 17 mars 2022.

Sur le rapport de Stefan Berger, les membres de l'ECON amendent la proposition MiCAR. Le texte ainsi amendé est adopté par le Parlement européen en session plénière fin mars, et ceci par approbation tacite⁸ : il constitue donc la position du Parlement européen.

Qu'en retenir s'agissant des NFTs ?

Comme l'avait fait le Conseil de l'UE, le Parlement les exclut du champ d'application du Règlement, avec cependant certaines réserves qui, si elles devaient être maintenues dans le texte finalement adopté, poseront quelques difficultés comme on le lira plus loin⁹.

En revanche, le texte du Parlement européen contient un nouveau considérant faisant écho au souhait que nous avons exprimé d'un régime spécifique aux NFTs d'œuvres d'art : « ***Pour les crypto-actifs qui sont uniques et non fongibles (...) qui représentent des droits de propriété intellectuelle ou des garanties, ou qui certifient l'authenticité d'un actif physique unique tel qu'une œuvre d'art (...), il est proposé de réfléchir à la possibilité que la Commission propose un régime sur mesure à l'échelle européenne*** »¹⁰.

Ainsi, l'idée d'une réglementation européenne spécifique aux NFTs d'œuvres d'art était désormais mentionnée dans la position du Parlement européen. Une simple idée, certes...

La partie n'était pas encore finie. Une dernière étape restait à franchir : trouver un accord sur le texte définitif du Règlement à partir des positions en présence.

Notons que nous avons limité nos propos aux seules questions concernant les NFTs, mais la proposition MiCAR contenait beaucoup d'autres dispositions ayant fait l'objet de différents amendements du Conseil de l'UE et du Parlement européen (modifications, ajouts, retraits...) ; autant d'amendements parfois difficiles à concilier.

Il fallait pourtant y parvenir : le temps des négociations en trilogue était venu.

⁷ Notamment Stéphanie Yon-Courtin (députée Groupe Renew Europe) très attentive à nos réflexions et propositions.

⁸ Prévue par l'article 71 du règlement intérieur du Parlement européen.

⁹ Voir les contributions ci-après de Matthieu Quiniou « Les qualifications juridiques in concreto des NFTs dans l'art », et celle de Frédéric Steimer « MiCA vs NFT vs Séries ».

¹⁰ Considérant 8ter. C'est nous qui soulignons.

4^{ème} étape de la procédure - L'accord interinstitutionnel

Bruxelles : 30 juin 2022, 22h 30.

Dès la fin mars 2022, chacun des colégislateurs ayant exprimé sa position sur la proposition de Règlement, les négociations commencent en trilogue, c'est-à-dire entre des représentants du Conseil de l'UE, du Parlement européen et de la Commission européenne. Il s'agit pour les trois institutions de s'entendre sur le texte qui sera finalement adopté.

Après plusieurs réunions, l'accord est trouvé le 30 juin 2022 dans les dernières heures de la présidence française du Conseil de l'UE¹¹ : le communiqué de presse est publié à 22h30.

Résultat ?

Les NFTs sont certes exclus du Règlement MiCA, mais il est expressément prévu qu'au « *plus tard 18 mois après la date d'entrée en vigueur du règlement, (...), la Commission présente un rapport au Parlement européen et au Conseil, accompagné le cas échéant d'une proposition législative, et contenant au moins (...) une évaluation du développement des crypto-actifs uniques et non fongibles et de l'adéquation de leur traitement réglementaire, y compris de la nécessité et de la faisabilité de réglementer leurs émetteurs et les prestataires de services liés à ces crypto-actifs* » (article 122b du texte issu du trilogue)¹².

Il est donc acquis que, comme le souhaitait le Conseil de l'UE, le Règlement ne s'appliquera pas aux NFTs, sans doute pour assurer la cohérence de ce texte largement inspiré d'une logique financière ; mais l'idée initiale de la Commission européenne d'englober les NFTs dans la réglementation européenne n'est pas pour autant abandonnée, au contraire : mandat lui est donné de faire un rapport d'évaluation sur le sujet, et de proposer, le cas échéant, un texte législatif. L'idée du Parlement européen favorable à une réflexion sur un régime spécifique à ces crypto-actifs a donc été retenue lors du trilogue.

Et maintenant ? Retour à notre première question : les NFTs d'œuvres d'art seront-ils bientôt réglementés par le droit européen ?

La réponse est maintenant la suivante : il est évident qu'ils ne feront pas « bientôt » l'objet d'une telle réglementation européenne compte tenu du délai de 18 mois laissé à la Commission pour faire un rapport sur le sujet. Et dans l'hypothèse où elle proposerait un texte pour les réglementer, il faudrait encore des mois (des années ?) avant qu'il soit adopté... C'est très lointain.

En attendant, les activités concernant les NFTs n'étant pas réglementées au plan européen, elles s'exercent en dehors de tout contrôle, de toute protection des émetteurs, des acheteurs (souvent encore peu avisés). Un tel défaut d'encadrement législatif nuit à la confiance entre les différents acteurs, et donc plus généralement au bon fonctionnement du marché intérieur¹³.

¹¹ On rappelle que la France assurait depuis le 1^{er} janvier 2022, cette présidence tournante de six mois.

¹² Cette numérotation est provisoire en attendant l'adoption formelle du texte, après relecture par les linguistes, et enfin la publication du Règlement MiCA au Journal officiel de l'UE.

¹³ Certes, une réforme de la réglementation européenne concernant la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme est sur le point d'être adoptée : les transferts de crypto-actifs seront désormais

Dès lors, une nouvelle question s'impose : les législateurs nationaux peuvent-ils, sans attendre, légiférer en ce domaine ? La réponse est oui, parce qu'il s'agit du marché intérieur, domaine où la compétence est partagée entre l'Union européenne et les Etats membres (article 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Cela signifie que le champ législatif laissé vacant par l'Union européenne peut être investi par les législateurs nationaux.

La balle est donc désormais dans leur camp. Le législateur français a la voie libre pour réglementer les NFTs, notamment dans le domaine de l'art.

Peut-il en effet les laisser plus longtemps hors contrôle ?

contrôlés comme les autres transferts de fonds. Et à cet égard, les transactions sur des NFTs seront soumises à cette réglementation, mais cela ne suffira pas à éviter d'autres dérives pouvant les concerner.

LES QUALIFICATIONS JURIDIQUES *IN CONCRETO* DES NFTs DANS L'ART ET L'ENJEU DU CUMUL DE QUALIFICATIONS : PERSPECTIVES FRANCO-EUROPÉENNES

Matthieu Quiniou *

Maître de conférences en Sciences de l'Information et de la Communication à l'Université Paris 8
(Laboratoire Paragraphe)
Avocat, cabinet Legal Brain

Alors que les caractéristiques techniques des jetons non-fongibles (ci-après « NFTs ») émergent à peine et que les usages des NFTs ne cessent d'évoluer, le législateur européen semble encore indécis sur le cadre juridique à réserver à ces jetons emblématiques de nouveaux courants artistiques. Le législateur européen semble osciller entre une volonté de protection des souscripteurs de jetons et une approche visant à éviter la mise en place d'un cadre strict et prématuré susceptible de freiner les innovations techniques et d'usage. Si les NFTs sont exclus par principe du champ d'application de la proposition de Réglementation MiCA¹, la qualification retenue pour cette catégorie de jeton est en réalité particulièrement restreinte par rapport à l'acception retenue par les acteurs du secteur des NFTs et du web3. Cette approche a également pour effet d'amplifier le risque de chevauchement et de cumul des qualifications juridiques susceptibles de s'appliquer à un même NFT.

Dans ce contexte, un bref état des lieux de la technique et des usages (I) paraît un préalable nécessaire à l'analyse des qualifications juridiques applicables aux NFTs et aux cumuls de qualification potentiels en droit français (II) et dans le futur droit européen (III).

I - ETAT DES LIEUX DE LA TECHNIQUE ET DES USAGES DE NFTs

A. Les aspects informatiques des NFTs

D'un point de vue informatique les NFTs sont des jetons qui peuvent être créés et transférés grâce des contrats intelligents (*smartcontracts*), c'est-à-dire des instructions informatiques fonctionnant sur une blockchain. Ce qui différencie les NFTs d'autres jetons sous l'angle technique est que chaque jeton dispose d'un identifiant unique et d'une fonction permettant d'appeler des métadonnées (fonction URI). Ces métadonnées sont stockées sur une base de données centralisée, un registre distribué (comme IPFS) ou une blockchain (comme Arweave ou Filecoin). Les métadonnées incluent généralement un lien vers un fichier de contenu visuel (jpg, png...) ou audiovisuel et des métadonnées descriptives. Il est également possible

* Membre de l'Institut Art & Droit.

¹ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur les marchés de crypto-actifs, et modifiant la directive (UE) 2019/1937.

d'intégrer dans les métadonnées un lien vers des conditions générales de vente du NFT ou une licence d'utilisation. Les métadonnées peuvent être fixes ou dynamiques, dans ce second cas, elles pourront évoluer et ainsi modifier l'objet même du NFT. Certaines blockchains proposent des standards techniques pour les NFTs, c'est le cas par exemple de la blockchain Ethereum avec notamment les standards ERC-721 ou encore ERC-1155.

B. Les usages des NFTs

Ces jetons initialement conçus pour répondre aux besoins d'éditeurs de jeux-vidéo ont progressivement été adoptés par le secteur de l'art, de la culture et du divertissement en général, par le secteur de la communication, de la publicité et du marketing ou encore par le secteur de la logistique et du transport. Les usages et les droits associés aux NFTs sont divers : attribution de droits d'utilisation ou licences de droits de propriété intellectuelle sur une œuvre, droit d'accès à un contenu numérique (*NFT access/ token gated content*), droit de vote au sein d'une communauté (DAO), droit de participation à un évènement, droit sur un bien physique, droit d'obtenir livraison d'un produit (*NFT redeemable*), droit d'obtenir des ristournes sur des produits ou services, certificats, garantis de produits, connaissance, diplômes, droit sur des fractions d'œuvres, des biens immobiliers, des parts sociales... Les concepteurs de projets NFTs et web3 débordent d'imagination pour explorer les usages et associer de nouveaux droits et fonctionnalités à leur jetons. La diversité des usages rend délicate la création d'un cadre juridique homogène. En outre, certains NFTs, du fait de leurs droits associés, entrent à n'en pas douter dans des catégories de droit financier déjà établies, notamment, en droit français, par la loi Pacte².

II - QUALIFICATIONS JURIDIQUES DES NFTs ET ENJEUX DE CUMUL EN DROIT FRANÇAIS

Le droit français reconnaît la possibilité de représenter et d'émettre des titres financiers sur des dispositifs d'enregistrement partagé (DEEP)³, c'est-à-dire notamment des blockchains, mais également d'émettre des actifs numériques sous forme de jetons.

L'article L 552-2 du Code monétaire et financier donne une définition générique des jetons :

« Au sens du présent chapitre, constitue un jeton tout 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 permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien» (*c'est nous qui soulignons*).

En appliquant cette définition de jeton aux NFTs, il ressort que certains NFTs, notamment ceux purement descriptifs (information sur un produit, certificat, marqueur logistique) ou encore

² Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

³ Ordonnance n°2017-1674 du 8 décembre 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé (DEEP) pour la représentation et la transmission de titres financiers et Décret n° 2018-1226 du 24 décembre 2018 relatif à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé (DEEP) pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l'émission et la cession de mini bons.

les NFTs ne comportant qu'un lien vers une image, sans aucun droit associé, ne répondent pas à cette qualification juridique française de jeton.

En droit français le régime applicable aux jetons actifs numériques est plus souple que le régime applicable aux instruments financiers, notamment aux jetons instruments financiers.

L'article L54-10-1 du Code monétaire et financier donne une définition en creux d'actif numérique :

« Pour l'application du présent chapitre, les actifs numériques comprennent :

1° Les jetons mentionnés à l'article L. 552-2, à l'exclusion de ceux remplissant les caractéristiques des instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 et des bons de caisse mentionnés à l'article L. 223-1 (...) » (*c'est nous qui soulignons*).

Ces jetons actifs numériques peuvent être émis par voie d'offre au public de jetons⁴, régime dérogatoire créé par la loi Pacte. A noter que les émissions auprès de moins de 150 souscripteurs ne sont pas considérées comme des offres au public de jetons⁵. Cette approche par le nombre de jetons émis suggère un encadrement assoupli des émissions limitées et laisse également supposer une tolérance pour l'émission de NFT.

En droit français, le risque de cumul de qualification est relativement restreint, du fait de l'article L54-10-1 du Code monétaire et financier créant une frontière nette entre jetons actifs numériques et jetons instruments financiers, cette dernière catégorie l'emportant en cas de cumul. Le principal cumul de qualification identifié porte sur le cumul entre actif numérique et biens divers, comme le précise l'Autorité des Marchés Financiers dans sa doctrine : « l'offre d'actifs numériques pourrait être régie de manière concomitante par les dispositions du code monétaire et financier afférentes aux intermédiaires en biens divers dès lors que les éléments constitutifs prévu à l'article L. 551-1 du Code monétaire et financier sont satisfaits »⁶.

Conçus au moment de l'essor des *Initial Coin Offering* (ICO) mais avant l'émergence des usages NFT, la loi Pacte et les textes français liés à l'usage de la blockchain paraissent parfois inadaptés pour appréhender pleinement ce phénomène et apporter le juste équilibre des intérêts des acteurs en présence.

III - QUALIFICATIONS JURIDIQUES DES NFTs ET ENJEUX DE CUMUL DANS LE FUTUR DROIT EUROPÉEN

Amendée à plusieurs reprises, ce n'est que dans une version quasi-définitive que la proposition de Règlement MiCA a abordé la question spécifique des NFTs.

Dans sa version du 5 octobre 2022, les « crypto-actifs qui sont uniques et non fongibles » sont exclus par principe de la proposition de Règlement MiCA en vertu d'un article 2(2.a). Le préambule de ce texte fournit de précieuses informations sur l'interprétation de cet article

⁴ Article L 552-3 du CMF.

⁵ Article 711-2 du Règlement de l'AMF.

⁶ Position de l'AMF DOC-2020-07.

2(2.a) et sur les perspectives d'évolution du cadre juridique européen pour les NFTs. Une première grille d'analyse peut être extraite du point 6b du préambule⁷.

Il convient de noter que la qualification de NFT (et donc l'exclusion du champ d'application de MiCA) semble conçue en priorité pour les NFTs d'œuvre d'art numérique et les « collectibles », même si le point 6c du préambule présente le fait pour un NFT d'appartenir à une collection importante comme un indicateur de fongibilité.

En outre, le texte précise que le caractère unique et non-fongible ne saurait être déduit d'un simple identifiant unique, mais des caractéristiques et usages uniques associés au crypto-actif. Les produits ou services associés au NFT doivent également être uniques pour que le NFT soit exclu du champ d'application matériel du texte. L'interprétation de ce caractère unique du NFT risque de poser de nombreuses difficultés en pratique s'il n'est pas précisé *in concreto* avec des exemples correspondant aux pratiques actuelles du secteur.

Un autre critère pour identifier si un jeton répond bien à cette définition du NFT tient au fait qu'il ne soit pas immédiatement interchangeable et que sa valeur ne puisse être strictement déduite par comparaison avec un autre actif. Ce critère, bien qu'encore assez flou, paraît dessiner une distinction entre les jetons utilitaires échangeables sur des plateformes d'échanges (Binance, Kraken...) selon un cours de marché et les NFTs ayant tout au plus un prix plancher (*floor price* lisible sur OpenSea) pour une collection.

La proposition de Règlement aborde aussi les NFTs fractionnés dont la partie fractionnée ne peut être considérée comme un NFT, suggérant une qualification potentielle d'instrument financier pour ces jetons fractionnés.

Par ailleurs, la proposition de Règlement MiCA exclut également de son champ d'application les instruments financiers, notamment ceux inscrits sur blockchain et l'article 6c du préambule précise que l'exclusion des NFTs du champ d'application de MiCA n'empêche pas la qualification éventuelle d'instrument financier.

Face à ce phénomène encore récent, hybride et fortement évolutif, le législateur européen a fait le choix d'observer plus en détail les usages avant de définir un cadre pour les NFTs. A ce titre, un rapport devra être remis par la Commission dans les 18 mois de l'entrée en vigueur du Règlement MiCA pour décider de la nécessité et des modalités d'encadrement des émissions de NFTs et des actifs associés.

⁷ "This Regulation should not apply to crypto-assets that are unique and not fungible with other crypto-assets, including digital art and collectibles, whose value is attributable to each crypto-asset's unique characteristics and the utility it gives to the token holder. Similarly, it also does not apply to crypto-assets representing services or physical assets that are unique and not fungible, such as product guarantees or real estate. While these crypto-assets might be traded in market places and be accumulated speculatively, they are not readily interchangeable and the relative value of one crypto-asset in relation to another, each being unique, cannot be ascertained by means of comparison to an existing market or equivalent asset. Such features limit the extent to which these crypto-assets can have a financial use, thus limiting risks to users and the system, and justifying the exemption."

MiCA vs NFT vs SÉRIES

Nouvelle démonstration de l'incompréhension du législateur de cet écosystème qui cherche à assimiler les NFTs à des titres financiers

Frédéric Steimer

Administrateur de la Fédération de l'art urbain*
Directeur général et directeur artistique de Divenci

Le Règlement sur les marchés de crypto-actifs (MiCA), non encore publié au Journal officiel de l'UE, tente de fournir un cadre cohérent à l'échelle de l'UE pour les principaux services cryptos, qui a vocation à s'appliquer de manière uniforme à toutes les personnes qui veulent agir au sein de l'UE.

MiCA définit les actifs numériques comme "une représentation numérique de la valeur ou des droits qui peut être transférée et stockée électroniquement, à l'aide de la technologie du grand livre distribué ou d'une technologie similaire". Généralement, les NFTs représentent des actifs, des droits ou des objets individuels, individualisés via des *smart contracts*.

MiCA ne régit que les actifs fongibles et non les NFTs pris dans leur ensemble. Les NFTs sont en effet exclus de son champ d'application dès lors qu'ils :

- ne disposent pas de propriétés propres aux instruments financiers ;
- ne peuvent servir de moyen de paiement ;
- n'agissent pas comme des jetons utilitaires donnant accès à des produits ou services.

Les NFTs uniques sont simplement exclus du champ du règlement sans davantage de précisions, mais il existe un risque qu'ils soient réintroduits par le biais des "collections".

En effet, le développement et l'engouement pour les **Fractional NFTs -F-NFT-** rebat les cartes. Ces derniers consistent en un ensemble de jetons fongibles représentant un **NFT**. Et s'ils intéressent les régulateurs, c'est parce que ces tokens pourraient s'apparenter à des **titres financiers**.

Ils seraient, par conséquent, régulés au travers des dispositions définies dans MiCA. Résultat, «l'émission de crypto-actifs sous forme de jetons non fongibles dans une **grande série ou collection** doit être considérée comme un indicateur de leur fongibilité ».

Mais que sont ces collectibles ?

Pour éviter toute confusion, il est nécessaire de préciser que les objets de collection ne sont pas de l'art. Tout comme au demeurant les NFTs en général qui ne sont QUE des certificats d'enregistrements dans la blockchain de n'importe quel item, qu'un outil aux multiples applications.

Bien qu'il soit possible de collectionner des œuvres d'art sous forme de NFT, l'utilisation des collectibles dans l'écosystème NFT est très éloignée de ce qu'est l'art.

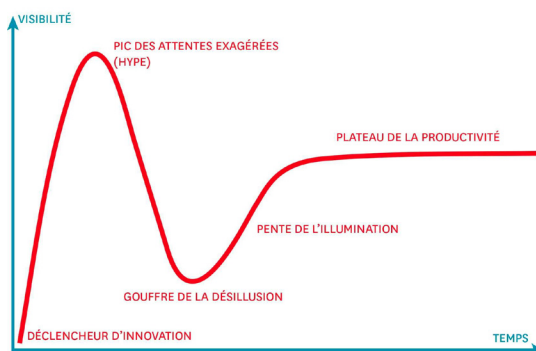
* Membre de l'Institut Art & Droit.

Pour bien comprendre ce qui différencie les objets de collection de l'art, il faut rappeler qu'en règle générale et en théorie, ces items ont été créés pour être utilisés et sont généralement attachés à un projet. Même si les graphistes ont travaillé auparavant sur l'aspect visuel des collectibles, le but affiché, officiel, est de servir soit, par exemple, d'objet de collection comme les cartes à collectionner pour les joueurs d'une équipe de football ou de basketball ou une série d'images semblables qui montrent toutes fondamentalement le même visuel, le même motif, mais qui diffèrent par un petit détail ou la représentation des couleurs, ou soit dans l'univers du jeu vidéo, d'avatars aux joueurs, d'utiliser des skins ou des badges.

Officieusement, de mon point de vue, c'est plus l'aspect spéculatif voire hyper spéculatif que l'aspect utilitaire qui est privilégié avec la courbe de la Hype et l'effet FOMO (*Fear of missing out*, la peur de rater une opportunité) qui s'attachent à l'émergence de toute nouvelle technologie.

C'est ainsi que l'on peut évoquer à titre d'exemple en 2021, peu de temps après le succès de Bored Ape Yacht Club (BAYC), le projet Meebits de LarvaLabs vendu en moins d'une journée. Ces deux ventes étaient le prélude à une tendance qui durera tout l'été. Avant BAYC et Meebits, c'étaient principalement les CryptoPunks et Kitties qui avaient la cote jusqu'au retournement de marchés.

C'est là qu'il s'agit évoquer très brièvement les travaux d'une agence américaine Gartner qui a théorisé la courbe de la Hype, étude imparfaite mais qui a le mérite de mettre en évidence l'**effet accélérateur au développement de nouvelles technologies et l'effet FOMO** qui amène l'ensemble des acteurs à se jeter sur le moindre projet, à les survaloriser et à financer, à investir dans tout et n'importe quoi sans véritable discernement sur les personnes qui les portent ou sur l'intérêt réel du produit.



C'est alors la **porte ouverte aux abus en tous genres, aux escroqueries, à la multiplication de projets sans intérêt, une saturation du marché** jusqu'au moment où le discernement fait surface, provoqué par le 1er grain de sable venant gripper la mécanique : **prise de conscience, retour à la réalité, application des filtres et le marché s'écroule** quand on se rend réellement compte du véritable intérêt, de la portée des projets.

C'est ce qui s'est passé avec Terra Luna ou FTX et Alameda dont la chute et la faillite ont initié et amplifié la courbe descendante. Le monde de la crypto s'émeut de la gestion de certains dirigeants de ces plateformes, colosses aux pieds d'argile, valorisées plusieurs dizaines de milliards, et réalise que des dizaines de milliers de coins sont en réalité adossés sur... rien, du vide (même si dits "stable" car adossés à des fiat money) que ces collections de punks, de singes qui tirent la tronche, de baleines, etc., n'avaient aucun intérêt si ce n'est d'alimenter une hyper spéculation, ce qui a fait leur réussite et leur perte, et qui de plus, ne servait que quelques-uns.

Je pense que dans ce domaine, nous ne sommes pas très loin d'une pyramide de Ponzi.

Ce qui anime probablement le législateur européen est légitimement de protéger les consommateurs et investisseurs des dangers et risques de la spéculation, ce qui l'amène à faire alors un amalgame entre ces NFTs et les stable coins, crypto coins à l'intérêt limité réduits au fait qu'ils seraient des titres financiers se fondant sur ses caractéristiques et non sur son utilisation, parfois détournée et abusive comme c'est le cas avec cette spéculation.

Malgré les apparences, la question pour le législateur n'est à mon sens pas de savoir si les NFTs sont des titres financiers, mais bien plus de chercher le moyen de permettre aux instances de régulation de les intégrer à leur champ de compétence actuel, quitte à tordre la réalité à leur avantage, sans se soucier des incohérences que cela engendre inévitablement et des freins que cela va engendrer à leur développement.

Et c'est d'une certaine façon la sanction de l'imagination créatrice des "créatifs, ingénieurs et mathématiciens financiers" qui, non contents d'avoir créé des "monstres spéculatifs" pour la finance internationale et qui ont conduit notamment à la crise des subprimes, se sont déchainés dans ce secteur de la crypto. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, une partie de cet écosystème s'écroule.

Charge alors aux autorités de procéder à une analyse des caractéristiques de l'actif pour déterminer sa qualification réelle. C'est cette analyse qui s'imposera sur sa « désignation par les utilisateurs ». L'émetteur de ces jetons ne pourra espérer échapper à MiCA simplement en le désignant comme un NFT et en lui attribuant certaines de ses particularités.

Mais si l'intention de réguler est louable, ne se concentrer QUE sur les caractéristiques de ces NFTs et collectibles revient à regarder le phénomène par le petit bout de la lorgnette avec une très sérieuse myopie : force est de constater que les autorités sont, dans leur exigence de régulation (ce qui en soi est une bonne chose, il convient de le répéter), en train de pratiquer la politique de la terre numérique brûlée et que l'Union européenne est une fois encore bien partie pour être la pire zone du monde où s'installer lorsque l'on développe une entreprise innovante .

Les multiples tentatives de régulation du secteur de la blockchain et des crypto se heurtent bien souvent à une mauvaise information du législateur : il suffit de voir comment ce dernier tente de barrer la route au Bitcoin, en attaquant son système *Proof of Work* (PoW). Cela pour des raisons écologiques à peine chiffrées et documentées, et alors que cette industrie est déjà composée à plus de 60% d'énergies renouvelables. Mais peu importe, car le but évident est de réguler et à force d'empêcher, et non pas de comprendre...

Et c'est très exactement ce qui se passe dans le cas présent, avec ce Règlement qui affirme que la non-fongibilité des collections de NFTs, comme les emblématiques singes qui tirent la tronche (les Bored Ape Yacht Club), n'est pas aussi évidente qu'il y paraît. Et cela, même si ces dernières comportent bien plusieurs milliers d'exemplaires aux raretés aléatoires, un principe conférant à chacun d'entre eux un caractère indéniablement unique. Mais peu importe, car l'émission de crypto-actifs en tant que jetons non fongibles dans une grande série ou collection doit être considérée comme un indicateur de leur fongibilité. « La seule attribution d'un identifiant unique à un crypto-actif n'est pas suffisante pour le qualifier d'unique ou non fongible. Les actifs ou droits représentés doivent également être uniques et non fongibles pour que le crypto-actif soit considéré comme unique et non fongible. »

La non-fongibilité des collections de NFTs ne serait donc qu'une simple mascarade pour tenter de cacher des titres financiers : lorsque vous émettez une collection de 10 000 NFTs, ce que vous vendez en réalité, ce sont des parts du projet dans son ensemble. En d'autres termes, chaque NFT n'est fonctionnellement, intrinsèquement, qu'une part fongible de la valeur de l'ensemble du projet; cela fait de leurs détenteurs non pas des collectionneurs de BAYC, mais de simples investisseurs du projet initié par Yuga Labs, et les NFTs émis ne seraient donc que des titres financiers.

Il est intéressant de noter que Yuga Labs, ses dirigeants et managers, font actuellement, aux Etats-Unis, l'objet d'enquêtes fédérales et de class actions fondées sur des délits d'initiés, d'escroquerie, d'ententes et complots ...

Mais ne considérer QUE les caractéristiques techniques au détriment de l'utilisation qui en est faite, direction prise par le législateur, va être un obstacle au développement de nouvelles applications des NFTs à d'autres domaines.

Prenons ainsi l'exemple du ticketing et de la billetterie d'un lieu ou d'un événement. La blockchain est en cette matière un outil fantastique car il permet de lutter efficacement contre toutes les fraudes aux billetteries. Editer la billetterie sous forme de NFTs revient, en pratique, à émettre quotidiennement une série de NFTs identiques, titulaires d'un identifiant unique mais qui tombera de ce fait sous le coup de cette disposition très floue.

C'est aussi, par exemple, l'utilisation du NFT comme objet promotionnel distribué comme vecteur de communication à tout un réseau de clients, salariés d'une entreprise ; c'est encore l'exemple en matière artistique et culturelle d'œuvres éditées en multiples et vendues unitairement ; c'est encore l'exemple d'un livre numérique ou d'un titre musical vendus sous la forme de NFT...

Ne considérer QUE les caractéristiques et pas l'utilisation, nier l'aspect utilitaire du NFT va être la source d'une complexité des règles et certainement leur inapplicabilité, si tant est qu'elles ne soient pas déjà obsolètes au moment de leur mise en vigueur...

Maintenant que le texte a été finalisé, l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA) est chargée d'élaborer des projets de normes réglementaires techniques et des orientations interprétatives. Celles-ci devraient notamment permettre une interprétation européenne uniforme des nouvelles dispositions par les autorités nationales de contrôle.

Dans les normes techniques à élaborer, l'ESMA devra également clarifier la question de l'applicabilité du Règlement MiCA aux NFTs et définir clairement ce qu'elle entend par collection dans ce contexte, et les autorités nationales de surveillance compétentes devront alors préciser leur pratique administrative en la matière et se positionner. Ce qui menace alors, c'est un beau patchwork international de réglementations NFT, que MiCA était en fait censé abolir.

II – NFTs D'ŒUVRES D'ART, DROIT DES CONTRATS, DROIT DE LA CONSOMMATION

Introduction interrogative

Françoise Labarthe

Les NFTs et le marché de l'art

Laurence Mauger-Vielpeau

La protection des consommateurs pour l'achat de NFTs sur les places de marché : l'évolution annoncée par le Règlement sur les Services Numériques (DSA)

Luc-Marie Augagneur

INTRODUCTION INTERROGATIVE

Françoise Labarthe

Professeur à l'Université Paris-Saclay

Membre du CERDI *

Coprésident du comité scientifique de l'Institut Art & Droit

Plusieurs définitions du jeton non fongible ont été données. Le Larousse indique qu'il s'agit de « fichiers numériques non reproductibles et infalsifiables représentant un actif unique, objet virtuel ou physique (œuvre d'art, tweet, morceau de musique, *etc.*), qui est répertorié dans une blockchain et auquel est associé un certificat digital d'authenticité et de propriété ». Le rapport pour le CSPLA (Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique) de juillet 2022 précise : « Jetons échangeables sur une blockchain, en cryptomonnaie ou en euros par l'intermédiaire de plateformes qui opèrent la conversion et qui constituent une forme de certificat de propriété associé à un objet virtuel ou physique »¹.

Plus pragmatique, celle d'Opensea reste juridiquement neutre : « Élément numérique mis en œuvre sur une blockchain (telle que la blockchain Ethereum), qui utilise des contrats intelligents pour se lier ou être associé à certains contenus ou données »². A tout prendre, la plus neutre est aujourd'hui peut-être la plus raisonnable à adopter. Les diverses définitions montrent en tout cas la difficulté que la communauté des juristes et des non juristes éprouve pour cerner ce qu'est véritablement un jeton non fongible.

Du point de vue du marché de l'art, le jeton non fongible semble avoir pour objectif de rendre unique ce qui ne l'est pas. L'unicité a toujours joué un rôle majeur dans l'œuvre d'art, or le fichier numérique permet une reproduction à l'infini. Il a donc été trouvé un moyen pour que l'acquéreur du jeton³ puisse considérer qu'il est le seul réel détenteur de l'œuvre, du fait de l'inscription sur la blockchain ou chaîne de bloc. La réalité juridique est sûrement plus complexe.

Nous sommes en présence d'un protocole informatisé qui peut être échangé et dont il faut cerner les contours, lesquels sont à la frontière du droit civil, du droit commercial et du droit pénal. Notre groupe de travail s'est interrogé sur le droit des contrats et le droit de la consommation. La qualification a été le premier exercice, ensuite est venue la recherche du droit applicable même si les réponses au premier point étaient bien incertaines. S'il faut du temps pour réfléchir et mûrir ces questions de qualification, la pratique, elle, ne s'en émeut pas et opère. Les questions viennent après, par exemple en cas de faillite...

* Membre de l'Institut Art & Droit.

¹ J. Martin assisté de P. Hot, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles, CSPLA, juillet 2022, p. 8.

² Citée par C. Boismain, « Les droits transmis avec les NFT », *JCP entreprise et affaires*, 2022, 1210.

³ Art. L552-2 du Code monétaire et financier : « Au sens du présent chapitre, constitue un jeton tout 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 permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien ».

Confronter le fait au droit. Si l'exercice est habituel, il nous entraîne dans un univers encore méconnu et dans lequel les juristes peinent à trouver un chemin. En effet, le jeton non fongible a une originalité qui « déjoue bien souvent les cadres de pensées habituels »⁴, spécialement en matière de contrats civils et commerciaux.

Premier point, pouvons-nous réellement parler de « vente » de jetons non fongibles ? La pratique veut que l'opération réalisée le soit en crypto-actifs⁵, ethereum ou bitcoins. Or une vente nécessite un prix. L'article 1582 de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux précise que le prix de la vente s'entend d'une somme en argent. Cette dernière, si l'on est en France, doit être en euros ; l'article 1343-3 du Code civil exige en effet que « le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros ». Ce n'est que si l'obligation « procède d'une opération à caractère international » que les parties peuvent « convenir que le paiement aura lieu en devise s'il intervient **entre professionnels**, lorsque l'usage d'une monnaie étrangère est communément admis pour l'opération concernée » (art. 1343-3 al. 2 Cciv). Selon un consensus relativement large, la qualification de monnaie ou de devise est refusée aux crypto-actifs, la monnaie étant par « essence une émanation de l'autorité publique »⁶. Certes, ce point est discuté⁷, et l'on sait que la CJUE en 2015 a reconnu la licéité d'un paiement en bitcoins dès lors que le procédé relevait du contrat⁸. Mais en l'état actuel, en l'absence de convention, il paraît difficile de respecter l'article 1343-3 du Code civil sans utiliser une monnaie FIAT. Dès lors, si l'on considère que la vente nécessite un paiement en monnaie, alors la qualification de vente apparaît douteuse et la qualification d'échange paraît s'imposer.

Du point de vue du régime, cela n'a au demeurant pas une grande importance puisque le régime de l'échange, à l'exception de la lésion, est celui de la vente (art. 1707 du Code civil).

Pour les ventes aux enchères publiques, l'importance de la qualification me paraît plus grande, car par définition, il faut bien « une vente » au sens formel du terme et les opérateurs, agissant dans un cadre réglementé, ne peuvent, à mon sens, faire abstraction de la nécessité d'un paiement en euros.

Si les maisons de vente peuvent, depuis la loi du 28 février 2022, vendre des biens incorporels, en l'absence d'une réglementation générale sur les jetons non fongibles, l'exercice de cette activité n'apparaît pas sans risque. Il paraît nécessaire, par prudence, de privilégier un paiement en euros, quitte à le convertir ensuite en crypto-actifs, avec les risques financiers

⁴ M. Julienne, « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *Rev. Dr. bancaire et financier* 2018, étude 19.

⁵ V. sur ce point; D. Legeais, « Les NFT sont-ils des actifs numériques ? », *Rev. Dr. bancaire et financier* 2022, n° 4, étude 32 ; Blanche Sousi, *Les NFTs : enjeux juridiques pour le marché de l'art*, webinaire IDEA/ Institut Art & Droit, <https://www.youtube.com/watch?v=qbgcXeFbDUA>

⁶ M. Julienne, « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *Rev. Dr. bancaire et financier* 2018, étude 19 ; F. Grua et N. Cayrol, « Régime général des obligations, Paiement des obligations de sommes d'argent, Monnaie de paiement », *Jcl. civ.*, Art. 1343 à 1343-5 ; H. de Vauplane, « Bitcoin : Monnaie de singe ou monnaie légale? L'analyse juridique », *Rev. Banque*, juillet-août, 2013, p.79 ; Th. Bonneau, « Le Bitcoin, une monnaie? », *Banque et droit* 2015, p. 8 ; J. Lasserre-Capdeville, « Le bitcoin », *JCP E* 2014, act. 25 ; M. Roussille, « Le bitcoin : objet juridique non identifié », *Banque et droit* 2015, n°159, p.27 ; C. Kleiner, « Bitcoin, monnaie étrangère et indexation: quelle équation? », *Mél. Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p.245.

⁷ V. sur ce point, J. Huet, « Pratique des contrats électroniques . – Contrat électronique conclu avec un serveur numérique selon un processus automatisé », *Jcl. Contrats consommation*, Fasc. 2420, 2022, n° 55s, et les réf. citées.

⁸ CJUE, 22 oct. 2015, aff. C-264/14, Skatteverket c/ David Hedqvist ; *Revue Banque* n°790, déc. 2015, 75, obs. P. Storrer ; *Banque et droit*, nov.-déc. 2015, n°164, 55, obs. P. Storrer ; *RDC* 2017, p. 54, obs. J. Huet.

relatifs aux changements possibles de cours, à moins qu'il ne soit possible de considérer, comme dit précédemment, qu'un mode de paiement contractuel puisse être admis y compris dans ce cadre réglementé des ventes aux enchères, auquel cas, il faudrait le prévoir dans les conditions de vente. A défaut, les maisons de vente pourraient ne pas être en conformité avec la législation, qu'il s'agisse de la nécessaire « vente » qu'elles doivent opérer, « l'échange » n'ayant pas lieu d'être au sein d'une vente aux enchères, mais aussi des règles relatives au paiement ou même des garanties qu'elles doivent offrir.

Au sujet des garanties, le rapport Barthalois attire également l'attention sur le fait que « Le paiement en cryptomonnaies semble aujourd'hui difficilement conciliable, sauf à recourir à des mécanismes d'intermédiation, avec la notion de compte de tiers, prévue par l'article L. 321-6 du code de commerce, qui a pour finalité exclusive la représentation des fonds détenus par l'opérateur de ventes volontaires pour le compte de tiers, c'est-à-dire les fonds reçus des acheteurs et destinés aux vendeurs. Ce compte de tiers est un élément essentiel de la sécurisation des ventes aux enchères publiques et de la confiance des consommateurs. Dès lors, il conviendrait le cas échéant d'adapter ce mécanisme pour le rendre conciliable avec les spécificités des cryptomonnaies »⁹.

On partage donc la conclusion faite dans ce rapport à ce sujet, à savoir que « La question du paiement en cryptomonnaies de biens achetés aux enchères publiques, peut se résumer simplement : ne pas l'accepter serait un frein considérable mais le faire sans cadre représente un danger bien plus grand encore ».

Enfin, mais alors la vision serait vraiment pessimiste pour les maisons de vente, reste également à savoir si le jeton non fongible peut être considéré comme un bien, serait-il incorporel, car on peut avoir l'impression que la propriété côtoie le simple usage¹⁰ ; là encore, beaucoup d'incertitudes à surmonter pour les maisons de vente. L'appel au législateur apparaît donc bien nécessaire, même s'il est intervenu il y a peu...

Par facilité, bien entendu, le terme de « vente » peut être conservé, mais l'usage de guillemets s'impose tant l'on n'est sûr de rien. Plusieurs autres questions se posent en cascade. Quel est le contenu exact du contrat ? Pour reprendre les anciens termes, quel est précisément son objet ? Un transfert de propriété ? Un contrat de fourniture de contenus et de services numériques ? En matière d'art, si le jeton est l'objet de la transaction, le but visé est le sous-jacent. Mais là encore, quel droit transmet-on véritablement sur le sous-jacent ? En réalité, et tout le monde le sait, nous ne sommes pas en présence d'un contrat mais d'un ensemble de contrats¹¹. Il a également été précisé qu'il existait des contrats bien distincts : le contrat d'émission du jeton non fongible entre une plateforme procédant à l'émission et le créateur de l'œuvre, la relation entre la plateforme en qualité d'intermédiaire avec le « vendeur » et avec « l'acquéreur »¹².

⁹ Rapport de M. Cyril Barthalois, <https://www.conseildesventes.fr/nft/ventesvolontaires.pdf>

¹⁰ J. Martin assisté de P. Hot, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles, CSPLA, juillet 2022, p. 24. V. aussi N. Martial-Braz, « Les NFT aux prises avec le droit des biens, Essai d'une qualification », *Rev. Dr. bancaire et financier* 2022, dossier, n° 31.

¹¹ V. sur ce point, L.-M. Augagneur, « La commercialisation des NFT : approche contractuelle et réglementaire », *Les NFTs : enjeux juridiques pour le marché de l'art*, webinaire IDEA, Institut Art & Droit, <https://www.youtube.com/watch?v=qbgcXeFbDUA>

¹² J. Sénéchal, « La qualification des "droits" de "l'acquéreur" du NFT : le NFT aux prises avec le droit des contrats et le droit de la consommation », *Rev. Dr. bancaire et financier* 2022, dossier, n° 33.

La pratique avance, mais pour l'instant, rien n'est encore vraiment déterminé. La simple acceptation du contenu du smart contract paraît difficile. Si le jeton non fongible est le fruit d'une collaboration *via* une plateforme, un lien peut encore faire office de détermination du contenu contractuel. En effet, les plateformes indiquent aux parties quels sont leurs droits et obligations, même si c'est relativement succinct. En l'absence de plateforme, l'acceptation même des termes du smart contract, document crypté, peut poser bien plus de difficultés¹³. D'un point de vue purement contractuel, qui est toutefois l'assise de la transmission d'un jeton non fongible, il faudra comme l'indique le rapport du CSPLA « s'assurer de la validité de l'accord de volontés des parties et de leur compréhension de l'ensemble des termes du contrat et de ses modalités d'exécution »¹⁴. Et ce même rapport de relever deux autres difficultés et non des moindres : d'une part, celle de l'identification des parties et de la validité de leur accord du fait des pseudonymes utilisés dans la blockchain, d'autre part, celle de la capacité des parties à lire le contenu du contrat. Autant dire que l'on part de très loin... et que nous sommes ici face à un véritable gouffre d'incertitudes. Bien entendu, les professionnels essaient de simplifier la présentation du mécanisme, mais il est certain qu'un cadre législatif serait ici nécessaire, ne serait-ce que pour la sécurité des transactions. Car cette dernière est tellement aléatoire qu'investir aujourd'hui dans des jetons non fongibles revient un peu à jouer à la roulette russe.

S'interroger de manière plus approfondie sur la question de la qualification des jetons non fongibles est donc une nécessité (Communication de Laurence Mauger-Vielpeau, ci-après).

Il nous faut aussi concilier ces interrogations à l'existant, c'est-à-dire, que quelles que soient nos hésitations, l'existence concrète d'un marché fait que le groupe de travail s'est interrogé sur les garanties offertes par le droit civil et par le droit de la consommation. Celles du Code civil devraient pouvoir s'appliquer, notamment l'obligation de délivrance et de conformité, de manière plus délicate pour la garantie des vices cachés s'agissant d'établir ce dernier. Le droit de la consommation est sûrement plus protecteur encore. Les plateformes jouent un rôle majeur en matière de jetons non fongibles. Rechercher ce que l'on peut attendre du droit de la consommation et des places de marché au regard du règlement européen sur les services numériques dit *Digital Services Act* ne doit dès lors pas être négligé (Communication de Luc-Marie Augagneur, ci-après).

¹³ J. Martin assisté de P. Hot, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles, CSPLA, juillet 2022 p. 21.

¹⁴ J. Martin, *op. cit.*

LES NFTs ET LE MARCHÉ DE L'ART

Laurence Mauger-Vielpeau *

Professeur de droit à l'Université de Caen-Normandie

1. Crypto-Art. Les NFTs (jetons non fongibles) et le marché de l'art, ce que certains qualifient de « mouvement Crypto-Art »¹, sont au cœur de l'actualité juridique. Ainsi la loi du 28 février 2022 visant à moderniser la régulation du marché de l'art² a élargi le domaine des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques aux « meubles incorporels » qui ne font pas l'objet de dispositions particulières³. Rappelons que les ventes judiciaires de meubles aux enchères publiques pouvaient déjà porter sur de tels meubles depuis la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques⁴. Toutes les ventes aux enchères publiques ont désormais pour domaine les « meubles incorporels ». Cette extension était demandée par les professionnels concernés afin notamment de pouvoir intervenir sur le marché des NFTs. En outre, la question a fait l'objet de deux rapports : l'un du Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, appelé à devenir le Conseil des maisons de vente⁵, et l'autre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique⁶.

2. Art numérique. Les NFTs ont permis à des artistes d'utiliser les nouvelles technologies pour créer et se faire connaître hors des circuits traditionnels : ventes aux enchères publiques, galeries... On retrouve aussi, par l'intermédiaire de plateformes, un premier marché qui permet aux artistes d'exposer et de vendre directement leurs œuvres comme *Superrare* ou *Rarible* et un second marché favorisant leur circulation dont le leader pour l'art est *Opensea*. D'ores et déjà, deux contrats doivent être envisagés⁷ : le contrat d'émission du NFT entre la plateforme procédant à l'émission et le créateur du NFT et celui unissant le « vendeur » à l'« acheteur » avec intermédiation de la plateforme qui sera seul traité dans les développements qui suivent.

3. Qualification du NFT. Encore faut-il déterminer ce qu'est un NFT (*Non Fungible Token*) ou JNF (jeton non fongible). Pour les juristes que nous sommes, il faut donc tenter de mettre à jour sa qualification juridique afin d'en dégager ensuite le régime juridique. Cette question est loin d'être évidente et divise la doctrine. D'ailleurs, n'est-ce pas illusoire dans un monde qui n'a ni frontières, ni limites, comme le monde virtuel, de tenter de régir ce qui s'y

* Membre de l'Institut Art & Droit.

¹ J. Karp et R. Peretz, *NFT Révolution, Naissance du mouvement Crypto-Art*.

² Loi n° 2022-267 du 28 février 2022 visant à moderniser la régulation du marché de l'art, JORF n°0050 du 1 mars 2022.

³ Art. L. 320-1, al. 1, C. com. et art. L. 321-1 dont l'ancien alinéa 2 qui prévoyait que « sont considérés comme meubles par le présent chapitre les meubles par nature » a été supprimé.

⁴ JORF n°0181 du 7 août 2015.

⁵ Rapport du Conseil des ventes, par C. Barthalois, *Les ventes volontaires aux enchères publiques à l'heure des NFT*, janvier 2022.

⁶ Rapport de la mission sur les jetons non fongibles « NFT » (en anglais), par J. Martin et P. Hot, juillet 2022.

⁷ V. notamment à ce sujet : J. Sénéchal, « La qualification des « droits » de « l'acquéreur » du NFT : le NFT aux prises avec le droit des contrats et le droit de la consommation », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet 2022, dossier 33.

passer par le droit interne ou même le droit de l'Union européenne, alors qu'y interviennent des acteurs issus de cultures juridiques diverses ?

4. Absence de réglementation du NFT. Pour l'heure, il n'existe pas de réglementation. Ainsi, le règlement européen MiCAR régissant les crypto-actifs a exclu de son domaine d'application les NFTs, lesquels pourraient quand même faire l'objet d'un texte spécifique dans les prochains mois⁸.

De même, en droit interne, l'article L. 54-10-1, 2°, du Code monétaire et financier vise comme actif numérique « 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 ». En outre, l'article L. 552-2 du même Code précise qu'« Au sens du présent chapitre, constitue un jeton tout 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 permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien ». Mais ces dispositions, propres au droit financier, sont-elles applicables aux NFTs ? Comme l'a démontré un auteur, *« Aujourd'hui, il existe deux catégories d'actifs numériques définies par les articles L. 54-10-1 et L. 552-2 du Code monétaire et financier. Les premiers sont proches de la monnaie, les seconds des titres financiers. Les NFTs ne sont visés par aucune de ces définitions... Certes, la qualification d'actif numérique pourrait être utile pour encadrer les NFTs, mais elle n'est ni souhaitable ni nécessaire »*⁹. Ceci étant dit, à notre sens, ces définitions ne permettent pas de déterminer leur régime juridique. Elles sont insuffisantes. En effet, même si l'on admet que le NFT constitue un actif numérique et plus précisément un jeton au sens de l'article L. 552-2 du Code monétaire et financier, quels droits représente-t-il ? Le législateur ne le précise pas, contrairement à un titre de société qui permet d'exercer des droits sociaux à la fois politiques et financiers. Qu'en est-il d'un NFT ? Au cœur du débat, se pose la question suivante : faut-il distinguer le NFT du sous-jacent ou faut-il les assimiler ?

A notre sens, il ne faut pas les assimiler, mais plus que le jeton, c'est le sous-jacent qui est essentiel dans le NFT et qui commande son régime juridique, particulièrement si ce sous-jacent est une œuvre d'art¹⁰.

5. Création du NFT. Pour mieux comprendre, il faut reprendre le processus de création d'un NFT. Il est composé de trois éléments : un jeton qui est une empreinte alphanumérique et

⁸ V. notamment à ce sujet : B. Sousi, « Le règlement européen MiCAR vient d'être adopté : les NFTs sont-ils réglementés ? Non, mais... », *Banques-notes Express* du 30 octobre 2022.

⁹ D. Legeais, « Les NFT sont-ils des actifs numériques ? », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 4, Juillet 2022, dossier 32.

¹⁰ V. à ce sujet le communiqué de presse de l'Institut Art & Droit du 2 mars 2022 qui demandait dans le cadre de la discussion du règlement MiCA que « Toutefois, la question se pose de savoir si en l'état actuel du texte proposé par la Commission européenne, le Règlement est adapté au marché de l'art. Certaines de ses dispositions sont très lourdes, voire inapplicables, à ce marché. Les acteurs du marché de l'art co-signataires de ce présent courrier souhaiteraient par ailleurs qu'un encadrement juridique spécifique et cohérent soit mis en place pour les NFTs liés à une œuvre d'art : notamment, définition, fiscalité, responsabilité des plateformes, propriété intellectuelle. Au regard des droits d'auteur attachés au sous-jacent contenu dans le NFT, des dispositions particulières paraissent en effet nécessaires pour accompagner efficacement le développement des NFTs dans le domaine de l'art ».

cryptographique dit *hash*, un *smart contract*, qui est un programme informatique autoexécutant et qui permet de déployer le NFT sur la blockchain¹¹ (la tokenisation est l'opération d'inscription ou mintage du NFT dans la blockchain, la plus utilisée étant Ethereum) et l'ensemble des métadonnées qui permettent au jeton d'avoir des propriétés propres et spécifiques, comme un nom, une description et une image de l'œuvre. « Ces métadonnées vont rendre « lisible » le jeton qui n'était qu'une empreinte de *hash*, ils vont également lui apporter ses caractéristiques propres. Il faut donc créer un lien entre le jeton et ces métadonnées qui sont stockées à l'extérieur de la blockchain dans un Arweave ou IFPS, un espace de stockage distribué ou un espace de stockage centralisé. Pour créer ce lien, le *smart contract* devra contenir une Uniform Resource Identifier (URI) qui permet d'identifier une source sur un réseau »¹². Il faut donc retenir que le NFT doit être distingué du *smart contract* et de l'œuvre contenue dans les métadonnées qualifiée de « sous-jacent ». Si le NFT possède une empreinte numérique qui lui permet de circuler sur la blockchain, d'être vendu, échangé, brûlé... il n'est pas l'œuvre elle-même qui est hébergée hors de la blockchain.

6. NFT, unicité et rareté. En effet, le NFT offre un lien vers le sous-jacent et est censé donner l'exclusivité de l'œuvre dans le monde numérique. Il est susceptible d'organiser la rareté et l'unicité dans un monde où les œuvres sont par nature reproductibles à l'infini. « *Le NFT a le potentiel technique d'organiser la rareté et l'unicité d'un support dématérialisé. Il ne se confond pas avec le support de la création ni ne s'y substitue, mais il ajoute et accompagne le support dématérialisé pour lui donner une valeur économique plus importante* »¹³. Ce dernier élément est déterminant car il en fait un objet de circulation et de spéculation. Le NFT peut alors être distingué du sous-jacent. Certes, mais comment le qualifier ?

7. NFT, entre propriété, preuve et authenticité. Partant, outre son rattachement à la catégorie des biens incorporels¹⁴, plusieurs qualifications juridiques du NFT ont été proposées.

Pour certains, le NFT serait un titre de propriété¹⁵, ou il conférerait la propriété du support de l'œuvre numérique¹⁶ ou encore il constituerait un certificat d'authenticité numérique¹⁷. Ainsi l'œuvre d'art, objet d'un NFT, serait le siège d'une nouvelle propriété immatérielle distincte du droit d'auteur et de la propriété corporelle. Outre la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle et la propriété de l'objet

¹¹ Parfois qualifiée de « *grand notaire du monde digital* » : J. Karp et R. Peretz, *op. cit.*

¹² A. Favreau, « Métavers et propriété intellectuelle », *Propriété Industrielle* n° 6, juin 2022, étude 12, spéc. n° 31.

¹³ A. Favreau, *ibid*, spéc. n° 32-33.

¹⁴ V. pour la distinction du NFT et du sous-jacent : N. Martial-Braz, « Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 4, Juillet 2022, dossier 31. L'auteur retient alors une conception rénovée de la notion de bien corporel comme de celle de propriété.

¹⁵ C. Caron le qualifie de « certificat de « propriété » numérique inscrit dans une blockchain », in « Les propriétés en millefeuille », *Revue Comm. com.élect.*, février 2022, repère 2. V. aussi le rapport du Conseil des ventes préc., spéc. p. 12.

¹⁶ G. Goffaux Callebaut et F. Burneau, « La transmission des œuvres d'art numériques », *JCP (N)*, 2022, 1087.

¹⁷ V. en ce sens : V. Varet et X. Près, « NFT : trois lettres déclinées au secteur de l'art », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n° 1, mai 2022, dossier 9 ; C. Zerbib et W. O'Rorke, « NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ? », *Propriété industrielle*, mai 2021, étude 11, qui évoquent « un certificat d'authenticité 2.0 ». V. aussi le rapport du Conseil des ventes préc., spéc. p. 12.

matériel distinguée par l'article L. 111-3 du même Code, s'ajouterait une nouvelle propriété immatérielle¹⁸.

On peut admettre que le NFT constitue un « titre » ou un instrument de preuve qui permet d'identifier l'émetteur du NFT et les propriétaires successifs du NFT car la création comme la circulation du NFT sont inscrites dans la blockchain. La valeur probatoire de celle-ci est indéniable sous réserve de la fiabilité de la technique¹⁹. Mais, au regard du droit positif, le NFT ne crée pas de droit nouveau de propriété sur l'œuvre numérique sous-jacente qui demeure régie par le Code de la propriété intellectuelle dès lors qu'elle constitue une œuvre de l'esprit²⁰. Il ne peut davantage constituer - à coup sûr - un certificat d'authenticité attestant en lui-même de la paternité et de l'intégrité de l'œuvre car le créateur du NFT n'est pas forcément l'artiste qui a créé l'œuvre ou pire, il n'a peut-être aucun droit sur l'œuvre associée.

8. Droit réel, droit personnel ou licence d'utilisation. Pour d'autres, le NFT représenterait des droits sur le sous-jacent conformément à la rédaction de l'article L. 552-2 du Code monétaire et financier. Il peut s'agir d'un droit de propriété incorporelle sur le fichier associé qui constitue soit une simple reproduction de l'œuvre numérique au sens de l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle, soit un exemplaire original de l'œuvre numérique, objet du droit de suite. Le NFT peut aussi conférer à son titulaire un droit personnel de jouissance de la copie de l'œuvre numérique²¹. Mais, comme l'ont relevé plusieurs auteurs²², en l'absence d'intervention du législateur le prévoyant, le NFT ne peut incorporer les droits sur le sous-jacent et la transmission du NFT n'équivaut pas à celle du bien. En définitive, il peut davantage être analysé comme une licence d'utilisation de l'œuvre numérique dans le monde virtuel, relevant notamment du droit des obligations²³, ou du droit de la consommation²⁴.

9. Insécurité juridique. En l'absence de réglementation spécifique, le marché des NFTs est profondément insécurisant, particulièrement dans le domaine de l'art, tant au stade de l'émission du NFT que de sa cession.

10. Lien vers le sous-jacent. En effet, pour l'heure, le NFT est un lien vers le sous-jacent. C'est une clé d'accès au sous-jacent. Encore faut-il que celui-ci existe, qu'il ne soit pas supprimé (volontairement ou par inadvertance), détruit ou volé, qu'il puisse être qualifié

¹⁸ *Contra* : A. Favreau, *ibid*, spéc. n° 33.

¹⁹ La blockchain ne bénéficie pas d'une présomption de fiabilité en matière de signature et d'horodatage car cette technologie ne prévoit pas l'usage d'un tiers de confiance ; les signatures électroniques et autres inscriptions utilisées dans les chaînes de blocs ont une valeur probante appréciée par le juge conformément au droit commun de la preuve : AN, Question N° 22103, Réponse publiée au JO le : 10/12/2019, p. 10774. V. à ce sujet C. Zerbib et W. O'Rorke, art. préc., qui qualifient la preuve numérique sur blockchain de commencement de preuve par écrit.

²⁰ Rappelons l'alinéa 1^{er} de l'art. L. 111-1 CPI qui dispose que « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ».

²¹ V. notamment : V. Varnerot, « Le régime fiscal des NFTs artistiques », *Droit fiscal*, 7 avril 2022, 176. L'auteur en déduit que le traitement fiscal des opérations d'émission et de revente dépendra de la nature du droit transmis avec le NFT artistique.

²² D. Legeais, art. préc. et N. Martial-Braz, art. préc.

²³ V. à propos des opérations d'ICO (*Initial Coin Offering*) : A.-S. Choné-Grimaldi, « Les contraintes du droit des obligations sur les opérations d'ICO », *Dalloz* 2018, 1171.

²⁴ V. notamment en ce sens : CA Montpellier, 2^e ch. civ., 21 octobre 2021, n° 21/00224, *JCP E* 2022, 1225, n° 33 et s., obs. M. Bourgeois, L. Thibierge, J. Dehavay.

d'œuvre de l'esprit, qu'il n'y ait pas d'atteinte aux droits de son auteur s'il s'agit d'une œuvre contrefaisante²⁵. C'est donc bien le sous-jacent qui est déterminant. Le NFT est émis pour créer entre son détenteur et l'œuvre un lien, mais celle-ci ne figure pas dans la blockchain : elle peut disparaître, elle peut être détruite, manipulée... Ce lien demeure encore techniquement fragile. Pour autant, le NFT est intimement lié au sous-jacent. Les droits des détenteurs de NFTs sont tributaires de ceux du créateur du NFT sur le sous-jacent. Si celui-ci n'a pas de droits sur le sous-jacent, le NFT est une coquille vide. A l'inverse, tout est possible, le NFT peut représenter toutes sortes de droits librement transmissibles sur le sous-jacent. Pour l'heure, faute d'intervention du législateur, c'est au contrat de prévoir la nature des droits transmis, sous la réserve du respect de l'ordre public. Mais quel contrat ? Le *smart contract* ? C'est peu probable vu le coût du mintage et l'impact environnemental de celui-ci. Il reste les conditions d'utilisation des plateformes...

11. Plateformes d'échanges. Les transactions s'opèrent sur des plateformes ou *marketplaces* au moyen de portefeuilles numériques ou *wallet* composés de cryptomonnaies (bitcoin, ethereum... qu'on oppose aux *fiat* monnaies ou monnaies étatiques) et de NFTs. Ce n'est donc pas un paiement en somme d'argent au sens de l'article 1582 du code civil, « la qualification de contrat d'échange semble plus adaptée que celle de contrat de vente. La question est sans conséquence, l'article 1707 du code civil, relatif au contrat d'échange, renvoyant, en tant que besoin, aux règles relatives au contrat de vente »²⁶. Ceci étant dit, la valorisation est compliquée car il faut prendre en compte le cours des NFTs, plus précisément du sous-jacent auquel renvoie le NFT, et celui de la cryptomonnaie d'échange qui l'un comme l'autre varient ...

Ce sont les plateformes qui fixent les règles, se dégageant de toute responsabilité quelle que soit la difficulté rencontrée (violation des droits d'auteur, cession d'œuvres volées, risques techniques)²⁷ et prévoyant des conditions d'utilisation à géométrie variable quant aux droits cédés²⁸. Là encore, l'insécurité juridique est de mise. Entre « ces conditions générales de vente » très incomplètes et le *smart contract* qui demeure un programme informatique codé, couteux et nuisible à l'environnement, organisant la création et la circulation du NFT mais contenant peu d'éléments juridiques, il reste une place pour organiser contractuellement la cession de droits sur le sous-jacent. Aux juristes de s'en emparer ! Pour l'heure, l'encadrement des activités des plateformes est un moyen non négligeable de protection des utilisateurs, auquel contribue le règlement européen sur les services numériques (DSA).

²⁵ V. notamment à ce sujet V. Varet et X. Près, art. préc., pour lesquels grâce aux garanties de sécurité et de transparence inhérentes à la technique de la blockchain, « le NFT apparaît donc aussi comme un outil efficace de lutte contre la contrefaçon ».

²⁶ A.-S. Choné-Grimaldi, art. préc. V. aussi l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, commission présidée par le Pr Ph. Stoffel-Munck, juillet 2022, dont l'art. 1582 vise expressément le prix qui « consiste en une somme d'argent » et l'art. 1703, al. 2, qui prévoit que « Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent à l'échange en tant que de raison ».

²⁷ Nous ne développerons pas ici l'éventuelle responsabilité des plateformes en tant qu'hébergeur, ni l'application de la directive 2019/790/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JOUE L 130 du 17 mai 2019, transposée en droit interne par l'ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition du 6 de l'article 2 et des articles 17 à 23 de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JORF n°0111 du 13 mai 2021, dans le CPI.

²⁸ V. à ce sujet : C. Boismain, « Les droits transmis avec les NFT », JCP E, n° 23, 9 juin 2022, 1210. Le plus souvent, est permise une exploitation non commerciale de l'œuvre, dans un cadre privé.

LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS POUR L'ACHAT DE NFTs SUR LES PLACES DE MARCHÉ : L'ÉVOLUTION ANNONCÉE PAR LE RÈGLEMENT SUR LES SERVICES NUMÉRIQUES (DSA)

Luc-Marie Augagneur *

Avocat associé Cornet Vincent Ségurel

1. Si les transactions les plus emblématiques de NFTs ont été réalisées par des maisons de vente, l'essentiel des transactions mondiales (en volume et en chiffre d'affaires) résulte de la conclusion de ventes par l'intermédiaire de places de marché ; même s'il reste relativement dynamique, le marché se partage entre un nombre réduit de plateformes parmi lesquelles l'une d'entre elle, Opensea, a rapidement pris une place dominante (passant de 30% à 90% au cours de l'année 2021). Néanmoins, la récente annonce par Amazon de la mise en ligne de sa plateforme de NFTs fin avril 2023 annonce une possible évolution significative du marché.

Les places de marché de NFTs : un environnement réfractaire à la régulation

2. Pour plusieurs raisons, cet environnement de vente¹ s'avère assez réfractaire à la régulation en général et à la régulation économique résultant de l'application du droit de la consommation pour la protection des acheteurs en particulier. En premier lieu, il s'inscrit naturellement dans une « culture crypto » propre à l'objet des transactions. Cette culture s'est forgée autour d'idéaux reposant sur la décentralisation et la vérifiabilité des transactions résultant de la technologie blockchain utilisée par toutes les plateformes. Cet usage s'explique notamment par les contreparties en crypto-actifs auxquelles les opérateurs ont recours. Les communautés qui ont fait naître et alimenté ces marchés se sont notamment construites sur le rejet des autorités centralisées, de leur contrôle et de leurs monnaies. Elles substituent à ce contrôle étatique centralisé une traçabilité et une transparence des opérations sur un registre public des transactions réputé infalsifiable censé suffire à l'établissement d'une confiance de marché. Dans ce contexte, le pseudonymat apparaît suffisamment acceptable dans un système de sécurité fondé sur la surveillance possible par la communauté plutôt que par l'autorité.

3. En second lieu, les places de marché sont des plateformes dont la vocation de désintermédiation présente une appétence à l'évitement des contraintes de la régulation économique. Elles se présentent en effet le plus souvent comme de simples intermédiaires assurant une mise en relation entre l'offre et la demande sans intervenir en leur nom et pour leur compte dans l'opération économique, tout en retirant un profit sous forme de commission. A ce titre, de nombreuses plateformes ont entendu s'affranchir de la réglementation économique ou sociale propre à aux transactions qu'elles facilitent. Certaines d'entre elles ont pu y échapper² en montrant qu'elles n'accomplissent qu'un simple service de la société de l'information en qualité de véritable intermédiaire, tandis que d'autres ont été qualifiées comme des opérateurs indissociables du service

* Membre de l'Institut Art & Droit.

¹ Nous utilisons dans la présente étude le terme de vente dans son acception économique et commune plutôt qu'au sens strictement juridique. A cet égard, v. not., ci-avant, la contribution de F. Labarthe, « Introduction interrogative ».

² CJUE, 19 déc. 2019, C-390/18, Airbnb.

offert, bien qu'elles n'assurent juridiquement qu'une mise en relation³. Mais, dans tous les cas, le modèle juridique des plateformes a consisté à prétendre se dégager des risques inhérents aux transactions tout en étant un canal de concentration de celles-ci.

La protection des acheteurs contre des risques nuisant à la sécurité du marché

4. Pourtant, les transactions de NFTs présentent de nombreux risques pour les acheteurs qui constituent autant de faiblesses pour le marché que l'environnement crypto ne peut pallier. Le marché a en effet la mauvaise réputation d'être inondé de faux et d'être particulièrement opaque. A bon ou à mauvais droit, de nombreux NFTs sont plus ou moins susceptibles de porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle de l'œuvre originelle que le fichier numérique associé au token copie ou dont il s'inspire. La problématique de la contrefaçon gangrène ainsi à grande échelle le marché des NFTs et pose à l'évidence la question de la responsabilité des places de marché dans son enrayement.

5. Quant à l'opacité du marché des NFTs, elle se décline en plusieurs dimensions. D'abord, elle découle de la complexité et de la variabilité de l'objet même de la transaction. En ce qu'il est destiné à « représenter »⁴ des droits sous-jacents, le jeton a vocation à transférer à « l'acheteur » des droits protéiformes dont la nature et l'étendue dépend essentiellement des conditions de la transaction. Or, ces droits apparaissent extrêmement restreints dans les conditions générales qui sont le plus souvent associées. Alors que la presse présente souvent les NFTs comme des certificats de propriété numérique, les droits concédés sont généralement limités à une simple licence d'usage à titre non exclusif des droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre sous-jacente. Dans certains cas, des droits d'exploitation limités, le bénéfice d'une prestation ou des droits sur une chose réelle peuvent être conférés. Cette absence de standardisation des droits représentés par le jeton est à l'évidence de nature à rendre d'autant plus sensible l'information précontractuelle due aux consommateurs, en particulier au titre de l'article L. 111-1 du code de la consommation (et ses équivalents dans les autres pays de l'UE en ce que ces obligations découlent de la transposition de différentes directives européennes).

6. Mais l'opacité résulte également du pseudonymat qui a cours sur les places de marché de vente de NFTs. Lorsque le vendeur peut être considéré comme un professionnel au sens du droit de la consommation, le pseudonymat constitue un manquement aux obligations de révélation de l'identité du vendeur résultant de l'article L. 111-1, 4° du Code de la consommation. Cette identification est naturellement essentielle à la sécurité des transactions et à l'exercice des droits contre le vendeur.

7. Enfin, l'opacité du marché des NFTs se traduit par la prolifération de différentes formes de manipulation des facteurs déterminant le cours des transactions. De nombreux articles relatent notamment des techniques de *wash-trading* consistant, grâce au pseudonymat, à afficher des transactions factices pour lesquelles l'acheteur et le vendeur s'avèrent liés. L'illusion d'une liquidité élevée et l'historique transactionnel faussé constituent à l'évidence des manœuvres destinées à tromper les acheteurs sur la valeur réelle de marché. Dans le même ordre d'idée de la construction d'une fausse réputation des actifs, les autorités ont alerté sur les risques de publicité trompeuse sur les crypto-actifs résultant de l'action des influenceurs⁵.

³ CJUE, 20 déc. 2017, C-434/15, Uber.

⁴ Selon les termes de l'article L. 552-2 du code monétaire et financier définissant les jetons, mais dont le mécanisme n'est pas reconnu comme nécessairement transposable en dehors des crypto-actifs financiers par tous les auteurs. Sur la complexité de cette question, v., ci-avant, la contribution de L. Mauger-Vielpeau, « Les NFTs et le marché de l'art ».

⁵ Communiqué European Banking Authority et European Securities and Market Authority, 17 mars 2022.

8. Dans ces conditions, si les places de marché bénéficient d'une bonne fiabilité de la preuve des transactions, d'une fluidité et d'une simplicité de celles-ci, grâce à l'utilisation de la blockchain, elles exposent les acheteurs non avertis à des risques variés et très significatifs qui ne sont pas compatibles avec le niveau de sécurité attendu de ce type de marché. Or, jusqu'ici, les places de marché se sont largement désintéressées de toute contribution à la régulation et à l'assainissement du marché. Mais l'adoption récente du Règlement sur les Services Numériques⁶ (Digital Services Act, DSA) devrait profondément modifier les conditions de transaction. En effet, outre les obligations des plateformes en matière de modération des contenus tiers, le DSA leur assigne des obligations spécifiques lorsqu'elles permettent de conclure des contrats à distance⁷. Désormais, en devant assurer une *compliance by design* de l'environnement de commercialisation, c'est-à-dire en assumant une part des obligations de conformité *ex ante* au droit de la consommation (I), puis en devant exercer une vigilance continue et en étant placées en juge de la conformité des vendeurs (II), les marketplaces de NFTs apparaîtront comme des auxiliaires de la régulation.

I - LES PLACES DE MARCHÉ DE NFTs COMME AUXILIAIRE DE RÉGULATION *EX ANTE* : LES OBLIGATIONS DE *COMPLIANCE BY DESIGN*

9. Jusqu'à présent, les places de marché de NFTs se sont peu préoccupées de l'application du droit de la consommation, à la fois en considérant manifestement qu'elles agissaient depuis un territoire extérieur à l'Union européenne et en estimant que leur responsabilité serait limitée à celle d'un simple hébergeur de contenu. Mais, la vocation extra-territoriale du DSA (A) et les obligations spécifiques qu'il crée (B) ne devrait plus permettre à ces stratégies de perdurer.

A. La vocation extra-territoriale du DSA

10. Les plateformes s'efforcent presque systématiquement de s'exonérer du droit où se trouvent les utilisateurs de leur service en se prévalant de l'application du seul droit depuis lequel elles éditent l'interface d'utilisation de ce service. Ces dénégations donnent lieu à un contentieux nourri et complexe tenant à la fois de l'application des règlements Rome I⁸ et Rome II⁹ pour la loi applicable (selon que l'action est de nature contractuelle ou extra-contractuelle, ou qu'elle combine les deux¹⁰), ainsi que du Règlement Bruxelles I¹¹ pour la juridiction compétente. Mais, d'une façon générale, tant l'article 6.1, b) du Règlement Rome I que l'article 17.1, c) du Règlement Bruxelles I déterminent l'applicabilité du droit et de la compétence européens selon que les services de la plateforme sont « dirigés vers » l'un des territoires de l'Union. Or, les principales plateformes de NFTs, notamment Opensea, ont une forte activité dans l'Union où elles comptent un nombre élevé d'utilisateurs. Mais elles se défendraient probablement d'y diriger leur activité et se gardent d'y établir des établissements. A cet égard, les critères classiques de direction de l'activité retenus par la jurisprudence¹² que sont la langue, la monnaie, la livraison, les références aux spécificités territoriales, apparaissent peu adaptés aux NFTs qui réunissent des communautés cryptos quasi exclusivement

⁶ Règlement sur les services numériques 2022/2065 du 19 octobre 2022 applicable à compter du 17 février 2024.

⁷ Règlement 2022/2065, art. 29 à 32.

⁸ Règlement 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, art. 6.

⁹ Règlement 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles.

¹⁰ V. par ex. CJUE 28 juil. 2016, C-191/15 pour l'action en cessation d'une clause abusive des conditions générales d'Amazon.

¹¹ Règlement 1215/2012.

¹² Cf not. CJUE 7 déc. 2010, Pammer et Alpenhof, C-585/08 et C-144/09.

anglophones, échangeant des actifs sur support numérique contre des crypto-actifs et avec peu de rattachement territorialisé.

11. Pour éviter toute inapplicabilité éventuelle du régime de responsabilité des plateformes, l'article 2 du DSA prévoit un champ d'application qui lui confère une vocation extra-territoriale. S'il se limite à prévoir que le Règlement s'applique aux services intermédiaires « proposés aux destinataires » situés dans l'Union, quel que soit le lieu d'établissement de la plateforme, les considérants 7 et 8 apportent des précisions décisives. Ils indiquent que les liens étroits avec l'Union pour apprécier la destination du service peuvent se déduire soit de l'établissement dans l'Union, soit du ciblage de l'activité dans un ou plusieurs États membres¹³, mais surtout du seul fait qu'un nombre significatif d'utilisateurs soit situé dans l'Union.

12. A cet égard, il ne fait aucun doute que, malgré toutes les précautions que pourraient prendre les places de marché, le DSA sera, dès son entrée en application, opposable et applicable aux principales marketplaces de NFTs¹⁴. Le critère alternatif relatif, non plus seulement à l'éditeur du service, mais aux destinataires réels, même en l'absence de toute intention de les viser, est manifestement motivé par l'effectivité de la protection des utilisateurs. Cela pourrait conduire les éditeurs à devoir être soumis à une réglementation exigeante, contraignante et coûteuse malgré leur volonté. Ce d'autant que les violations du DSA sont passibles d'une amende pouvant atteindre 6% du chiffre d'affaires de leur auteur, ce qui signale l'impérativité économique de cette régulation. Mais il resterait naturellement loisible aux places de marché extra-européennes d'en bloquer l'accès aux utilisateurs européens pour se soustraire à la réglementation sans profiter de l'activité qu'ils génèrent.

13. En l'occurrence, le DSA devrait avoir d'autant plus de conséquences pratiques effectives que le devoir de contrôle de l'activité des vendeurs supposera des diligences et des appréciations juridiquement et matériellement complexes compte tenu des spécificités des NFTs.

B. L'identification, la qualification des vendeurs et du cadre réglementaire des NFTs

14. L'une des innovations majeures du Règlement sur les Services Numériques consiste à exiger des plateformes permettant la conclusion de contrats à distance, c'est-à-dire en particulier les places de marché, qu'elles identifient les professionnels qui proposent ces contrats et qu'elles collectent toutes les informations élémentaires relatives à ces professionnels (coordonnées, inscription au registre du commerce, coordonnées bancaires). Cette exigence (dite « know your business » ou KYB) a pour objet d'éviter les activités occultes ou manifestement irrégulières.

15. Pour identifier les professionnels, encore faut-il pouvoir les qualifier comme tels. Or, la question prend un relief particulier en matière de NFTs puisque l'appréciation de la qualité même de professionnel pour les vendeurs peut être délicate. Au sens du droit de la consommation, le professionnel désigne toute personne agissant à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. La jurisprudence de la Cour de Justice caractérise le caractère professionnel de l'activité à partir d'un faisceau d'indices prenant en compte le caractère

¹³ Ce critère ne se confondant pas avec la notion « d'activité dirigée vers » un territoire qui n'en constitue que l'une des formes de ciblage, les autres pouvant résulter notamment de la possibilité de commander, du nom de domaine, de la disponibilité dans un magasin d'applications national, des publicités locales, d'un service client disponible dans une langue propre à un pays.

¹⁴ L'article 29 du Règlement prévoit que celui-ci n'est pas applicable aux plateformes qui permettent de conclure des contrats avec des micro-entreprises ou des petites entreprises. Néanmoins, le considérant 57 permet de comprendre que les critères de taille s'appliquent à la plateforme et non aux utilisateurs de ces plateformes.

organisé ou non de l'activité, sa régularité, son caractère lucratif, l'étendue de l'offre proposée, le statut juridique, la disposition d'informations privilégiées et les compétences techniques de nature à conférer un avantage sur le consommateur¹⁵.

16. L'application de cette grille d'analyse à la sociologie et à l'économie des vendeurs de NFTs -encore difficile à cerner- pourrait conduire à des situations relativement complexes. Les places de marché seront vraisemblablement conduites, dans leur procédure d'identification, à la collecte et l'analyse de données notamment relatives aux revenus retirés, au nombre d'œuvres et de transactions, à leur fréquence, soit sur une base déclarative, soit à partir des données générées par la plateforme. Mais les plateformes resteront responsables des paramètres et de la pondération des composantes du faisceau, sans pouvoir par exemple évaluer aisément les conditions d'organisation de l'activité quant aux ressources mobilisées ni mesurer l'asymétrie d'information. En tout cas, des activités qui pouvaient apparaître en marge ou à la frontière d'une véritable activité professionnelle, notamment parce qu'elles ne sont pas nécessairement exercées à titre principal, semblent pouvoir être envisagées à titre professionnel. L'avocat général Szpunar visait à ce titre notamment les influenceurs¹⁶. Les nouvelles formes de rapports économiques ambivalents, qui sont induites par la société numérique, rendent ainsi d'autant plus complexe l'appréhension des situations-frontière. Les places de marché ne pourront en toute hypothèse plus agir comme des intermédiaires passifs et indifférents au statut des vendeurs.

17. Elles le pourront d'autant moins que le processus d'identification des vendeurs inclut une déclaration d'autocertification du professionnel par lequel celui-ci s'engage à fournir des produits ou services conformes aux règles applicables du droit de l'Union¹⁷. Mais le Règlement fait peser sur les plateformes un devoir de contrôle puisqu'elles devront, préalablement à l'ouverture du compte du vendeur, faire tous leurs efforts pour évaluer la fiabilité et la complétude des informations fournies¹⁸. Or, la conformité au droit de l'Union des conditions de vente de NFTs suppose en particulier d'apprécier le cadre réglementaire auquel ces NFTs sont soumis. A cet égard, il a été souligné que le Règlement MiCA¹⁹, dont l'adoption est imminente, prévoit une *appréciation in concreto* de la nature des NFTs susceptibles d'être soumis à la réglementation financière applicable aux crypto-actifs²⁰. En particulier, l'entrée dans le champ d'application de cette réglementation contraignante dépend des droits associés aux NFTs (c'est-à-dire de l'actif sous-jacent), de l'étendue de la collection et de la facilité d'estimation de la valeur. Il appartiendra ainsi indirectement aux plateformes de déterminer la nature apparente des NFTs au regard de facteurs comme le nombre d'exemplaires et des différentes métriques associées aux transactions. Cette appréciation apparaît d'autant plus complexe dans la mesure où les NFTs se singularisent comme une hybridation entre œuvre d'art et actif spéculatif dématérialisé.

18. Si les places de marché ne sont pas instituées en co-responsables de la conformité, elles devront mettre à disposition une interface permettant de respecter l'ensemble des obligations en matière d'informations pré-contractuelles de façon claire et dépourvue d'ambiguïté en devant veiller à ce que ces informations soient effectivement fournies. S'agissant ainsi des NFTs, ces informations incluront

¹⁵ CJUE, 4 oct. 2018, C-105/17, Kamenova.

¹⁶ Concl. Szpunar, 31 mai 2018, C-105/17.

¹⁷ Règlement 2022/2065, art. 30.1, e).

¹⁸ Règlement 2022/2065, art. 30.2.

¹⁹ Règlement sur les marchés de crypto-actifs.

²⁰ Voir, ci-avant, la contribution de M. Quiniou, « Les qualifications juridiques *in concreto* des NFTs dans l'art et l'enjeu du cumul de qualifications : perspectives franco-européennes ».

nécessairement une description non équivoque de la nature des droits transférés (étendue de la licence d'utilisation sur l'oeuvre), mais aussi toutes les conditions spécifiques de garantie propres aux biens et contenus numériques²¹, en particulier en ce qui concerne l'accessibilité au fichier numérique de l'œuvre sous-jacente, la continuité de fourniture et l'interopérabilité.

19. C'est donc en pratique une charge significative qui pèsera sur les opérateurs de plateformes, en symétrie des obligations de compliance imposées aux intermédiaires ayant la qualité de prestataires de services sur actifs numériques pour les crypto-actifs soumis au Règlement MiCA. Ce d'autant que les places de marché devront assurer une vigilance continue de l'activité des vendeurs.

II - LES PLACES DE MARCHÉ COMME JUGE DE LA CONFORMITÉ : UN DEVOIR DE VIGILANCE

20. Le Règlement sur les services numériques ne limite pas la responsabilité des plateformes de vente en ligne à une mission de contrôleur lors de l'ouverture du compte des vendeurs. Il leur enjoint également, au cours de l'activité, non seulement de procéder au prompt retrait des contenus illégaux qui lui sont signalés, mais également de rechercher elles-mêmes des contenus illégaux (A). Compte tenu de la massification de l'activité des vendeurs, cette mission ne peut en pratique s'exercer que par des moyens algorithmiques ; ce qui en suppose une appréhension spécifique destinée à en éviter les biais (B).

A. La détection des situations illégales : une vigilance active

21. La commercialisation de NFTs est susceptible de donner lieu à un large spectre de violations de la loi. Indépendamment du non-respect de contraintes réglementaires, elle peut notamment faire apparaître des pratiques commerciales trompeuses (en particulier dans les hypothèses de wash-trading ou de manipulation des données de réputation qui influencent le cours des enchères) et, naturellement, de contrefaçon. Le DSA réitère à cet égard le principe de responsabilité limitée des hébergeurs prévu par la directive de 2000/31. Ainsi, sauf à adopter un rôle actif leur conférant la connaissance ou le contrôle des contenus, lesquels ne s'infèrent ni d'une politique de modération ni de l'indexation ou de la recommandation des contenus, les plateformes ne sont responsables d'une situation illégale qu'en l'absence de prompt retrait faisant suite à une notification concrète, précise et étayée sans que la plateforme n'ait à faire un examen juridique approfondi²². L'article 7 du Règlement confirme d'ailleurs²³ que le fait de se soumettre aux obligations de vérification préalable de conformité ne font pas perdre le bénéfice de la responsabilité limitée des hébergeurs. Il en résulte que, s'agissant en particulier des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, les ayants droit devront continuer à notifier les violations aux plateformes qui devront les instruire et statuer.

22. Toutefois, les dispositions du Règlement spécifiques aux plateformes permettant aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec des professionnels assignent aux places de marché l'obligation de vérifier de manière aléatoire si les produits ou services ont été recensés comme étant illégaux dans une base de données en ligne officielle²⁴. En d'autres termes, pour ce qui concerne

²¹ Telles qu'elles résultent de l'ordonnance n°2021-1247 du 29 septembre 2021 transposant la directive 2019/770 du 20 mai 2019.

²² CJUE, 22 juin 2021, YouTube, C-682/18.

²³ Malgré le contresens de la version française du texte qui indique que « les fournisseurs de services intermédiaires ne sont pas réputés avoir droit aux exemptions de responsabilité prévues aux articles 4, 5 ou 6 du simple fait qu'ils procèdent [aux mesures de détection des contenus illégaux] ».

²⁴ Règlement 2022/2065, art. 31.3.

la contrefaçon, les ayants droit auront intérêt à faire recenser par des bases de données officielles les œuvres susceptibles d'être contrefaites par des NFTs pour alimenter les sources de détection des plateformes. Ces dernières n'auront toutefois pas, comme c'est le cas pour les fournisseurs de partage de contenus en ligne depuis la transposition de la directive sur les droits d'auteur, l'obligation d'obtenir une autorisation des ayants droit ou de faire leurs meilleurs efforts pour l'obtenir²⁵. Toutefois, si cette directive exclut expressément les places de marché du régime des fournisseurs de partage de contenu, on ne peut manquer d'observer que certaines plateformes de NFTs ne se limitent pas à une fonction de place de marché et qu'elles offrent des services permettant la personnalisation des profils pour créer et exposer des collections. Dans ces hypothèses, on ne saurait à notre sens exclure le régime des fournisseurs de partage de contenu.

23. Pour autant, le dispositif du règlement sur les services numériques organise essentiellement un système de vigilance reposant sur des efforts raisonnables d'identification des contenus illégaux. Les plateformes assument ainsi une mission d'enquête interne à leur écosystème qui est clairement antinomique de l'ensemble de la culture crypto fondée sur la défiance à l'égard de la régulation centralisée au profit de la vérifiabilité des registres. La sémantique de l'enquête est d'ailleurs explicite dans le texte du DSA qui, au sujet de la vigilance sur l'exactitude de l'identification des vendeurs et de leur déclaration de conformité, enjoint aux plateformes de demander aux vendeurs de remédier à la situation lorsqu'elles disposent « de suffisamment d'indices ou des raisons de penser » que les déclarations sont inexactes, incomplètes ou obsolètes. L'on croirait ainsi lire des dispositions de procédure pénale ou, à tout le moins, l'énoncé d'un cadre d'investigation fondé sur des mécanismes de présomption, de vraisemblance et de manifestation de la vérité. Cette curiosité n'est qu'apparente. Elle traduit un phénomène récemment observé selon lequel la compliance institue l'entreprise chargée de « buts monumentaux » (comme l'est la détection de l'illégalité) comme « procureur et juge d'elle-même »²⁶. D'ailleurs, à défaut de satisfaire à la mise en conformité, la plateforme doit procéder à la suspension du compte du vendeur²⁷. Par ailleurs, en cas d'illégalité avérée d'un contenu, les plateformes devront en informer les consommateurs²⁸. Elles se voient ainsi déléguer des missions quasi répressives impliquant des mesures d'investigation, d'évaluation des droits apparents des parties et de coercition économique. Cette responsabilité ne serait pas tant surprenante si l'on n'avait pas conscience que ces missions sont essentiellement dévolues à des algorithmes ...

B. La dimension algorithmique de la régulation

24. En prescrivant aux places de marché de faire leurs meilleurs efforts ou tous leurs efforts, le DSA ne prescrit pas d'obligation de résultat de détection des défauts de conformité. Et pour cause, puisque le nombre de vendeurs, d'œuvres en vente et de transactions rend un contrôle systématique impossible. De fait, la recherche des contenus illégaux et l'appréciation de la conformité sont nécessairement assurées par des fonctions automatisées qui, sans être autrement encouragées que par l'effectivité des mesures de surveillance, ne sont nullement proscrites par le DSA. Au contraire, le règlement prévoit que les plateformes pourront procéder à la détection et au retrait (ou au refus du retrait) des contenus illégaux sur la base d'un système entièrement fondé sur des algorithmes²⁹. C'est dire que l'ensemble de ces fonctions peut être mise en œuvre sans intervention humaine. Cette dernière ne devient obligatoire qu'au stade du système de traitement des plaintes par la plateforme.

²⁵ Ordonnance du 12 mai 2021 transposant la directive 2019/790.

²⁶ La Juridictionnalisation de la compliance, dir. M.-A. Frison-Roche, *Dalloz*, Journal of Regulation and Compliance, 2022.

²⁷ Règlement 2022/2065, art. 31.3 al. 2.

²⁸ Règlement 2022/2065, art. 32.1.

²⁹ Règlement 2022/2065, art. 14, 16 et 17.

25. S'agissant de NFTs, et plus particulièrement du caractère professionnel de l'activité et/ou de la nature des NFTs entrant dans le champ des crypto-actifs financiers, on imagine que, sauf à vider le DSA de sa substance, l'appréciation de la suffisance des efforts de détection dépendra de l'exploitation des données des comptes de vendeur. Les conditions d'identification de contenus non conformes à la réglementation dépendraient alors de la modélisation algorithmique des valeurs caractéristiques des transactions permettant d'inférer une activité professionnelle et/ou financière. Cette régulation statistique, exercée par des moyens algorithmiques, sous la responsabilité des plateformes et suivant une processualisation imparfaite, traduit une forme relativement inédite de normativité que nous avons décrite par la formule *Data is law*³⁰. Ce constat ne peut manquer d'interroger sur les conditions du contrôle par le juge et par les autorités de régulation de cette activité algorithmique qui en suppose une transparence suffisante et difficile à rendre effective³¹.

26. De la même façon, le DSA établit un principe de transparence des systèmes de recommandation en exigeant que les plateformes portent à la connaissance des utilisateurs les principaux paramètres des algorithmes³². Les places de marché de NFTs, comme d'ailleurs toutes autres plateformes, hiérarchisent les œuvres suivant différents critères qui entrent dans la définition de ces prescriptions. Opensea annonce par exemple que son algorithme Openrarity serait parfaitement transparent. Ce type de système exerce évidemment une influence déterminante sur les conditions économiques des transactions (perception de la valeur, exposition ou non des offres aux acquéreurs), de sorte que la régulation algorithmique y est essentielle. Pourtant, compte tenu de la sensibilité d'une transparence absolue et des enjeux de secret des affaires qui s'attachent à cette divulgation, on peut douter de son effectivité. D'ailleurs, à lire le texte du Règlement de près, on observe que la plateforme n'est contrainte de ne révéler que les « principaux paramètres » de son algorithme ; ce qui laisse évidemment une marge à une opacité qui peut être décisive.

27. Si la présente étude ne peut prétendre à une analyse exhaustive du DSA, dont elle ne donne un aperçu qu'à la lumière des enjeux spécifiques des places de marché de NFTs, on peut en tirer un enseignement général assez net. Il consiste à observer que les conditions de commercialisation devraient singulièrement évoluer dans le sens d'une plus grande protection des acheteurs et en contradiction avec la culture d'origine des NFTs. On lira encore dans le nouveau dispositif une forte complexité technique et réglementaire qui préfigure des gageures autant pour les plateformes que pour l'effectivité de la protection des utilisateurs. Cette complexité, et les coûts qui y sont associés, pourrait ne pas profiter à l'ouverture du marché. En renchérissant les coûts de transaction, c'est-à-dire les barrières à l'entrée, elle pourrait en effet renforcer le pouvoir de marché déjà acquis par les opérateurs dominants en place. Néanmoins, la stratégie du nouvel entrant qu'est Amazon, au plan économique comme au plan juridique, pourrait être décisive. C'est peu dire que la règle de droit contribue à façonner le marché.

³⁰ L.-M. Augagneur, « La juridictionnalisation de la réputation par les plateformes », in La Juridictionnalisation de la compliance, dir. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, *Journal of Regulation and Compliance*, 2022, p.97.

³¹ Seules les très grandes plateformes, c'est-à-dire celles comptant plus de 45 millions d'utilisateurs actifs mensuels dans l'Union Européenne, sont soumises à une évaluation des risques systémiques, notamment de leurs algorithmes, ainsi qu'à une auditabilité de leurs algorithmes (Règlement 2022/2065, art. 33 et s.).

³² Règlement 2022/2065, art. 27.

III – L’APPLICATION DU DROIT D’AUTEUR

AUX NFTs D’ŒUVRES D’ART

Le NFT et la notion d’œuvre de l’esprit : entre non-fongibilité et coexistence
Vidal Serfaty

NFTs et garantie d’authenticité
Hélène Dupin

NFTs et droits patrimoniaux d’auteur
Jean Lapousterle

L’application du droit moral aux NFTs d’œuvres d’art
Pierre Hutt

La question du droit de suite
Elodie Berthier

NFT : l’enjeu des successions
Samuel Auger

LE NFT ET LA NOTION D'ŒUVRE DE L'ESPRIT : ENTRE NON-FONGIBILITÉ ET COEXISTENCE

Vidal Serfaty

Maître de conférences à l'Université de Paris-Cergy (CY), membre associé du CERDI *

Co-président de la Commission droit d'auteur du groupe de travail
NFTs et marché de l'art de l'Institut Art & Droit

La présente contribution reprend et enrichit d'éléments doctrinaux et de propositions personnelles les échanges de la Commission droit d'auteur du Groupe de travail Art & Droit sur les NFTs, que le signataire de ces lignes a eu l'honneur de présider aux côtés du professeur Jean Lapousterle. Les débats qui se sont tenus au sein de cette Commission ont été particulièrement fructueux. On se concentrera ici plus spécifiquement sur la restitution de ceux qui ont pu animer la séance du 22 mars 2022 consacrée au rapport entre l'œuvre de l'esprit et le NFT.

La Commission a d'emblée entendu identifier les éléments contextuels du sujet de ses travaux. Sur ce point, elle a observé que le développement des NFTs s'inscrit dans une idéologie libertarienne rétive à toute tentative de réglementation, qui se manifeste notamment dans la volonté de faire primer les outils techniques sur le droit (*code is law*). Cette logique conduit parfois à s'affranchir de la norme pour tenter d'en repousser toujours plus loin le champ d'application. Il ne s'agit toutefois pas d'un débat nouveau puisque l'on retrouve ces lignes de tensions depuis les débuts d'un Internet conçu comme un espace de partage libre de contenus, où le droit est à la peine pour faire face à l'évolution des techniques.

Les abus consistant à minter/frapper un NFT à partir d'un fichier sur lequel on ne détient pas de droits peuvent rappeler les pratiques consistant à déposer un nom de domaine correspondant à une marque détenue par un tiers (*cybersquatting*), domaine dans lequel des procédures spécifiques se sont par la suite développées.

C'est dans ce cadre ainsi tracé que la Commission a ouvert sa réflexion sur la teneur des rapports entretenus par les NFTs et les œuvres de l'esprit. Les débats ont révélé ici un consensus fort en faveur de l'exclusion des NFTs de la catégorie des œuvres de l'esprit et marqué une certaine prudence au sujet de leur assimilation à un support numérique de l'œuvre (I). Pour autant, le NFT, pris en tant que bien meuble incorporel, va entretenir des relations d'une intensité variable avec les autres objets appropriables que sont l'œuvre et son support (II).

I - LA NON FONGIBILITE DU NFT DANS LA NOTION D'ŒUVRE

Si les NFTs ne devaient pas recevoir la qualification d'œuvre de l'esprit ou de support/œuvre d'art (A), il faudrait alors s'efforcer de déterminer la catégorie d'objet appropriable dont ils relèvent (B).

* Membre de l'Institut Art & Droit.

A. Les qualifications exclues

Le rapport récent du *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA)* sur les jetons non fongibles s'interroge sur le fait que les NFT pourraient être des objets juridiques non identifiés¹. Il est vrai que le juriste est à la peine face à une identification positive de l'objet NFT. La démarche la plus raisonnable consiste dans un premier temps à identifier ce que le NFT n'est pas, avant de faire des propositions sur ce qu'il pourrait être. L'intérêt étant ici naturellement, en sachant ce qu'il est, d'établir le type de rapports de droit qui peut le lier aux autres objets qu'il côtoie.

S'agissant d'exclure certaines qualifications, l'une d'elles interroge et on n'en dira que quelques mots ici dans la mesure où elle n'était pas au cœur des travaux de la Commission droit d'auteur. Cette qualification est celle de jeton numérique, i.e. : « *tout 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 permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien* » (art. L. 552-2 CMF). Lesdits jetons ont été introduits en droit français (loi Pacte du 22 mai 2019) en réponse à l'essor des ICO (*initial coin offer*), afin de véhiculer des financements offerts en contrepartie d'un accès privilégié à des biens ou services spécifiques. Parce qu'ils n'ont pas été conçus pour s'inscrire dans le processus d'ICO, les NFTs peinent à s'inscrire dans cette catégorie des jetons numériques. Certes, les NFTs pourraient représenter des droits attachés au jeton lui-même ou au sous-jacent. Mais faut-il à tout prix forcer ce cadre pour y faire entrer les NFTs artistiques ? Une telle assimilation fait débat. Si certains n'y voient pas de difficultés particulières², en ce compris le rapport du CSPLA qui laisse entendre que si les NFTs devaient notamment remplir les fonctions d'*utility tokens* (jetons qui représentent des droits), ils devraient être soumis à la réglementation sur les actifs numériques³, d'autres redoutent la survenance de conflits entre le droit d'auteur et le droit des actifs numériques⁴. Notre Commission est restée ouverte sur ce point et faute de conflits bien identifiés avec le droit d'auteur, cette solution d'absence d'hostilité de principe paraît frappée au coin de la raison.

L'autre qualification dont on ne dira que quelques mots, dans la mesure où notre collègue Maître Hélène Dupin y consacre un rapport spécifique, c'est celle de certificat d'authenticité, lequel a pour fonction d'attester de la paternité et de l'intégrité d'une œuvre⁵. Ce n'est pas tant une exclusion de qualification qu'il convient d'opérer ici que d'évoquer le risque soulevé par le CSPLA d'une chaîne véhiculant des fausses informations. En outre et comme a pu le relever Madame Martial-Braz, réduit à sa fonction de certificat d'authenticité, le NFT ne saurait avoir de valeur vénale autre que celle du sous-jacent⁶. Et sans valeur intrinsèque, le NFT n'est tout au plus qu'un accessoire de ce sous-jacent.

Une fois ces précisions apportées, il convient alors d'opérer l'exclusion de deux qualifications spécifiques, celle d'œuvre de l'esprit (1°) et celle de support numérique d'une œuvre (2°).

¹ J. Martin et P. Hot, *Rapport de mission du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) sur les jetons non fongibles (JNF ou NFT en anglais) – sécuriser le cadre juridique pour libérer les usages*, publié le 12 juillet 2022, p. 18 sq.

² A. Latil, « NFT et droit d'auteur, la tokenisation des œuvres en question », in *Mél. P. Sirinelli*, Dalloz 2022, p. 111, n°24.

³ Préc., p. 18.

⁴ D. Legeais, « Les NFT sont-ils des actifs numériques ? », *RD bancaire et fin.* 2022, doss. 32, n°26 ; H. de Vauplane, « Les droits attachés aux Non Fungible Tokens », in B. Bréhier (dir.), *Mélanges AEDBF France VIII*, éd. RB 2022, p. 350.

⁵ Rapp. CSPLA, préc. p. 20 sq.

⁶ N. Martial-Braz, « Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification », *RD bancaire et fin.* 2022, doss. 31, n°6.

1. L'œuvre de l'esprit

Certaines confusions ont pu être opérées lorsque les NFTs sont apparus. Témoigne de cet état d'esprit la question écrite de M. le Sénateur Jérôme Bascher qui, préoccupé par la fiscalité des NFTs, se perd en conjectures sur l'assimilation des NFT à des œuvres de l'esprit : « *au regard de certaines créations, les NFTs pourraient éventuellement être apparentés à des œuvres d'art. Il reste cependant très difficile de les inclure ou exclure dans le champ d'application de l'œuvre de l'esprit, tel que prévu par les articles L. 111 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Difficile de les inclure, car les NFT sont clairement dans une autre catégorie que les œuvres énumérées (L. 112-1). Mais aussi difficile de les exclure, car le droit évolue et la définition d'une œuvre demeure très subjective* »⁷.

Tout spécialiste du droit d'auteur ne peut qu'exclure une telle hypothèse. Pas tant pour les objections du Sénateur, en ce sens que la liste énumérant les œuvres protégées à l'article L. 112-1 du CPI n'est pas limitative, mais plus fondamentalement parce que « *l'émission du jeton ne procède pas d'un processus créatif et le jeton ne porte pas l'empreinte de la personnalité de son émetteur* »⁸. Notre Commission a souhaité de manière unanime exclure la qualification d'œuvre de l'esprit pour les mêmes raisons.

Toutefois, notre Commission a soulevé la question d'une éventuelle protection des lignes de code qui composent le *smart contract*, véhicule qui transporte les éléments du NFT dans la blockchain, par le droit d'auteur au titre de la protection des logiciels. En d'autres termes, ce n'est pas le jeton lui-même dont la protection serait ici en cause, mais le support de ses fonctionnalités. La Commission a considéré qu'une telle protection est envisageable à condition que le code soit original, ce qui reste délicat à appréhender, bien que cette condition d'originalité ait été objectivée par l'arrêt *Pachot* de la Cour de cassation⁹. À la réflexion, on est en mesure de s'interroger sur le fait de savoir si la problématique mérite un examen spécifique. En effet, les éléments primaires, i.e. le noyau dur des *smart contracts* qui portent les NFTs, correspondent à une norme technique qui en assure également l'interopérabilité au sein de différents écosystèmes, la norme ERC-721. Cette norme impose *a minima* que les contrats permettent le *track and transfer*, c'est-à-dire la traçabilité et la transmissibilité du jeton¹⁰. En d'autres termes ces fonctionnalités standardisées ne posent la question d'une protection qu'au moment de leur création. C'est lorsqu'il sera question de créer des fonctionnalités spécifiques que la question se posera avec plus d'acuité. Mais il ne s'agira pas alors de la protection du jeton lui-même¹¹.

Plus spécifique est le cas soulevé, au sein de la Commission, des artistes qui utilisent les NFTs comme un outil d'expression artistique dans lequel le *smart contract* est partie intégrante du processus créatif. La question de la limite entre simple idée ou réalisation matérielle originale protégeable se pose alors. Toutefois, ici encore, il semble que la difficulté se concentre sur la protection du *smart contract* et pas celle du jeton.

2. Le support numérique d'une œuvre

C'est à travers l'exemple d'une œuvre virtuelle intégrée à un métavers que la question de l'analogie entre le NFT et le support matériel de l'œuvre a été envisagée par la Commission. En effet, le NFT ne recréerait-il pas ici l'équivalent d'un support unique, puisqu'alors l'œuvre ne se trouverait qu'en un lieu du métavers à la fois, de sorte qu'elle pourrait être considérée comme un original (au sens du droit de

⁷ Question écrite n° 22200, *JO Sénat* du 15 avr. 2021, p. 2459.

⁸ J.-M. Bruguère, V. Fauchoux, B. Gleize et A. Maffre-Baugé, « Actualité du droit des technologies nouvelles », *RLDC* juil. 2021, n°194.

⁹ Ass. plén., 7 mars 1986, pourvoi n° 83-10477.

¹⁰ Comp. V. Serfaty, « Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit », *D. IP/IT* 2023, p. 77.

¹¹ Sur l'appréhension du *smart contract* comme un programme informatique, v. par ex. V. Fauchoux, « Actualité du droit civil du numérique », *RLDC* sept. 2018, n°162.

suite et/ou du droit fiscal) ? A encore été évoqué le cas de figure de la transposition d'une œuvre physique (telle qu'un tableau) en fichiers numériques associés à un NFT par les héritiers d'un artiste, parfois présentés comme des « originaux » sur le marché. Certains membres de la Commission ont considéré qu'il ne peut s'agir que d'une reproduction et pas d'un acte de création posthume (sauf hypothèse d'un créateur qui aurait prévu la réalisation de NFT de son vivant, qui se posera peut-être à l'avenir).

Les membres de la Commission sont restés prudents quant aux limites de l'analogie que les NFTs permettraient d'opérer avec la notion de support de l'œuvre. Il est vrai que *prima facie*, l'idée d'envisager le NFT comme un support paraît séduisante, mais la pratique paraît converger vers l'encodage de l'œuvre en dehors de la blockchain (encodage *off chain*). Le NFT en tant que tel ne saurait donc se présenter comme le support numérique d'une œuvre, mais plutôt comme porteur d'un lien tourné vers le serveur hébergeant le fichier associé. C'est en s'appuyant sur cet argument que la doctrine majoritaire s'attache à écarter une telle assimilation¹². Sur ce point, le rapport du CSPLA paraît identifier un NFT/support dans le seul cas du crypto art natif et à condition que l'œuvre soit reproduite dans le NFT. En creux, cela laisserait entendre que l'encodage de l'œuvre *off chain* exclue toute idée de support virtuel¹³.

Une fois écartées les qualifications d'œuvre et de support numérique, il reste encore à définir celle qui pourrait être donnée au NFT.

B. La qualification proposée

Parce qu'il constitue une valeur (1°) et que cette valeur est appropriable, on peut proposer de qualifier le jeton comme un meuble incorporel (2°).

1. Une valeur

Les discussions de la Commission ont permis de constater que l'acte de *minting* (la frappe) consiste à créer un lien en principe inaltérable entre un NFT et un fichier numérique qui, dans notre domaine, incorpore une œuvre de l'esprit. Elle s'est posée la question de savoir si la jurisprudence de la CJUE qui est très libérale à l'égard de la création d'hyperliens permettrait de créer des NFTs associés à des fichiers librement accessibles en ligne et donc d'exclure les auteurs de tout partage de valeur¹⁴. On peut en douter, du fait que la frappe de NFT ne peut s'inscrire dans la logique de libre circulation des idées qui légitime cette jurisprudence. Or, l'opération envisagée est spéculative et traduit une volonté de s'approprier ce que l'auteur a consenti à mettre à la disposition de tous. En tout état de cause, la Commission a pu constater que la réalité des usages du marché ne va pas dans le sens de liens orientés vers des œuvres licitement mises en ligne sur des sites Internet, mais plutôt dans la reproduction *ad hoc* des fichiers associés au NFT sur des sites de stockage de fichiers de pair à pair comme l'*InterPlanetary File System* (IPFS). Sans parler des pratiques des plateformes d'émission des NFTs comme *OpenSea*, qui impliquent la reproduction du fichier pour frapper le NFT. La création de liens NFT vers un fichier sous-jacent a dès lors pratiquement peu de chances d'échapper au monopole de l'auteur.

¹² En ce sens, v. not. J. Prost et A. Jean-Baptiste, « Les *Non Fungible Tokens* saisis par le droit », *D. IP/IT* 2022, p. 260 ; C. Zerbib et W. O'Rorke, « NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ? », *P. ind.* 2021, ét. 11, n°15 ; G. Goffaux et F. Burneau, « La transmission des œuvres d'art numérique », *JCP éd. N. et I.* 2022, n°6, p. 43, n°8 *sq.* ; M.-P. L'Hopitalier et G. Nadjombe, « NFT, opportunités économiques et défis juridiques », *RLDI* juil. 2022, n°194 ; J.-M. Bruguère *et al.*, art. préc.

¹³ Préc., p. 20.

¹⁴ CJUE, 4e ch., 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson* ; CJUE, 2e ch., 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV* ; CJUE, gde ch. 9 mars 2021, aff. C-392/19, *VG Bild-Kunst*.

Pour autant, la question qui se pose alors est celle de savoir quelle est la valeur intrinsèque d'un tel lien. La Commission a observé qu'économiquement, les NFTs ont pour finalité de créer une rareté dans le monde numérique qui serait comparable à celle du support matériel de l'œuvre dans le monde physique où il se présente comme un bien rival, i.e. un bien dont le propriétaire peut empêcher l'usage par d'autres et qui s'oppose au bien non rival, qui peut être consommé dans le même temps par plusieurs personnes sans le perdre. La non rivalité est usuellement le propre des biens numériques comme un fichier qui est clonable à l'infini. Le droit doit alors s'efforcer de prendre acte de la singularité de la valeur du lien qu'est le NFT pour transformer celui-ci en bien. Cela n'est pas nécessairement une gageure si l'on suit l'opinion de la professeure Rochfeld en vertu de laquelle « *tout élément qui attire le désir des personnes et représente pour elles une valeur et/ou qui tend à être monnayé sur un marché a vocation à être un bien dès lors que le droit accepte de le consacrer et de donner les moyens juridiques de se réserver cette richesse* »¹⁵. Il ne fait pas de doute que le lien contenu dans le NFT crée de la rareté. À ce titre, il porte une valeur que le droit va qualifier de bien dès lors qu'il considèrera cette valeur comme appropriable.

2. Un meuble incorporel

La juste intuition de la Commission a été d'estimer que dans la mesure où les catégories modernes du droit des biens sont suffisamment accueillantes pour en accepter le principe, le NFT se présente comme un bien meuble incorporel. Il en va ainsi parce qu'il représente une valeur appropriable, en ce qu'elle peut se réserver et se transmettre, ce que permet nativement la norme technique ERC-721. Il existe donc un lien d'emprise que la technique rend possible et que le droit ne peut que constater.

Cette logique semble avoir également été à l'œuvre dans l'esprit du législateur, dans la mesure où l'article 5 de la loi du 28 février 2022, visant à moderniser le marché de l'art, a modifié l'article L. 320-1 du Code de commerce aux fins d'étendre aux meubles incorporels le régime légal des ventes volontaires de meubles aux enchères en ayant bien à l'esprit les ventes de NFTs¹⁶. Autrement dit, le législateur a souhaité à la fois faire de ces valeurs numériques artistiques des meubles incorporels, mais aussi, en facilitant leur transmissibilité, dire en creux que ceux-ci sont appropriables.

Économiquement donc, il nous semble que la valeur du NFT repose sur le lien qu'il crée avec le sous-jacent. Cette valeur étant appropriable, le droit en fait un bien. Mais quels sont les contours de cette chose appropriable ? Sur ce point, le rapport du CSPLA émet une proposition qui va, croyons-nous, dans le bon sens, mais dont la formulation questionne : « *Le NFT est assimilable à un bien meuble incorporel qui correspond à un titre de propriété sur le jeton inscrit sur la blockchain auquel peuvent être associés d'autres droits sur le fichier numérique vers lequel il pointe (qui dépendent du smart contract)* »¹⁷. Bien singulière est cette propriété qui porterait sur un titre de propriété sur le jeton alors que le jeton lui-même vaudrait titre de propriété. Pour éviter les mises en abyme on pourrait affirmer que c'est le jeton, dans son unité cryptographique et dans la diversité de ses fonctions, qui est le meuble incorporel appropriable, ce qui n'exclut pas que son inscription sur la blockchain en fasse un titre de propriété¹⁸.

¹⁵ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., Puf 2013, p. 211.

¹⁶ Sur ce texte, v. L. Mauger-Vielpeau « Une nouvelle réforme du marché de l'art », *D.* 2022, p. 849, n°9. Adde le rapp. de Mme Catherine Belrhiti devant le Sénat durant les débats de la séance du 22 février 2022 : « *Cette innovation tombe à point nommé pour accompagner le développement fulgurant du marché des œuvres d'art numériques, notamment des NFT [...]* ».

¹⁷ Rapp. CSPLA, préc. p. 24. Comp. A. Latil, art. préc., n°17.

¹⁸ Comp. J.-M. Bruguière et al., art. préc. : « *le NFT - en lui-même - est objet de propriété et, par son inscription sur la blockchain, il vaut titre de propriété. Au-delà, tout dépendra du smart contract qui l'accompagne* » ; V. Serfaty, art. préc.

Un nouveau bien, le jeton, entre ainsi en scène et il convient à présent de s'interroger sur la vicinalité qui le relie à l'œuvre de l'esprit et à ses supports.

II - LA COEXISTENCE DU NFT AVEC L'ŒUVRE

Puisque l'encodage de l'œuvre *off chain* paraît à ce jour être le *plerum que fit* du marché, le jeton non fongible entretient des liens intimes, que certains membres de la Commission ont pu qualifier d'insécables, avec le fichier sous-jacent reproduisant l'œuvre. Aussi nos travaux ont-ils dû éprouver la vigueur du lien unissant le NFT au fichier sous-jacent (A). Mais au-delà de cette difficulté, notre Commission a soulevé celles liées à l'empilement de propriétés que génère l'irruption du NFT dans le domaine des arts graphiques et plastiques où les rapports entre l'œuvre de l'esprit et son support matériel présentent déjà une certaine complexité¹⁹ (B).

A. NFT et fichier sous-jacent

La rencontre entre le NFT et le fichier sous-jacent s'opère durant le processus de *minting*. Cette frappe peut être rendue aisée par le recours aux services de plateformes fournissant les outils nécessaires pour que les éléments renseignés (le sous-jacent – qui peut incorporer une œuvre de l'esprit –, le nom de l'objet et l'identification du créateur du jeton) puissent cheminer dans la blockchain, portés par un *smart contract* aux fonctionnalités plus ou moins standardisées. Le lien noué entre le NFT et le fichier associé, s'il semble à première vue indivisible aux yeux de la Commission (1°), peut éventuellement être rompu par le truchement de la technique du *burn* (2°).

1. Un lien réputé indivisible

Comme a pu le relever la Commission, il existe des liens forts entre l'œuvre de l'esprit et le NFT, dès lors que le NFT est associé à un contenu protégé par le droit d'auteur, ce qui n'est naturellement pas toujours le cas puisque tout type de contenu peut être associé à un NFT. Or, il est parfaitement possible que la personne qui crée le jeton ne soit pas celle qui détient les droits d'auteur sur l'œuvre reproduite dans le fichier numérique, puisque techniquement n'importe qui peut créer un NFT sans détenir de droit légitime sur le sous-jacent. Que le créateur du NFT détienne ou non les droits sur l'œuvre reproduite dans le sous-jacent, le jeton, une fois frappé, est réputé contenir un lien techniquement indivisible avec le fichier associé. La Commission a en effet relevé que le passage par la blockchain laissait une trace indélébile, le *hash*, qui est un numéro de transaction unique. C'est d'ailleurs la vigueur de ce lien qui fait des NFTs des biens rivaux et qui en cela crée l'essentiel de l'attractivité de ceux-ci auprès des acquéreurs de NFTs.

2. Un lien relativement suppressible

L'insécabilité de principe du lien pose problème, notamment en cas de fichier sous-jacent attentatoire aux droits exclusifs de l'auteur. À ce problème, la Commission a relevé qu'il existait une solution technique, le *burn*. Ce procédé permet d'écraser le lien afin que le fichier, qui était rendu unique par l'association avec le jeton, redevienne un fichier standard identique aux autres. S'il ouvre des perspectives intéressantes, il a été souligné que le *burn* montre d'importantes limites. Tout d'abord, il ne permet pas de retirer le *hash* de la blockchain. Ensuite, il semblerait que seul le créateur du NFT soit en capacité de supprimer le lien, sauf s'il délègue ce droit à un tiers dans le *smart contract*. Mieux encore, le créateur pourrait interdire par avance le *burn* dans le *smart contract*. Une telle occurrence est évidemment redoutable dans le cas d'un créateur de NFT contrefacteur, puisqu'elle empêcherait *ab initio* toute séparation entre le jeton et le fichier contrefaisant. Il reste à savoir si une mesure

¹⁹ Sur ces rapports, v. not., s'intéressant aux NFTs, E. Treppoz, « Nature du droit d'auteur – Objet matériel (CPI, art. L. 111-3) », *J.-Cl. Propr. litt. et art.*, fasc. 1130.

imposant au créateur du jeton d'écraser le lien sous astreinte pourrait être alors prononcée et serait effective alors même qu'à ce jour, il paraît techniquement impossible de modifier un *smart contract* une fois qu'il a pris le chemin de la blockchain.

B. L'empilement des propriétés

La Commission a pu relever que l'appropriation des NFTs conduit à un nouvel empilement de propriétés dans le domaine des arts graphiques et plastiques²⁰. En effet, ces propriétés atteignent ici le nombre de trois et ont pour objets l'œuvre, son support matériel et le jeton. Certains pensent même, et leurs arguments méritent un intérêt soutenu, qu'en réalité une quatrième propriété intervient ici, celle du fichier sous-jacent qui présente une certaine forme de matérialité et qui ne se confond pas avec l'œuvre dont il est le support²¹. En toute hypothèse et par analogie avec la règle de l'article L. 111-3 du CPI, on doit pouvoir considérer que ces propriétés sont indépendantes et doivent s'efforcer de coexister²². Même si l'on peut parfois identifier des points de contact, l'indépendance de ces propriétés semble la mieux apte à endiguer la survenance de conflits. De ce point de vue, et ainsi que l'a relevé la Commission, l'artiste étant libre de faire ce qu'il veut du support matériel, il lui est loisible de supprimer le support physique initial lorsqu'il a créé un NFT et qu'il ne souhaite garder que le seul fichier numérique.

Enfin, la Commission s'est interrogée sur le point de savoir comment envisager l'association de droits tokénisés sur l'œuvre reproduite dans le fichier associé à la cession du jeton. Sans anticiper le sujet qui est développé par le professeur Lapousterle dans le présent ouvrage, on peut juste indiquer ici que nativement, la norme ERC-721 n'inclut pas l'association au jeton de droits sur l'œuvre. Il appartiendra donc au *smart contract* de prévoir et d'organiser une telle association qui n'a rien d'automatique à en croire la pratique qui semble s'opérer en la matière²³.

En définitive, sur la question des rapports entre le NFT et l'œuvre de l'esprit, les travaux de la Commission ont bien anticipé nombre de constats du CSPLA. La difficulté majeure réside aujourd'hui dans la question de savoir s'il faut, même de manière fictive, saisir l'intégralité du phénomène des NFTs par le droit d'auteur. Cette difficulté n'est peut-être pas si impressionnante dans la mesure où les pratiques du marché actuel des NFTs finissent toujours par donner prise au monopole.

²⁰ Comp. E. Papin « Les NFT dans le monde de la création artistique : quels sont les droits effectifs derrière l'argent échangé ? », *RLDI* déc. 2021, n°187 ; C. Caron, « Les propriétés en millefeuille », *Comm.-com. électr.* 2022, repère 2 ; J.-M. Bruguère et *al.*, art. préc.

²¹ Pour une présentation de cette proposition, v. E. Treppoz, fasc. préc., n°7 : « *Ce fichier, même si non tangible, ne relève pas de l'univers mental. Il possède au sein de l'ordinateur un nom, une localisation, qui permettra ensuite d'activer le code par une succession d'impulsions électriques afin de communiquer l'œuvre* ».

²² Comp. A. Favreau, « NFT et droit de la propriété intellectuelle », *RD bancaire et fin.* 2022, doss. 34, n°3 ; E. Treppoz, *op. et loc. cit.*

²³ S. Chiche-Attali, « Comment des hiboux pixélisés se sont-ils retrouvés au centre de débats engageant l'avenir de la propriété intellectuelle ? », *Le monde du droit* du 2 oct. 2022.

NFTs ET GARANTIE D'AUTHENTICITÉ

Hélène Dupin

Avocate à la Cour

Fondatrice du cabinet HDA *

Rapporteur de la Commission Droit d'auteur du groupe de travail
NFTs et marché de l'art de l'Institut Art & Droit

Les NFTs ont fait naître chez certains l'espoir de résoudre les problèmes liés à l'authentification des œuvres d'art : dans le rapport remis au CSPLA, Jean Martin notait ainsi que « *le jeton non fongible pourrait porter la promesse d'authentifier les œuvres de manière plus satisfaisante.* »¹ De nombreuses start-ups proposent ou développent en effet des solutions d'authentification d'œuvres d'art fondées sur l'usage de certificats inscrits dans la blockchain, dont le caractère « infalsifiable » est parfois hâtivement assimilé à une garantie d'infailibilité.

L'expérience des authenticateurs d'œuvres d'art montre qu'il existe traditionnellement quatre types de configurations : des œuvres authentiques avec un vrai certificat, des œuvres authentiques avec un faux certificat, des œuvres fausses avec un vrai certificat, et des œuvres fausses avec faux certificats. La réflexion sur ces nouvelles technologies d'authentification des œuvres d'art ne peut donc être cantonnée à la seule question de l'authenticité du certificat.

Trois enjeux centraux ont été identifiés par le groupe de travail pour évaluer les perspectives offertes par les certificats NFT : l'identité de la personne qui certifie (I), la garantie du lien entre le certificat et l'œuvre certifiée (II) et l'intangibilité du certificat (III).

I - L'IDENTITÉ DE LA PERSONNE QUI CERTIFIE

La fiabilité de l'authentification, au-delà des supports techniques sur laquelle elle s'appuie, est essentiellement fondée sur l'expertise et la crédibilité de la personne ou de l'entité qui la réalise. Le risque que des certificats soient émis par des personnes incompetentes ou poursuivant un but frauduleux n'est pas éliminé par la technologie blockchain dans la mesure où le caractère infalsifiable et transparent du registre blockchain n'empêche nullement d'y inscrire des informations fausses, ce que le rapport Martin a relevé : « *les jetons non fongibles sont technologiquement neutres, et donc, à l'heure actuelle, susceptibles d'avoir pour objet des faux.* »²

Il faut donc souligner que, bien qu'étant fréquemment mis en avant par les sociétés commercialisant des solutions d'authentification, le caractère infalsifiable n'apporte aucune garantie lorsque l'inscription dans la blockchain est réalisée pour une œuvre qui n'est pas authentique à l'origine : faux en matière artistique, contrefaçon, simple reproduction sans valeur qui ne serait pas l'original unique mais une reproduction parmi d'autres sans qu'elle soit signalée comme telle...

* Membre de l'Institut Art & Droit.

¹ J. Martin et P. Hot, Sécuriser le cadre juridique pour libérer les usages, rapport de la mission sur les jetons non fongibles confiée par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), juillet 2022, p. 20-21.

² J. Martin et P. Hot., op.cit., p. 20.

Si ce constat appelle à la prudence, les membres du groupe de travail se sont accordés pour considérer que l'intérêt de ces techniques était en réalité variable selon le type de certificat dont il s'agit et son émetteur. Les discussions au sein du groupe de travail ont permis d'établir une distinction entre deux types de situation.

Lorsque le certificat d'authenticité inscrit dans la blockchain est émis dès l'origine par l'artiste lui-même ou une personne qu'il agrée pour une nouvelle œuvre qu'il crée, cela peut lui permettre de suivre le parcours de l'œuvre, d'exercer ses droits comme le droit de suite et de remédier aux cas dans lesquels il aurait un doute sur sa paternité. C'est le cas dans lequel l'usage de certificats NFTs paraît le plus prometteur, sous réserve de garantir le lien entre l'œuvre et le certificat. Même dans l'hypothèse où l'identité serait vérifiée, tout risque d'atteinte ou de fraude ne peut être écarté dans la mesure où l'artiste peut enregistrer une œuvre composite s'avérant contrefaisante car réalisée sans l'accord de l'auteur de l'œuvre première.

En revanche, l'utilisation de certificats NFTs semble plus problématique lorsqu'ils sont émis par des tiers sur des œuvres préexistantes, surtout en l'absence de vérification préalable de la compétence de l'émetteur du certificat et du sérieux des informations entrées dans la blockchain.

II - LE LIEN ENTRE L'ŒUVRE ET LE CERTIFICAT

Garantir la pérennité du lien entre l'œuvre et le certificat NFT est un point particulièrement central et délicat car il ne semble en l'état pas y avoir de solution technique infaillible. Les QR codes qui pourraient être apposés sur l'œuvre restent duplicables ou remplaçables, et peut-être même plus aisément que des certificats papier comportant des éléments manuscrits. Un marquage irréversible de l'œuvre certifiée peut être envisagé mais cette solution poserait un problème d'altération de l'œuvre si le marquage est visible.

Même lorsque le certificat est émis par l'artiste lui-même, il existe toujours un risque de substitution d'une œuvre non authentique à l'œuvre initiale au cours des transactions, sauf à ce que l'artiste choisisse d'intégrer un élément de certification pérenne dans l'œuvre elle-même, par exemple en y intégrant un QR code plus ou moins dissimulé aux motifs de l'œuvre.

C'est la raison pour laquelle les certificats NFTs apparaissent plus adaptés aux œuvres « nativement numériques », c'est-à-dire pour les œuvres conçues par l'artiste comme des œuvres numériques, que pour les œuvres conçues sur support physique traditionnel. Les œuvres « nativement numériques » pourraient en effet porter un marquage plus sécurisé en étant intégré à l'œuvre par l'artiste dès l'origine, ce qui peut en outre permettre de se passer d'un marquage risquant de porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre.

III - L'INTANGIBILITÉ DU CERTIFICAT

S'agissant de l'intangibilité du certificat, il est rappelé que les NFTs ne peuvent, en principe, pas être supprimés si cela n'est pas prévu dans le smart contract initial. Même le « burn » du NFT ne permet pas de supprimer toute trace de celui-ci.

L'usage de la blockchain dans la certification pose de ce fait la question du remplacement de l'appréciation humaine de l'authenticité par une chaîne automatisée impossible à modifier si cela n'a pas été prévu à l'origine dans le smart contract. En effet, l'émission ou la réémission de certificats

résulte pour le moment d'un travail approfondi d'analyse effectué notamment par les comités d'artistes, qui vérifient les certificats antérieurement émis à chaque examen d'une œuvre. Dans ce cadre, les comités vérifient le lien entre le certificat et l'œuvre soumise ainsi que la provenance et peuvent réactualiser les informations voire les attributions et avis en cas de nouvelles informations rendant cette révision nécessaire³.

L'infalsifiabilité garantie par la blockchain semble peu adaptée au caractère évolutif des connaissances dans la mesure où elle pourrait conduire, si rien n'est prévu pour permettre une intervention humaine adéquate, à pérenniser des erreurs d'attribution ou à empêcher de revenir sur des authentications antérieures alors que cela serait nécessaire au vu de nouvelles informations.

A cela s'ajoute le problème du piratage, qui peut porter sur les wallets des utilisateurs pour se faire attribuer les certificats d'authenticité d'autrui, les enjeux financiers de l'attribution des œuvres d'art étant de toute évidence suffisants pour attirer autant la convoitise des pirates que celle des traditionnels faussaires.

En conclusion, l'application de la technologie blockchain au domaine de l'art et en particulier à l'authentification des œuvres est encore émergente et ne semble pour le moment pas prendre suffisamment en compte les enjeux spécifiques de la matière pour garantir une lutte efficace contre les faux et assurer la sécurité du marché de l'art. Pour remédier à ces carences, la principale piste envisagée par le groupe de travail est celle de l'intervention d'un « tiers de confiance » dans ce mécanisme d'authentification, visant à garantir la fiabilité des informations entrées dans la blockchain et l'identité du certificateur.

En effet, la vente d'œuvres d'art par des commissaires-priseurs apporte certaines garanties minimales qui ne sont pour le moment pas apportées par les plateformes de ventes de NFTs. La chute des transactions sur OpenSea à la suite d'annonces révélant le caractère contrefaisant de la grande majorité des NFTs échangés est ainsi un exemple symptomatique d'un manque de confiance sur ce marché⁴, alors que la confiance dans la qualité des biens échangés est le préalable indispensable au développement de tout marché solide⁵.

Cette conclusion est évidemment paradoxale : alors que l'usage de la blockchain, dont la décentralisation est une caractéristique essentielle, vise en principe à abolir les intermédiaires, son application à la certification des œuvres d'art semble aujourd'hui difficilement crédible sans implication de tiers de confiance.

³ H. Dupin et P. Hutt, « La protection des comités d'artistes », in *Liber amicorum* en l'honneur de François Duret-Robert, Editions du Cosmogone/Institut Art & Droit, juin 2021.

⁴ A. Lucin., *OpenSea: Plus de 80% des NFT créés gratuitement seraient des faux, des plagiat ou des spams*, 20 Minutes, 3/02/2022, <https://www.20minutes.fr/high-tech/3227891-20220202-nft-sur-opensea-plus-de-80-des-oeuvres-creees-sont-des-fraudes-ou-du-plagiat> (dernière consultation le 1/02/2023 à 17h).

⁵ G.A. Akerlof, "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, Yale University Press, Vol. 84, No. 3, Aug., 1970, p. 488-50.

NFTs ET DROITS PATRIMONIAUX D'AUTEUR

Jean Lapousterle

Professeur de droit privé, Université Paris-Saclay

Directeur du CERDI *

Co-président de la Commission Droit d'auteur du groupe de travail
NFTs et marché de l'art de l'Institut Art & Droit

Les NFTs artistiques semblent entretenir avec le droit d'auteur, en général, et les droits patrimoniaux d'auteur, en particulier, un ambivalent rapport de répulsion-attraction. La répulsion semble, en effet, manifester dans la mesure où la plupart des cessions de NFTs ne s'assortissent d'aucune disposition emportant un transfert de droits d'auteur¹ et que les principales plateformes spécialisées cherchent à s'abriter derrière le bénéfice du régime d'exemption de responsabilité attaché à la fourniture d'hébergement (DMCA aux Etats-Unis et directive sur le commerce électronique bientôt remplacée par le Règlement DSA en Europe). Ce déni de l'existence du droit d'auteur apparaît, au demeurant, en phase avec la méfiance professée par les tenants du Web3 à l'égard des intermédiaires et des normes étatiques.

Toutefois, ce mouvement de répulsion coexiste avec une tendance contraire, à mesure que s'affirme la demande de sécurité juridique portée par les acquéreurs de NFTs artistiques. En effet, à défaut de cession ou de licence de droit d'auteur, leurs prérogatives se trouvent cantonnées à la détention d'un identifiant numérique, doublée de la possibilité de le céder², à l'exclusion de toute réservation des usages auxquels pourrait se prêter le fichier sous-jacent attaché au NFT. Afin d'éviter ce syndrome de la coquille vide, la valorisation pérenne des NFTs impose de prendre conscience de leur double assujettissement aux droits patrimoniaux d'auteur, au stade de leur création (I), comme à celui de leur exploitation (II).

I - L'APPLICATION DES DROITS PATRIMONIAUX D'AUTEUR AU STADE DE LA CRÉATION DU NFT

La création des NFTs requiert un certain nombre d'actes de reproduction et de représentation qui relèvent du champ d'application de droits d'auteur éponymes (A). Partant, des autorisations doivent être obtenues auprès des ayants droit, dont la détermination suscite, s'agissant de ces usages nouveaux, d'épineuses questions de titularité (B).

A. L'application des droits de reproduction et de représentation

La frappe (« *minting* ») d'un jeton non fongible n'emporte, en règle générale, aucune reproduction d'une œuvre de l'esprit dans la *blockchain* et ce, non en raison d'une impossibilité technique, mais du coût induit par une telle opération. Mais ce constat ne suffit pas à écarter l'application du droit de reproduction car des actes de reproduction vont intervenir en amont, comme en aval, de l'opération

* Membre de l'Institut Art & Droit.

¹ A. Guadamuz, « The treachery of images: non-fungible tokens and copyright », *Journal of intellectual property law and practice*, 2021, volume 16, n° 12, p. 1373.

² Intellectual property rights and distributed ledger technology, Study requested by the JURI committee, PE 737.709, Parlement européen, octobre 2022, p. 36.

de frappe. Tel est, notamment, le cas, en amont, de la création du fichier sous-jacent auquel le NFT aura vocation à renvoyer ou du téléversement du fichier sur les serveurs d'une plateforme de vente de NFTs. En aval de la frappe, les acquéreurs successifs du NFT peuvent également souhaiter télécharger le fichier sous-jacent.

L'existence d'actes de reproduction n'emporte pas, pour autant, l'application automatique du droit éponyme, lesdits actes pouvant relever du champ d'application d'une exception. A cet égard, l'exception bénéficiant aux copies techniques provisoires, qui font « partie intégrante et essentielle d'un procédé technique » et ont « pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau » (article L. 122-5 6° du CPI), apparaît d'un faible secours, dans la mesure où les reproductions visées doivent, pour bénéficier de l'exemption, être dénuées de « valeur économique propre ».

L'exception de copie privée pourrait, à première vue, paraître susceptible de légitimer la création du fichier incorporant l'œuvre de l'esprit, à condition que la source de la copie soit licite (art. L. 122-5 2° du CPI). Toutefois, elle exclut de son champ d'application les « copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée », ce qui en restreint, d'emblée, la portée en matière de NFTs artistiques. De plus, seules les reproductions « strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » se trouvent exonérées. Or, la frappe d'un jeton et son inscription corrélative dans la blockchain, visent précisément, dans la majeure partie des cas, à en faciliter le transfert automatisé au bénéfice des futurs acquéreurs. Comment considérer, dans ces conditions, qu'il est fait un usage strictement privé du fichier sous-jacent auquel renvoie le NFT ? En définitive, c'est sans doute l'exception de parodie (art. L. 122-5 4° du CPI) qui présente le plus fort potentiel pour les créateurs de NFTs artistiques dans les systèmes de droit d'auteur continental.

Le droit de représentation (ou de communication au public en droit européen) trouve également à s'appliquer, dès lors que la création du NFT coïncide avec la mise à disposition du public d'un fichier reproduisant une œuvre de l'esprit protégée, auquel le premier renvoie. A cet égard, deux situations méritent d'être distinguées. Suivant une première hypothèse, le créateur du NFT est également à l'initiative de cette mise à disposition d'une reproduction de l'œuvre à un nombre indéterminé de destinataires potentiels. Tel est, en particulier, le cas lorsque, désireux de proposer le NFT à la vente, le cédant expose la reproduction de l'œuvre qui lui est attachée dans son portefeuille numérique (« *wallet* ») ou sur une plateforme. De fait, ainsi que le relève la récente mission du CSPLA consacrée aux NFTs, « la vocation des fichiers numériques associés aux JNF est d'être communiqués au public, *a minima* sur une plateforme de mise en relation des vendeurs et des acheteurs ou sur l'espace numérique du détenteur (réseau social, métavers, galerie virtuelle)³. Dans ce cas, le créateur du NFT, ou tout autre détenteur faisant un tel usage du fichier, est susceptible de réaliser un acte de communication au public soumis à autorisation aux termes de l'article 3.1 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information et ce, même dans le cas où l'œuvre se trouve mise à disposition par le truchement d'un protocole pair-à-pair (CJUE, 5e ch., 17 juin 2021, aff. C-597/19, *Mircom International*, CCE, sept. 2021, comm. 60, P. Kamina), à l'instar d'IPFS.

Suivant une seconde hypothèse, le créateur du NFT se contente de renvoyer vers un fichier mis à disposition par un tiers. Il convient, alors, de faire application de la jurisprudence de la CJUE afférente aux liens hypertextes, sous réserve de l'accessibilité de l'hyperlien au public (ce qu'il convient, comme le relève l'universitaire A. Guadamuz, de vérifier au cas par cas)⁴. Si, aux termes de celle-ci, la création d'un lien hypertexte peut, à certaines conditions, échapper à la qualification d'acte de communication au public - et partant à toute autorisation -, plusieurs membres de la Commission droit d'auteur de

³ J. Martin, P. Hot, Rapport de la mission sur les jetons non-fongibles, CSPLA, Juillet 2022, p. 39.

⁴ A. Guadamuz, *op. cit.*, p. 1381.

l'Institut Art & Droit doutent de l'attractivité du modèle consistant à émettre des NFTs correspondant uniquement à un lien pointant vers un site accessible à tous (site de musée reproduisant une œuvre par exemple). En effet, ils peinent à discerner la valeur ajoutée d'une telle opération pour l'acquéreur du NFT.

En définitive, la création et l'offre à la vente de NFTs paraissent étroitement soumis à l'application des droits patrimoniaux d'auteur. Elles peuvent donc impliquer l'obtention d'autorisations et soulever d'épineuses questions de titularité des droits.

B. L'épineuse détermination du titulaire des droits

La détermination du titulaire des droits patrimoniaux apparaît nécessaire lorsque le fichier auquel renvoie le NFT incorpore une œuvre de l'esprit originale, encore protégée (c'est-à-dire non encore tombée dans le domaine public). Cette question se pose avec une acuité variable en fonction des situations considérées. Ainsi, lorsque le créateur du NFT est également l'auteur de l'œuvre incorporée au fichier sous-jacent, la détermination du titulaire des droits ne soulève guère de difficulté. Tel est le cas, en particulier, si l'œuvre est nativement numérique et n'a fait l'objet d'aucune cession de droits préalable. Toutefois, même dans cette hypothèse simplifiée, il peut s'avérer nécessaire de vérifier la qualité d'auteur du créateur du NFT, dans un contexte où l'anonymat règne en maître. A rebours de l'esprit du web3, animé d'une hostilité de principe à l'égard de toute forme d'intermédiation, il faut admettre que l'intervention d'organismes de gestion collective pourrait alors s'avérer opportune.

Lorsque le créateur du NFT renvoie à la reproduction de tout ou partie d'une œuvre préexistante ayant déjà fait l'objet d'une cession de droits, il apparaît impérieux de « revisiter l'ensemble de la chaîne des droits préalablement cédés sur l'œuvre »⁵ en vue de déterminer qui, de l'auteur ou de son ayant cause, peut légitimement reproduire et mettre à disposition le fichier rattaché au NFT. Le différend ayant opposé la société Miramax au réalisateur Quentin Tarantino au sujet de la frappe de NFTs renvoyant vers des pages du scénario du film *Pulp fiction* fournit une illustration des tensions pouvant exister à cet égard, avant qu'une transaction intervenue entre les parties n'y mette un terme.

Il convient également, dans ce contexte, de prêter attention à l'existence d'éventuelles clauses emportant cession du droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible à la date de conclusion du contrat (possibilité reconnue à l'article L. 131-6 du CPI), même si « les qualités d'anticipation des professionnels du droit », à supposer qu'elles aient trouvé à s'exprimer, ne suffiront vraisemblablement pas à dissuader certains auteurs de « réclamer une rémunération supplémentaire pour l'exploitation de leurs œuvres dans les métavers »⁶.

Enfin, lorsque la création du NFT intervient à l'initiative d'un tiers qui ne dispose d'aucun droit sur l'œuvre reproduite au sein du fichier sous-jacent, il incombe à ce dernier de rechercher et d'obtenir, auprès des ayants droit, l'ensemble des autorisations nécessaires.

En définitive, la création des NFTs n'échappe pas à l'application des normes de droit d'auteur, et ce constat peut être répliqué au stade de leur exploitation.

II - L'APPLICATION DES DROITS PATRIMONIAUX D'AUTEUR AU STADE DE L'EXPLOITATION DU NFT

S'agissant de l'exploitation des NFTs, deux approches méritent d'être distinguées. Suivant une première conception, le NFT et le fichier sous-jacent auquel il renvoie devraient être regardés comme

⁵ E. Papin, « Les NFT dans le monde de la création artistique : quels sont les droits effectifs derrière l'argent échangé ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 187, décembre 2021, p. 35.

⁶ M.-H. Fabiani, « NFT, métavers et « méta propriété intellectuelle », *Gazette du Palais*, 8 mars 2022, p. 14.

l'équivalent d'un support matériel, soumis à l'application du droit de distribution et du droit de suite (A). Aux termes d'une seconde approche, l'exploitation des NFTs emprunte le vecteur exclusif de la conclusion de contrats de licence ou de cession encadrant la mise à disposition du fichier sous-jacent rattaché au NFT (B).

A. L'assimilation du NFT (et du fichier sous-jacent) à un exemplaire matériel

L'assimilation du NFT (et du fichier sous-jacent) à un exemplaire matériel incorporant une œuvre de l'esprit protégée a, tout d'abord, été discutée dans la perspective de l'application du droit de distribution, entendu comme le droit exclusif, reconnu aux auteurs, « d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci » (art. 4.1 de la directive 2001/29). Ce droit connaît une importante limitation tenant à l'application de la théorie de l'épuisement des droits, aux termes de laquelle les auteurs ne peuvent s'opposer à la revente des exemplaires matériels incorporant leurs œuvres (art. L. 122-3-1 du CPI), ce qui garantit, notamment, l'existence d'un marché de l'occasion. Cette limite attachée au droit de distribution est précisément l'élément qui a conduit une partie de la doctrine à préconiser l'application de ce droit patrimonial dans le contexte des NFTs (on est parfois choisi pour ses faiblesses !). Tirant argument de la garantie d'unicité incarnée par le NFT, il a ainsi été suggéré d'assimiler sa revente à la cession « d'un exemplaire matériel de cette œuvre », déclenchant l'application du droit de distribution et de son corollaire, la théorie de l'épuisement des droits⁷.

Toutefois, une telle approche heurte frontalement la jurisprudence de la CJUE qui se refuse (sous réserve de l'hypothèse des copies de programmes informatiques soumis à une *lex specialis*) à faire application du droit de distribution et de la théorie de l'épuisement des droits à des copies immatérielles⁸. Et loin de s'apparenter à une survivance du passé, ce refus apparaît conforme au droit international (voir l'arrêt *Tom Kabinet* précité et les commentaires qu'il a suscités) et nécessaire à la garantie d'une protection effective des ayants droit dans l'environnement en ligne⁹. Sur ce point, les membres de la Commission droit d'auteur de l'Institut Art & Droit ont, au surplus, observé que, dans la mesure où toutes les parties prenantes à la mise sur le marché d'un NFT ont intérêt à sa revente, la nécessité de garantir l'existence d'un marché de l'occasion par le truchement de la théorie de l'épuisement des droits n'apparaissait pas impérieuse en pratique.

L'assimilation du NFT (et du fichier sous-jacent) à un exemplaire matériel incorporant une œuvre de l'esprit protégée a, ensuite, été discutée dans la perspective de l'application du droit de suite, en suscitant davantage de débats au sein de la Commission. Aux termes de l'article L. 122-8 du CPI, ce droit s'applique à des « œuvres originales graphiques et plastiques », entendues comme « les œuvres créées par l'artiste lui-même et les exemplaires exécutés en quantité limitée par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité ». L'article R. 122-3 f) du CPI précise les contours de cette condition en réputant originales « les créations plastiques sur support audiovisuel ou numérique dans la limite de douze exemplaires ».

Suivant une première approche, l'association entre une œuvre nativement numérique et un NFT aurait pour effet de créer un support numérique original dont la revente devrait être assujettie au versement du droit de suite (sous réserve de l'application des autres conditions attachées notamment au montant

⁷ X. Près, V. Varet, *Le Club des juristes*, actualité du 26 novembre 2021, accessible en ligne.

⁸ Voir, s'agissant de livres électroniques, CJUE, 19 décembre 2019, aff. C-263/18, *Tom Kabinet, D.*, 2020, p. 471, comm. C. Maréchal Pollaud-Dulian ; *RTD com.* 2020, p. 62, comm. F. Pollaud-Dulian ; *Dalloz IP/IT* 2020, p. 250, comm. J. Lapousterle.

⁹ Il correspond, au demeurant, à la position défendue tant par le Rapport du CSPLA (Rapport précité, p. 40) que par les auteurs de l'étude commandée par la Commission juridique du Parlement européen (étude précitée, p. 35).

de la vente et au nombre d'exemplaires). En effet, l'association de ces deux éléments recréerait l'unicité (ou la rareté) requise pour l'application du droit de suite, à rebours de la reproductibilité infinie des fichiers traditionnellement observée dans l'environnement numérique. De plus, les tenants de cette approche soulignent sa conformité à la finalité du droit de suite qui tend à associer l'auteur aux produits de la revente de son œuvre.

A l'inverse, d'autres membres de la Commission défendent une autre approche et contestent l'application du droit de suite à l'occasion de la revente de NFTs renvoyant vers des fichiers numériques¹⁰. En effet, le deuxième considérant de la directive 2001/84/CE du 27 septembre 2001 relative au droit de suite précise que « l'objet du droit de suite est l'œuvre matérielle, à savoir le support dans lequel s'incorpore l'œuvre protégée », cantonnant clairement le champ d'application de ce droit aux supports matériels¹¹. Au demeurant, le droit européen d'auteur rejoint, sur ce point, le droit fiscal, qui exclut, à l'unisson, les œuvres reproduites sur un support numérique de la qualification d'œuvre d'art (article 98 A II. de l'annexe III au Code général des impôts issu de la transposition de la directive 2006/112/ CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée).

Comme dans le cas du droit de distribution, le cantonnement du champ d'application matériel du droit de suite procède de justifications rationnelles et n'est pas nécessairement révélateur de l'obsolescence des normes concernées (qu'il conviendrait de combler par une intervention législative). Il peut, en particulier, apparaître justifié si l'on considère que l'unicité ne s'attache, en matière de NFT, qu'au seul jeton, lequel forme l'objet de la vente et ne s'apparente pas à un « support de l'œuvre »¹². Au demeurant, l'extension du champ d'application du droit de suite pourrait apparaître superflue dans un contexte où les auteurs sont d'ores et déjà susceptibles de percevoir une rémunération adaptée, à travers la conclusion de contrats de licence ou de cession déclinant les usages autorisés de l'œuvre reproduite dans le fichier attaché au NFT.

B. La conclusion de contrats de licence et de cession de droits

L'acquéreur d'un NFT artistique ne dispose, en principe, d'aucun droit d'auteur sur l'œuvre incorporée au fichier sous-jacent auquel il renvoie. En l'absence de contrat de cession ou de licence, il ne peut donc en faire usage, sauf à pouvoir se prévaloir du bénéfice d'une exception. Partant, l'acquéreur d'un NFT qui ne souhaiterait pas se contenter de posséder un jeton sur son portefeuille numérique (et du droit de le revendre) mais entendrait se réserver certains usages de l'œuvre, a tout intérêt à conclure un tel contrat¹³.

Tel est, en particulier, le cas s'il entend faire un usage exclusif de l'œuvre dans le métavers ou sur les réseaux sociaux. Au demeurant, lorsque des autorisations sont recherchées auprès des ayants droit

¹⁰ Voir, pour l'exposé de cette thèse, J. Lapousterle, « Les NFT artistiques à l'épreuve des droits d'auteur », *Dalloz IP/IT*, février 2023.

¹¹ Voir, prenant position en défaveur de l'application du droit de suite à la revente de NFT, « Intellectual property rights and distributed ledger technology », Study requested by the JURI committee, PE 737.709, Parlement européen, octobre 2022, p. 40.

La référence aux supports numériques contenue à l'article R. 122-3 f) du CPI ne doit pas nécessairement être comprise comme renvoyant à des copies dématérialisées, car il existe des supports numériques tangibles à l'instar des clés USB ou des DVD. Voir, *contra*, favorable à l'application du droit de suite, Rapport du CSPLA précité, p. 44, et la contribution de Madame Élodie Berthier intégrée à la présente publication.

¹² A. Latil, « NFT et droit d'auteur : la tokenisation des œuvres en question », *Mélanges Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022, p. 123.

¹³ L'étude précitée commandée par la commission juridique du Parlement européen relève ainsi que « l'acheteur d'un NFT n'acquiert aucun droit sur l'œuvre représentée par la NFT. Ce qu'il acquiert est simplement le droit de détenir le NFT dans son portefeuille ainsi que de le vendre », *op.cit.*, p. 36, traduction libre.

(ce qui n'est pas nécessairement le comportement majoritairement suivi), une exclusivité est fréquemment réclamée¹⁴.

Les négociations peuvent aussi porter sur la mise à disposition d'une copie de l'œuvre en haute résolution ou l'obtention de garanties de non-réémission (le créateur du NFT s'engage à ne pas autoriser ou réaliser d'autres NFTs renvoyant au même contenu) ou d'accès pérenne au fichier sous-jacent (lequel peut s'avérer particulièrement vulnérable s'il est hébergé sur un serveur).

La valeur du NFT apparaît donc tributaire, dans une large mesure, de l'étendue des droits et des garanties consentis au bénéfice de son acquéreur. C'est dire qu'il existe bien un chemin pour sceller la réconciliation des NFTs et des droits d'auteur, en plaçant cette relation sous le signe de l'attraction et non plus de la répulsion.

¹⁴ Intervention de la responsable des affaires juridiques Picasso, mandatée par la Succession Picasso pour la défense des droits de propriété littéraire et artistique du peintre.

L'APPLICATION DU DROIT MORAL AUX NFTS D'ŒUVRES D'ART

Pierre Hutt

Avocat à la Cour, Cabinet Hélène Dupin Avocats (HDA) *

Constater que les droits patrimoniaux exclusifs d'auteur s'appliquent en matière de NFTs d'œuvres d'art conduit naturellement à s'interroger sur les enjeux propres à leur pendant extrapatrimonial, le droit moral.

Le droit moral peut être invoqué concomitamment aux droits patrimoniaux pendant la durée de protection de ces derniers, mais est particulièrement essentiel pour la protection des œuvres entrées dans le domaine public : du fait de son caractère perpétuel, le droit moral est souvent le seul recours des ayants droit une fois que la protection des droits patrimoniaux a pris fin.

L'application du droit moral suscite des interrogations distinctes pour chacune de ses prérogatives principales, à savoir droit de divulgation (I), droit au respect de l'intégrité (II) et droit à la paternité (III). Le droit de repentir et de retrait prévu par l'article L 121-4 du code de la propriété intellectuelle n'a pas fait l'objet d'une étude spécifique dans la mesure où il est cantonné à un domaine d'application très étroit, de sorte que son application en matière de NFTs semble peu susceptible de dépasser le stade de l'hypothèse d'école.

I - LE DROIT DE DIVULGATION

Le droit de divulgation permet à l'auteur ou à l'ayant droit qui en est investi, en application de l'article L 121-2 du Code de la propriété intellectuelle, de décider de rendre l'œuvre publique et de déterminer les conditions de sa première mise en contact avec le public.

Si l'éventualité que des tiers à la succession d'un artiste se trouvent en possession d'une œuvre jamais divulguée et souhaitent en faire usage dans le cadre d'un projet de NFTs semble être une hypothèse relativement marginale, l'usage du droit de divulgation est susceptible d'être un enjeu particulièrement sensible dans le cadre de successions d'artistes où les héritiers sont divisés sur la question de l'émission de NFTs. En effet, la dévolution successorale du droit de divulgation obéit, en droit français, à des règles spécifiques de sorte que le titulaire du droit de divulgation n'est pas forcément le titulaire du reste du droit moral et encore moins le titulaire des droits patrimoniaux.¹

Il ne semble faire aucun doute que le droit de divulgation doit permettre à son titulaire de s'opposer à l'émission d'un NFT associé à une œuvre qui n'a encore jamais fait l'objet d'une communication au public par quelque canal que ce soit : un tableau qui n'aurait jamais été destiné par l'artiste à sortir de son atelier de son vivant ne pourrait donner lieu à une émission de NFTs qu'avec l'assentiment du ou des ayants droit titulaires du droit de divulgation, et ce, que le projet soit porté par des tiers ou par d'autres ayants droit. Il n'y aurait ici pas de spécificité des émissions de NFTs par rapport à d'autres modes de divulgation.

* Membre de l'Institut Art & Droit .

¹ Cf. J. Aittouares, « Les risques de démembrement des droits de l'auteur décédé », in AZZI T. (dir.), Actes du colloque de l'Institut Art & Droit sur la transmission successorale du droit d'auteur organisé à l'Université Panthéon-Assas le 9 avril 2014.

Outre cet usage « classique » du droit de divulgation, le groupe de travail a pu s'interroger sur la question des œuvres déjà divulguées par d'autres canaux : l'émission de NFTs à titre posthume est-elle un nouveau mode de divulgation de l'œuvre ? En d'autres termes, l'émission de NFTs est-elle un acte de « création posthume » au sens de la jurisprudence Ping Ming Hsiung sur les fontes posthumes, dans laquelle la cour d'appel de renvoi a considéré que chaque nouvel exemplaire original posthume en bronze tiré à partir du moule de la main de l'artiste constituait une nouvelle étape dans la divulgation de l'œuvre de l'artiste², revenant sur la théorie de l'épuisement du droit de divulgation³ ?

De la réponse à cette question dépend la possibilité pour le titulaire du droit de divulgation de disposer d'un pouvoir décisionnel sur des projets d'émission de NFTs associés à des œuvres déjà divulguées par le passé sans émission de NFTs. La réponse semble devoir être négative car, à la différence du cas des bronzes dans lequel chaque exemplaire est individualisé non seulement par une numérotation qui lui est propre mais aussi par une patine différente, l'œuvre de l'artiste se trouve en matière de NFTs reproduite par simple duplication de fichier numérique de sorte qu'il ne peut s'agir de la communication de l'œuvre sous une « nouvelle forme ».

II - LE DROIT AU RESPECT DE L'INTEGRITE DE L'ŒUVRE

Le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre fondé sur l'article L 121-1 du Code de la propriété intellectuelle comporte une dimension dite « matérielle » et une dimension dite « spirituelle », qui suscitent des questionnements différents en matière d'émission de NFTs.

L'intégrité matérielle vise notamment toutes les atteintes dues à une altération visible de l'œuvre elle-même. Cela peut concerner par exemple un NFT associé à une œuvre qui est elle-même contrefaisante car reprenant sans autorisation une œuvre protégée d'un autre artiste, à l'instar du *Picasso's Bull* de Trevor Jones retiré de la vente par Christie's en raison de l'absence d'autorisation de Picasso Administration⁴, ou à une œuvre tronquée ou affectée par l'ajout d'éléments dénaturants.

L'intégrité matérielle doit également pouvoir être mobilisée lorsque la mauvaise qualité de la reproduction associée au NFT dénature l'original de l'artiste, par exemple en raison d'une résolution trop basse de l'image qui altère sa netteté. De toute évidence, une atteinte au droit au respect de l'intégrité matérielle est constituée en cas de numérisation de mauvaise qualité, ainsi que l'ont relevé tant les membres du groupe de travail que le rapport de Maître Jean Martin remis au CSPLA⁵.

Cette problématique est aussi importante pour les titulaires des droits d'auteur qui souhaiteraient émettre licitement des NFTs d'œuvres dont ils ne détiennent pas le support matériel, par exemple parce que le support de l'œuvre est conservé par un musée : pour pouvoir respecter pleinement le droit à l'intégrité matérielle qu'ils détiennent, les ayants droit peuvent avoir besoin qu'un accès à des fichiers haute définition ou au support lui-même soit fourni par le propriétaire de celui-ci.

La question de savoir s'il est possible de mobiliser l'intégrité spirituelle, qui permet dans certains cas de s'opposer à la diffusion d'une œuvre dans un contexte contraire à la volonté ou aux valeurs de son

² Cour d'appel de Paris, 30/06/2021, no 19-14469, aff. *Ping Ming Hsiung*.

³ H. Dupin et P. Hutt, « Les fontes posthumes à la croisée des chemins », *Gazette Drouot*, 4 janvier 2022.

⁴ R. Azimi, « La crypto-contrefaçon crisper le monde de l'art », *Le Monde*, 4/01/2022, https://www.lemonde.fr/m-le-mag/article/2022/01/04/la-crypto-contrefacon-crispe-le-monde-de-l-art_6108105_4500055.html (dernière consultation le 31/01/2023 à 12h).

⁵ J. Martin. et P. Hot, Sécuriser le cadre juridique pour libérer les usages, rapport de la mission sur les jetons non fongibles confiée par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), juillet 2022, p. 39-40.

auteur ⁶, est plus délicate : un ayant droit peut-il s'opposer par principe à toute émission de NFTs lorsque l'artiste a fait connaître son hostilité envers les NFTs, ou lorsque ses convictions, par exemple politiques, sont incompatibles avec une exploitation sur un marché de ce type ? Le rapport Martin remis au CSPLA considère qu'une atteinte spirituelle du seul fait du recours à des NFTs est « incertaine » mais que le débat reste ouvert⁷.

Il est permis de penser que, si l'artiste a clairement fait connaître de son vivant son opposition à une exploitation de ses œuvres par émission de NFTs, cette voie devrait rester fermée à ses ayants droit, qui sont tenus par la volonté de l'artiste ; la mobilisation du droit au respect de l'intégrité spirituelle paraît en revanche plus discutable lorsque la contrariété à la volonté de l'auteur n'est que supposée, par exemple lorsque l'auteur est décédé bien avant l'apparition des NFTs.

III - LE DROIT A LA PATERNITE

Le droit à la paternité prévu par l'article L 121-1 du code de la propriété intellectuelle, qui permet d'exiger la mention du nom et de la qualité d'auteur lors de chaque communication de l'œuvre au public, doit s'exercer en matière de NFTs comme ailleurs dès lors qu'une reproduction d'une œuvre protégée est communiquée au public, ce qui est le cas notamment sur les plateformes d'échange de NFTs comme OpenSea.

Compte tenu de la dimension transnationale de la circulation des NFTs, le droit à la paternité risque vraisemblablement d'être la seule prérogative morale invocable avec succès dans de nombreux cas. En effet, le droit moral bénéficie d'un niveau de protection significativement plus élevé en France que dans la plupart des autres pays et le droit moral consacré par l'article 6bis de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 se réduit à un droit moral « minimal », comprenant le droit à la paternité et les atteintes à l'intégrité les plus graves.

En somme, la législation française en matière de droit moral semble déjà suffisamment protectrice et apte à saisir les NFTs de sorte qu'une intervention du législateur national n'apparaît dans ce domaine pas nécessaire ni opportune. D'importantes difficultés pratiques proviennent en revanche de la dimension globale des modes d'exploitation et en particulier de l'extraterritorialité revendiquée de certaines plateformes, dans un écosystème pétri d'idéologie libertarienne et rétif à toute forme de contrôle étatique ou juridictionnel.

S'agissant de la responsabilisation des plateformes, essentielle pour assurer une protection effective des droits d'auteur, le groupe de travail a considéré que la directive DAMUN du 17 avril 2019 était en principe applicable aux plateformes de NFTs, rejoignant ainsi les conclusions du rapport remis au CSPLA⁸. Les plateformes devraient dans ce cadre être soumises à des obligations renforcées et certaines d'entre elles sont déjà engagées dans un dialogue volontaire avec les titulaires de droits, laissant augurer le développement de bonnes pratiques visant à garantir un meilleur respect du droit d'auteur.

⁶ Ex. Sur l'atteinte à l'intégrité spirituelle par l'exploitation d'une chanson de Jean Ferrat dans une compilation comprenant également une chanson d'un interprète de « Maréchal, nous voilà » sous l'Occupation : Cour de Cass. soc., 8/02/2006, n° 04-45203 ; sur l'atteinte à l'intégrité spirituelle du fait de l'intégration d'œuvres protégées dans la vidéo de campagne d'E. Zemmour : TJ Paris, 4 /03/2022, n° 22/00034.

⁷ J. Martin et P. Hot, *op. cit.*, p. 39-40.

⁸ J. Martin et P. Hot, *op. cit.*, p. 54-58.

LA QUESTION DU DROIT DE SUITE

Elodie Berthier

Responsable du Service droit de suite et marché de l'art de l'ADAGP *
(société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques)

Résumé de l'intervention faite au colloque de l'Institut Art & Droit du 16 décembre 2022
« La réglementation des NFTs d'œuvres d'art en question(s) »

L'ADAGP tient à saluer l'organisation de ce colloque et à souligner l'importance des travaux qui l'ont précédé, en ce qu'ils ont permis de mettre en lumière les différentes questions pratiques et concrètes que pose l'application de la réglementation actuelle aux NFTs, dans un contexte où l'importance qu'ils ont prise ces dernières années dans le secteur du marché de l'art est significative et les enjeux financiers conséquents.

A titre préliminaire, il est rappelé que le droit de suite constitue l'un des droits patrimoniaux des auteurs et qu'il a été créé en France en 1920 avant d'être adopté par plus de 95 pays à ce jour. Ce droit permet aux auteurs d'œuvres d'art graphiques et plastiques de percevoir une rémunération à l'occasion de la revente de leurs œuvres originales sur le marché de l'art. L'ADAGP, organisme de gestion collective agréé par le Ministère de la Culture, représente plus de 230 000 auteurs, dont plus de 140 000 au titre de leur droit de suite.

Les NFTs ont ébranlé le monde de l'art à l'occasion notamment de la vente de l'œuvre « *Everydays: the First 5000 Days* » de l'artiste américain Beeple en mars 2021 chez Christie's à New York, à un prix (frais compris) de plus de 69 000 000 USD (soit environ 58 000 000 €) pour une mise à prix de 100 USD. Ce record a propulsé Beeple parmi les trois artistes vivants les plus chers au monde avec Jeff Koons et David Hockney. **Cette effervescence ne s'est pas démentie depuis**, aux Etats-Unis d'abord puis plus largement dans le monde et ce malgré l'effondrement de certaines crypto-monnaies et la chute de plateformes de crypto-actifs telles que FTX en novembre 2022. Ainsi en France, depuis la loi du 28 février 2022 qui permet aux opérateurs de ventes volontaires de réaliser des ventes aux enchères publiques de biens incorporels, plus d'une douzaine de ventes de NFTs ont été organisées. Si certaines vacations ont présenté un taux d'invendus relativement important dans les débuts et que la pratique a au départ consisté, pour un certain nombre de maisons, à adjoindre un support physique aux NFTs offerts à la vente (par exemple le tirage papier d'un fichier numérique, ou encore une bobine de fil de nickel apparaissant dans une œuvre vidéo), **cette accélération des ventes de NFTs témoigne d'un intérêt croissant du marché, qui y voit à la fois une nouvelle source de revenus et le moyen d'attirer un nouveau type de clients.**

A cet égard, dans son rapport sur le marché de l'art 2021, Artprice indique recenser environ « 300 lots NFT vendus aux enchères réglementées en 2021 pour un montant global de 232 m\$ » et précise que si les NFTs ne représentent à ce jour que 1,6% du marché de l'art mondial, « c'est déjà une part plus importante que la photographie (1,0%), segment ancré sur le marché secondaire depuis plusieurs décennies ».

Par ailleurs, autre témoignage de l'intérêt croissant des professionnels du marché pour les NFTs, les grandes maisons de ventes réalisent des investissements techniques et financiers importants pour la création de leurs propres plateformes d'enchères intégrées dans la *blockchain*, comme l'ont fait Sotheby's en octobre 2021 avec le lancement de *Sotheby's Metaverse*, ou encore Christie's en octobre 2022 avec *Christie's 3.0* (hébergée sur Ethereum et réservée à la vente d'art numérique et de NFTs).

L'ensemble de ces éléments témoigne d'un **contexte favorable au développement des NFTs dans le domaine artistique**, qui amène naturellement à se poser **la question de l'applicabilité du droit de suite à l'ensemble que constitue l'œuvre et le NFT qui lui est associé**. Cette question est d'autant plus prégnante que les NFTs apportent une solution technique au problème de la possible reproduction infinie des fichiers qui incorporent les œuvres (par la création de rareté) et qu'ils posent la question d'une éventuelle modernisation de l'institution du droit de suite avec des perspectives d'automatisation du versement de « royalties » (sous forme de pourcentage sur le prix de revente, généralement de 5 ou 10% sur la majorité des plateformes actuelles) au créateur d'un jeton via des *smart contracts*.

Si **l'applicabilité du droit de suite** n'est de prime abord pas évidente dans un environnement dématérialisé, dans la mesure où ce droit s'intéresse au support et à la matérialité de l'œuvre (porteuse de l'empreinte et de l'intervention de l'auteur) et où le jeton constitutif du NFT n'est précisément pas le support de l'œuvre (sauf le cas particulier des images d'œuvres inscrites « on-chain » ou des œuvres constituées par le NFT lui-même avec l'art génératif), elle **ne pose en réalité pas de difficultés majeures**.

En effet, l'œuvre digitale qui constitue l'œuvre à laquelle un NFT est associé est elle-même stockée sur un support numérique (serveurs, sites web, etc.), et le législateur français a déjà prévu que le droit de suite pouvait s'appliquer notamment aux « *créations plastiques sur support audiovisuel ou numérique* »¹. Dans la pratique, avant l'avènement des NFTs, l'art nativement numérique (comme l'art vidéo) était valorisé par le biais d'un objet matériel, tel qu'une clé USB, un DVD ou d'autres supports optiques. **L'adjonction d'un NFT à une œuvre numérique permet désormais d'offrir à cette dernière les propriétés d'un support matériel, que sont l'unicité et la singularité**, et garantit même de façon plus pérenne encore le lien avec l'œuvre sur le plan technique.

De ce point de vue, il nous semble que la rédaction du deuxième considérant de la Directive du 27 septembre 2001² n'interdit pas l'application du droit de suite aux NFTs dès lors que **ce sont les propriétés précitées de la matérialité qui intéressent le droit de suite, et non la matérialité pour elle-même, au sens de support physique**. C'est ainsi donner effet utile au texte de la Directive que d'appréhender la référence à l'œuvre matérielle à la lumière des évolutions technologiques intervenues plus de 20 ans après l'adoption de cette dernière. La possibilité offerte par les NFTs de recréer technologiquement de **l'unicité**, pour des fichiers qui par nature sont duplicables à l'infini, **fait la valeur de l'œuvre originale à laquelle ces NFTs sont associés** (comme en témoignent les prix atteints sur le marché par les œuvres liées à un NFT), **valeur que le droit de suite a précisément pour vocation d'appréhender en intéressant l'artiste aux reventes de son œuvre**. Une telle approche téléologique, s'appuyant sur la finalité du droit de suite telle qu'elle ressort du troisième considérant de la Directive de 2001³, autorise à prendre en compte cette réalité pratique et économique des NFTs.

Il est intéressant de noter que le rapport de la mission du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) sur les jetons non fongibles, présenté en juillet 2022 par Jean Martin et Pauline Hot, va également dans le sens d'une applicabilité de principe du droit de suite à la revente d'œuvres liées à un NFT⁴.

¹ Article R122-3 (f) du Code de la propriété intellectuelle.

² « L'objet du droit de suite est **l'œuvre matérielle**, à savoir **le support** dans lequel s'incorpore l'œuvre protégée ».

³ « Le droit de suite vise à assurer aux auteurs d'œuvres d'art graphiques et plastiques **une participation économique au succès de leurs créations**. Il tend à rétablir un équilibre entre la situation économique des auteurs d'œuvres d'art graphiques et plastiques et celle des autres créateurs qui tirent profit des exploitations successives de leurs œuvres ».

⁴ « **La création d'un JNF [jeton non fongible] ne fait pas davantage obstacle à l'application du droit de suite, si les conditions légales définies par le code de la propriété intellectuelle trouvent à s'appliquer** » (page 7 du Rapport).

Une fois admis ce principe d'applicabilité du droit de suite, il convient de se poser **la question de l'application concrète de ce droit aux œuvres associées à un NFT** au regard des conditions légales posées par le Code de la propriété intellectuelle.

A cet égard, l'originalité de l'œuvre au sens du droit de suite est acquise en cas d'œuvres uniques créées par l'auteur lui-même. Dans le cas des œuvres sur support numérique, l'originalité sera également caractérisée si elles sont réalisées dans la limite de 12 exemplaires, en application de l'article R122-3 (f) du Code de la propriété intellectuelle. L'auteur choisissant de singulariser son œuvre digitale en y associant plusieurs NFTs permettra donc à celle-ci de bénéficier du droit de suite pour l'ensemble des exemplaires dans la limite d'un maximum de 12 NFTs. Il convient ici d'attirer l'attention sur le cas spécifique des photographies, pour lesquelles la limite fixée par l'article R122-3 (e) du même Code est de 30 exemplaires signés, tous formats et supports confondus. Ainsi, une photographie numérique (par hypothèse signée du fait des procédés cryptographiques à l'œuvre dans la *blockchain*) sera admise au bénéfice du droit de suite dans cette limite-ci, a priori non cumulative avec la limite précitée de 12 exemplaires.

Viennent ensuite les conditions tenant à la vente elle-même. Outre les conditions tenant au prix de vente (supérieur ou égal à 750 € en France) et à la première cession (exclusion de la première cession par l'artiste et de la première revente sous 3 ans pour moins de 10 000 €⁵), il est nécessaire qu'un professionnel du marché de l'art intervienne en tant que vendeur, acheteur ou intermédiaire dans la transaction. La caractérisation de ce critère-ci peut sembler relativement complexe du fait du pseudonymat propre à la *blockchain*, sur laquelle la transaction intervient entre deux *wallets* sans que l'on connaisse a priori l'identité du vendeur et de l'acquéreur. Toutefois, d'une part cet anonymat n'est pas toujours insurmontable dès lors que des éléments dits « *off-chain* » peuvent être pris en compte et permettre l'identification des parties (par exemple dans le cas d'une galerie d'art offrant le bien et son NFT à la vente sur son propre site internet) et, d'autre part, certains intermédiaires professionnels sont aisément identifiables, qu'il s'agisse par exemple des opérateurs de ventes volontaires ou encore de certaines places de marché dédiées à la vente de NFTs dès lors que leur activité est centrée sur le commerce de créations numériques, quand bien même ces plateformes ne constituent pas en elles-mêmes des spécialistes de l'art de façon générale.

Une question d'ordre pratique se pose quant à **l'articulation du droit de suite légal**, que l'on vient d'évoquer, **avec les « royalties » parfois prévues dans le smart contrat** que le créateur d'un NFT peut associer au jeton émis et rattaché à l'œuvre sous-jacente. Si l'idée de la programmation d'un reversement au profit du créateur du jeton d'une redevance prédéterminée est plaisante, en ce qu'elle apparaît comme une solution technique totalement désintermédiée et transparente permettant une perception automatique et instantanée d'une rémunération par la mise en œuvre des termes du *smart contract*, **son implémentation pose cependant un certain nombre de difficultés réelles.**

En premier lieu, comme il a été rappelé en introduction, environ 95 pays dans le monde reconnaissent le droit de suite, avec des conditions d'application qui varient parfois fortement d'une législation à l'autre, sur différents aspects allant des œuvres bénéficiant de ce droit jusqu'à ses modalités de calcul ou de gestion. Dans ces circonstances, prévoir l'ensemble des paramètres nécessaires dans un *smart contract* qui aurait vocation à générer les redevances applicables à l'occasion de chaque revente selon

« La première [des deux questions distinctes qui se posent] est celle de savoir si les JNF entrent dans le champ de l'article R.122-3 du code de la propriété intellectuelle, qui précise que les créations plastiques sur support audiovisuel ou numérique doivent être conçues dans la limite de 12 exemplaires pour entrer dans le champ d'application du droit de suite⁷¹. La mission propose d'y apporter une réponse positive : rien ne permet en effet d'exclure catégoriquement les JNF ou les fichiers qui leur sont associés du champ d'application de cet article » (page 44 du Rapport).

⁵ Article L122-8, alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle.

la loi applicable à la transaction ne semble pas réaliste. La complexité ainsi instaurée et la nécessité d'un recours à des tiers de confiance ou oracles dans le « monde réel », pour analyser notamment les évolutions législatives et réglementaires du droit local des différents pays concernés (modification des conditions d'application du droit de suite tenant au seuil de perception, au taux, au plafond, au caractère obligatoire ou non de la gestion collective ; changement des règles de dévolution légale, etc.), sont par nature contraires à l'esprit du Web3.

Il est ensuite nécessaire de **sécuriser la chaîne en amont**, car l'émission des NFTs pose la question fondamentale de **l'identification et de la vérification de la qualité du créateur du NFT**. L'émetteur d'un NFT, qui l'associe à une œuvre, peut ne pas être l'auteur de celle-ci et dans un tel cas de figure, la rémunération qui serait perçue par cet émetteur ne saurait être assimilée à du droit de suite.

Se pose en outre la question du taux de la redevance prévue dans les *smart contracts* générés par les plateformes dédiées aux NFTs. Si l'on prend l'exemple du droit français, un taux qui, dans la rémunération programmée dans un *smart contract*, serait inférieur aux taux légaux de 4% à 0,25% selon les tranches de prix de vente⁶, reviendrait pour l'auteur (lorsqu'il est bien le créateur du NFT par ailleurs) à **une renonciation d'une partie du montant de droit de suite légalement applicable, ce qui est contraire au principe d'inaliénabilité attaché au droit de suite légal** qui a précisément pour but la protection des artistes. A l'inverse, un taux qui serait supérieur au taux légal (argument mis en avant par différents opérateurs, qui allèguent également d'une extension de cette « redevance » à des artistes qui, de par leur nationalité, ne bénéficient pas du droit de suite légal, faute pour la législation du pays dont ils sont ressortissants de reconnaître ce droit, comme c'est le cas par exemple des Etats-Unis) amène à s'interroger sur l'applicabilité de la TVA, alors que cette taxe ne s'applique pas sur le droit de suite légal.

Enfin, **l'insécurité de la rémunération prévue par le smart contract doit être prise en compte**. En effet, la clause prévoyant cette rémunération dans le *smart contract* généré initialement lors de la création du NFT peut se voir « écrasée », c'est-à-dire ne pas être mise en œuvre ultérieurement au moment de la réalisation et de l'exécution de la transaction, si cette dernière (par choix du vendeur propriétaire de l'œuvre liée au NFT au temps T) s'opère sur une *market place* qui n'utilise pas le même format que la plateforme d'origine à partir de laquelle le *smart contract* a été généré. Certaines plateformes et les *smart contracts* qu'elles mettent en place peuvent également laisser le choix à l'acheteur de rétribuer ou non l'artiste. Dans un cas comme dans l'autre, **l'auteur peut se retrouver privé de toute rémunération lors de la revente**.

Cette complexité et ces aléas incompatibles avec la logique et le fonctionnement du droit de suite plaident pour maintenir une application classique du droit de suite légal, indépendamment de toute rémunération complémentaire éventuellement prévue dans les *smart contracts* attachés aux NFTs.

En conclusion et au regard de la complexité et de la nouveauté des problématiques technologiques et juridiques soulevées par les NFTs, les actions d'information et de sensibilisation du public, des collectionneurs et des professionnels prônées par le Rapport du CSPLA précité du 12 juillet 2022 apparaissent souhaitables, **tant pour responsabiliser les plateformes et sécuriser l'utilisation de cette technologie que pour permettre aux auteurs de prendre des décisions éclairées**. Les évolutions techniques étant par ailleurs particulièrement rapides dans ce domaine, la vigilance est de mise sur ces nouveaux outils et les différents acteurs émergents et conduit l'ADAGP à appeler de ses vœux **la mise en place d'une charte des bonnes pratiques en matière de NFT et de respect du droit d'auteur afin d'encourager des usages vertueux**.

⁶ Article R122-6 du Code de la propriété intellectuelle.

NFT : L'ENJEU DES SUCCESSIONS

Samuel Auger *

Notaire associé à Paris
Victoires Notaires Associés

Les NFTs¹ ont vocation à l'éternité. Mais leurs propriétaires ne sont pas immortels.

La question de la transmission successorale de ces nouveaux actifs numériques qui survivront par définition à leur auteur ou leur acquéreur, se pose d'autant plus qu'ils ne sont pas encore encadrés par le législateur.

Le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique les a qualifiés d'*Objets juridiques non identifiés* (OJNI) dans un rapport présenté le 12 juillet 2022 tant les questions posées par ces nouveaux venus dans la sphère patrimoniale sont nombreuses.

Le règlement des successions de propriétaires de NFTs ne peut cependant pas attendre un cadre juridique précis.

Partons de ce qui est certain : les NFTs sont des actifs patrimoniaux évaluables en argent. Ils sont par conséquent transmissibles comme tout autre actif.

Certes, plusieurs *corpus* juridiques sont susceptibles de s'appliquer : le Code civil, le Code monétaire et financier, le droit de la consommation, ou bien encore le Code de la propriété intellectuelle lorsque le sous-jacent relié au jeton par le *smart contract* est une œuvre d'art.

Mais, ce n'est à priori pas une difficulté. Les notaires sont coutumiers du fait.

Ainsi, le droit des sociétés interfère naturellement dans le divorce des chefs d'entreprise.

Les successions d'artistes supposent de mener en parallèle le droit d'auteur et le droit commun des successions.

Nous pourrions multiplier les exemples.

En définitive, même si plusieurs corps de règles sont applicables, c'est bien le Code civil dans toutes ses composantes (*droit des régimes matrimoniaux, des libéralités et des successions, droit des biens, droit des obligations*) qui permet d'anticiper et de régler les difficultés.

Cela devrait également se vérifier pour les NFTs. Il faut toutefois composer avec les particularités de la blockchain qui influent sur la définition même du NFT et conduisent à une nécessaire adaptation de nos pratiques.

* Membre de l'Institut Art & Droit.

¹ « *Non Fungible Tokens* » ou jetons non fongibles.

I – QUAND LES PARTICULARITÉS DE LA BLOCKCHAIN INFLUENT SUR LA DÉFINITION DU NFT : EN FAIT DE NFT, CLE PRIVÉE VAUT-ELLE TITRE ?

La réponse à cette question suppose de comprendre l’environnement technologique du NFT, souvent défini comme un jeton virtuel inscrit sur une blockchain, associé à un *smart contract* (contrat intelligent) qui renvoie à un fichier numérique (image, son, video...).

Par blockchain, il convient d’entendre un espace de stockage numérique sécurisé qui permet à ses utilisateurs d’échanger des objets virtuels, sans autorité de contrôle. C’est un écosystème doté de ses propres règles.

L’accès au NFT qui se trouve sur la blockchain, se fait au moyen d’un portefeuille numérique (*wallet*) qui contient une clé privée et une clé publique.

La clé publique correspond à une adresse électronique sur la blockchain que les utilisateurs du réseau peuvent utiliser pour envoyer des cryptomonnaies ou des NFTs. C’est l’équivalent d’une boîte aux lettres de l’ancien monde.

Seule la clé privée permet de l’ouvrir et d’accéder à son contenu.

Ainsi, clé privée et clé publique permettent d’interagir avec la blockchain et de contrôler les NFTs, de les céder à titre gratuit ou à titre onéreux.

Si la clé publique est perdue, la clé privée permet de la retrouver. Mais l’inverse n’est pas vrai. La clé privée est donc essentielle car sans elle, l’accès au NFT est impossible.

C’est la raison pour laquelle la création des clés privées est systématiquement assortie d’une phrase de récupération (*seed phrase*) composée d’une suite de 24 mots choisis par le créateur du portefeuille.

Par sécurité, certains propriétaires de NFTs la conservent sous forme papier et vont même jusqu’à la disperser en plusieurs morceaux en différents endroits pour être certains que personne ne puisse la leur voler puisque cette *seed phrase* permet de retrouver la clé privée qui permet elle-même de connaître la clé publique correspondante et finalement d’appréhender leurs NFTs.

Sommes-nous en train d’assister à la naissance d’une nouvelle catégorie de biens sans maître, lorsque le NFT est inaccessible, faute de clé privée ?

Dans de nombreux cas (*ordinateur détruit ou endommagé, mise à jour défectueuse, wallet physique² égaré*), les clés de déchiffrement sont égarées ou inaccessibles aux héritiers.

Le NFT est alors perdu purement et simplement *ad vitam eternam*, sans aucune possibilité de récupération.

C’est assez cocasse car la blockchain régulièrement présentée comme la technologie du futur, fait penser ici aux bons au porteur des années 1980. Seul celui qui était en possession physique du bon pouvait le rendre liquide.

La clé privée dans le monde virtuel ne s’entend pas au sens traditionnel du terme car elle n’est pas remplaçable.

Cette particularité est à prendre en compte au regard de la transmission successorale.

² hardware wallet type Ledger Nano X ou Nano S Plus.

En effet, contrairement aux pays de droit anglo-saxon où l'on succède aux biens, en droit français, le mort saisit le vif.

Le NFT est donc transmis dès le décès à l'héritier.

Pour autant, il ne peut exercer les prérogatives d'un propriétaire tant qu'il n'est pas en possession de la clé privée, à l'instar d'un donataire d'actions pour lesquelles l'ordre de mouvement n'aurait pas été inscrit sur les registres de la société³.

Partant, il pourrait être raisonnable de soutenir que le NFT consiste non seulement dans le jeton virtuel sur la blockchain, mais aussi dans la clé privée.

Un principe similaire existe en matière de cryptomonnaies : «*Not your keys, not your coins*».

Le règlement d'une succession ne sera pas le même selon que l'on adhère ou non à cette thèse.

Prenons l'hypothèse d'un défunt, *abintestat*⁴, propriétaire de NFTs, dont la clé privée est introuvable.

Ses héritiers doivent déclarer à l'administration fiscale tous les biens qu'ils recueillent à titre héréditaire dans les six mois du décès.

Si l'on considère que la clé privée ne fait pas partie intégrante du NFT, il devra être porté dans la déclaration de succession en application du principe général, le mort saisit le vif.

Les héritiers paieront des droits de succession le cas échéant sur un actif qu'ils ne pourront jamais appréhender.

Si l'on admet que la clé privée est une des composantes à part entière du NFT, en l'absence de clé, le NFT n'existe pas.

Il n'aurait donc pas à être porté dans la déclaration de succession.

En revanche, si d'aventure, la clé privée est retrouvée, le NFT reprend vie : une déclaration de succession devra alors être déposée dans les six mois de la découverte de la clé.

Le point de départ du décompte des pénalités ne commencera à courir qu'à partir du jour de l'évènement qui aura provoqué la réintégration du NFT dans la succession.⁵

L'héritier ne paiera des droits de succession que lorsque la clé aura été retrouvée.

Une réponse positive semble donc devoir être apportée à la question posée en tête de ce paragraphe.

En fait de meubles, possession vaut titre,
En fait de NFT, clé privée vaut titre.

³ Code monétaire et financier, art L.21-3 ; art L. 211-15.

⁴ Décédé sans dispositions testamentaires

⁵ Cass.com. 18 novembre 1997, 96-10.824, pour un bien restitué à la suite de l'annulation d'une vente.

II – LES PARTICULARITÉS DE LA BLOCKCHAIN CONDUISENT À UNE NÉCESSAIRE ADAPTATION DE NOS PRATIQUES.

L'une des difficultés lors du règlement de toute succession consiste à recenser les biens du défunt au jour de son décès.

Les NFTs ne sont pas répertoriées sur un fichier national que le notaire pourrait interroger, comme il le fait pour les comptes bancaires (fichier FICOBA) ou les contrats d'assurance-vie (fichier FICOVIE).

Les plateformes dématérialisées pour la plupart à l'étranger ou de manière plus générale la blockchain, ne sont tenues par aucune obligation déclarative.

Le notaire n'a donc aucun moyen de connaître l'existence d'actifs numériques au décès, si ce n'est d'interroger les héritiers. Encore faut-il y penser. Cela doit devenir un réflexe.

Par conséquent, un inventaire du patrimoine numérique, qui peut d'ailleurs s'insérer dans un inventaire global, sera particulièrement conseillé au propriétaire de NFTs afin de faciliter le règlement de sa succession, le moment venu.

Depuis 2018, les notaires mettent à la disposition de chaque client un coffre-fort numérique destiné à abriter cet inventaire.

Ce coffre-fort numérique notarial permet ainsi de garantir la conservation des données déposées et leur restitution à l'identique aux ayants droit identifiés par le notaire qui y a seul accès.

Il permet aussi d'assurer leur confidentialité et de maîtriser les conditions de leur divulgation.

L'article 85 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 ouvre aux héritiers l'accès à toutes les données personnelles du défunt, mais permet une «*mention contraire*» dans les directives données par chacun d'entre nous «*relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après son décès* ».

Lors de l'ouverture du coffre-fort numérique ou postérieurement, le déposant pourrait donner une « directive » pour indiquer qu'après son décès ou à partir d'une date déterminée postérieure à celui-ci, telle information sera révélée à tous les héritiers et telle autre à un seul d'entre eux.

Selon le degré de prudence du propriétaire, pourront être déposées dans ce coffre-fort numérique tout ou partie des informations sur l'endroit où se trouve le *wallet*, les clés privée et publique, la phrase de récupération....

A. Le coffre-fort notarial : une solution pour gérer les indivisions successorales ou les situations de démembrements de propriété post-mortem ?

Lorsque le décès du propriétaire du NFT entraîne la création d'une indivision entre les descendants ou un démembrement de propriété entre le conjoint survivant et les enfants, le notaire pourra à la demande des héritiers, créer un coffre-fort numérique destiné à abriter la clé privée du nouveau compte sur lequel le NFT du défunt aura été transféré.

Partant, dans le cadre d'une convention d'indivision renouvelable tous les cinq ans, les héritiers pourraient convenir que :

- la clé privée sera conservée par le notaire dans le coffre numérique notarial créé *ad hoc* à cet effet : le notaire en sera le séquestre.
- les décisions de céder à titre gratuit ou à titre onéreux (vente, partage) seront communiquées au notaire soit à l'unanimité, soit à une règle de majorité déterminée par les parties dans la convention d'indivision, lequel notaire devra mettre en œuvre la décision adoptée.
 - Si c'est un partage, le notaire établira l'acte constatant l'attribution du NFT et les modalités de paiement de la soulte.
 - Si c'est une vente ou une donation, il appartiendra aux héritiers en présence du notaire, d'opérer les opérations de transfert du NFT dans le portefeuille virtuel de l'acquéreur ou du donataire.

En présence d'un démembrement de propriété entre une veuve et son fils, le notaire aura pour mission :

- du vivant de l'usufruitier, de recueillir non seulement l'accord de l'usufruitier mais aussi du nu-propiétaire pour toute demande de cession du NFT.
 - Le nu-propiétaire est ainsi garanti que l'usufruitier ne procédera à aucune cession du NFT sans son accord.
- au décès de l'usufruitier, d'informer le nu-propiétaire qu'il est seul propriétaire du contenu du coffre-fort numérique. Cela sécurisera notamment les enfants du défunt qui n'auraient pas eu connaissance de l'existence des NFTs de leur auteur compte tenu de leur minorité au jour de son décès.

Ces coffres-forts numériques notariaux feront l'objet d'une mention au fichier national des dispositions de dernières volontés, afin qu'en cas de décès, de l'usufruitier, du nu-propiétaire ou d'un indivisaire, l'existence de ce coffre numérique ne puisse être ignorée du notaire en charge de la succession.

La prestation du coffre-fort numérique est également proposée par des acteurs privés du marché.

Deux difficultés cependant risquent d'apparaître lors du décès du propriétaire de NFT, titulaire d'un tel coffre.

Tout d'abord, comment les héritiers, qui peuvent être des cousins éloignés, seront informés de l'existence de ce coffre-fort numérique privé ?

Par ailleurs, qui déterminera parmi les héritiers celui qui devra se voir remettre les clés ? La société privée en prendra-t-elle la responsabilité ?

Il n'est pas rare que les dévolutions successorales soient complexes. L'intervention d'un notaire sera nécessaire.

Le coffre-fort notarial numérique présente l'intérêt d'un gain de temps car le notaire en charge de la succession y aura accès rapidement, ce qui peut être précieux eu égard à la volatilité des NFTs.

B. Le testament : l'anticipation reste le maître mot pour permettre une succession apaisée.

Le particulier pourra organiser la transmission de son patrimoine et sécuriser l'accès à sa clé privée par des dispositions testamentaires adaptées.

1. La rédaction du testament doit prendre en compte les spécificités des NFTs

Les deux caractéristiques essentielles à prendre en considération sont la volatilité des NFTs d'une part, la sécurisation de la clé privée et de la clé publique d'autre part.

○ La volatilité des NFTs

Les NFTs sont des actifs très volatiles. Leur valorisation au jour du décès est une question délicate, d'autant que certains NFTs sont constitués pour une durée limitée dans le temps.

On ne connaît finalement vraiment leur valeur qu'au jour de leur vente.

Cette volatilité est à prendre en considération eu égard à la composition des lots dans les testaments-partages ou les donations-partages qui figent les valeurs des biens donnés au jour de l'acte, aux indemnités de rapport, mais aussi aux éventuels risques d'action en réduction des héritiers réservataires.

Un particulier, propriétaire de plusieurs NFTs, pourra avoir intérêt à créer autant de portefeuilles numériques et donc de clés privées, que de NFTs, afin d'éviter une future indivision successorale. La répartition du patrimoine par voie testamentaire entre ses enfants n'en sera que plus facile.

L'évaluation des NFTs dans la déclaration de succession pourra donc prêter à discussion avec l'administration fiscale. Mais si cet exercice est compliqué pour le contribuable, il le sera aussi pour le percepteur.

○ La sécurisation des clés de déchiffrement

Il ne suffira pas d'écrire stricto sensu : *je lègue mes NFT à mon fils aîné*. Il conviendra de préciser la localisation des clés privé et publique correspondantes.

Par précaution, le testateur pourra préciser dans son testament que la perte ou la destruction de la clé privée à son décès entraînera la caducité de son legs : cela évitera aux héritiers de payer des droits de succession sur un actif non réalisable.

Les clés de déchiffrement sont parfois déposées dans le coffre d'une banque.

Dans ce cas, l'héritier devra justifier de sa qualité auprès de l'établissement bancaire pour accéder au coffre une fois que l'acte de notoriété qui constatera la dévolution successorale aura été signé. Il devra ensuite se déplacer à l'agence où se trouve le coffre et recourir le cas échéant à un serrurier.

Attention, si le coffre-fort est joint, le cotitulaire du coffre (*le conjoint la plupart du temps mais ce peut être aussi un des enfants*) peut y accéder librement, à tout moment, malgré le décès, et récupérer son contenu avant que les héritiers n'aient eu le temps de justifier de leur qualité d'ayant droit auprès de la banque.

Il est fréquent dans les successions qu'on ne trouve pas dans un coffre ce que l'on pensait y trouver. Le titulaire du coffre a pu retirer des objets et ne plus s'en souvenir.

2. La spécificité des NFTs pourrait entraîner une renaissance des testaments mystiques et internationaux

La très grande majorité des testaments aujourd'hui sont olographes ou authentiques.

Le testament olographe est celui rédigé par le testateur, signé et daté par ses soins.

Le testament authentique est reçu par un notaire en présence de deux témoins ou par deux notaires, sans témoin. Le notaire recueille sous la dictée du testateur ses dispositions de dernières volontés.

Il sera conseillé au testateur de ne pas y mentionner ses codes d'accès. Une erreur peut être commise en les dictant ou en les recopiant. Mais surtout, une personne malveillante qui aurait accès au contenu du testament pourrait s'emparer des NFTs.

Deux formes de testament aujourd'hui tombées en désuétude pourrait ainsi retrouver de la vigueur.

Le testament mystique rédigé par le testateur lui-même (*manuscritement ou par traitement de texte*), est signé puis remis au notaire dans une enveloppe close, cachetée et scellée, en présence de deux témoins.

Le contenu du testament mystique reste donc secret, puisque seul le testateur en connaît la teneur.

Cependant, le testateur se prive ainsi de la vérification par le notaire de l'efficacité de la rédaction de ses dispositions testamentaires.

Partant, il lui sera conseillé de collaborer avec le notaire pour la rédaction du corps du testament mystique, puis de compléter sans lui les éléments spécifiques au NFT.

Le testament international, créé par la Convention de Washington du 26 octobre 1973, permet également de maintenir les dispositions testamentaires secrètes.

Le notaire et les témoins n'apposent leur signature que sur la dernière page de cette forme de testament.

Il a pour avantage d'être valable en présence de n'importe quel élément d'extranéité (*le pays dans lequel il a été rédigé, la localisation du patrimoine du testateur, sa nationalité, son domicile ou sa résidence*).

Le fait de pouvoir dactylographier le testament mystique ou international permet d'éviter des erreurs dans les identifiants, codes, clés

De manière plus générale, si le testateur entend dissimuler tout ou partie de ses avoirs numériques à certains héritiers, le testament pourra renvoyer à un coffre-fort numérique qui, en vertu des instructions données lors du dépôt, ne serait accessible qu'à certaines personnes.

Conclusion

Nous sommes à l'aube du tout numérique. Au-delà des NFTs et des cryptomonnaies, les comptes sur les réseaux sociaux survivent aussi à leurs titulaires. Nous ne mesurons pas encore l'impact qu'aura le monde virtuel sur nos vies quotidiennes.

Cela doit nous amener à nous interroger sur l'organisation pérenne de la transmission successorale du patrimoine numérique de chacun d'entre nous, à toutes les générations futures.

Pourrait-on imaginer que la dévolution successorale du NFT soit inscrite directement sur le *smart contract* pour qu'en cas de décès du propriétaire du NFT, des clés privées destinées aux héritiers

soient créées automatiquement ? Une nouvelle catégorie de testament inhérente au monde virtuel, insérée directement dans la blockchain, apparaîtrait ainsi dans notre droit.

Les colloques consacrés aux NFTs risquent d'être encore nombreux avant que toutes les réponses soient apportées et qu'un dispositif sécurisé soit mis en place.

IV - LE TRAITEMENT FISCAL DES NFTs D'ŒUVRES D'ART

La fiscalité des NFTs sous l'angle du droit comparé

Yonas Nielsen

La fiscalité pour l'investisseur

Régis Vabres

Le régime des NFTs d'œuvres d'art sous l'angle de la TVA

Jacques Fingerhut

LA FISCALITÉ DES NFTs

SOUS L'ANGLE DU DROIT COMPARÉ

Yonas Nielsen *

Tax Associate – International Tax
Mazars (Luxembourg)

Déterminer la manière dont doivent être appréhendés les NFTs par notre droit et plus particulièrement par notre droit fiscal impose de s'intéresser à la manière dont ceux-ci sont traités à l'étranger, outre-Atlantique, outre-Manche, ou bien encore chez nos voisins européens.

Un catalogue reprenant toutes les solutions envisagées dans les différents États européens et internationaux n'aurait que peu d'intérêt en dehors du fait de démontrer l'hétérogénéité régnante en fonction des gouvernements, des mœurs, de l'intérêt porté aux nouvelles technologies, ou encore des différences culturelles. Néanmoins, les solutions anglo-saxonnes et européennes méritent comparaison. En effet, outre-Atlantique et outre-Manche, les législateurs et régulateurs ont rapidement décidé d'intervenir pour prévenir les risques, certes, mais aussi pour lutter contre les fraudes. En Europe, si ces questions sont également discutées dans un objectif de lutte, l'ambition première recherchée est l'harmonisation et l'adaptation de l'Union à cette nouvelle ère numérique.

I - UN OBJECTIF PREMIER DE LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT AUX ETATS-UNIS, DE POSSIBLES ÉVOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES EN GRANDE-BRETAGNE

Pour le Trésor américain, ce sont surtout les manques à gagner qui le poussent à déterminer une façon de taxer les gains sur cession de NFTs. Les activités concernées sont la cession d'un NFT pour de la cryptomonnaie, l'achat de NFT avec une cryptomonnaie ou bien même l'échange d'un NFT pour un autre. Aux États-Unis, et dans l'immense majorité des cas, une taxe est due. L'opération sera traitée avec les mêmes lois prévues pour les cryptomonnaies. Ces dernières sont considérées par l'*Internal Revenue Service*¹ (ci-après, « IRS ») comme étant des « *property* »², à savoir une imposition identique à tous les autres actifs détenus par le contribuable, dès lors qu'elles sont utilisées à des fins d'investissements ou pour l'achat de biens ou services. Plus précisément, s'agissant des NFTs, que l'on se trouve dans le cadre de l'une ou l'autre des trois activités précitées, le « *capital gain* » (la plus-value) est taxable. La seule nuance réside dans le taux d'imposition de cette plus-value.

On sait que l'IRS n'a pas publié de directive spécifique s'agissant de l'imposition des seuls NFTs. Ce n'est pas non plus le cas de la *Financial Crimes Enforcement Network* (ci-après « FinCEN »). Ici aussi, il est nécessaire de se demander si les NFTs sont assimilés ou assimilables à des crypto-monnaies, plus précisément s'il s'agit d'une valeur qui est substituable à la monnaie. Dans une telle situation, alors les NFTs seraient régulés par la FinCEN et plus précisément par le « *Bank Secrecy Act* » de 1970.

* Membre de l'Institut Art & Droit.

¹ Agence du Gouvernement fédéral des États-Unis, elle est en charge de la collecte de l'impôt.

² IRS, Notice 2014-21, 2014-16 I.R.B. 938.

L'intérêt porté aux NFTs par l'IRS, la FinCEN et la *Financial Action Task Force*³ (ci-après, « FATF ») n'est pas anodin. Il existe selon ces institutions un réel risque de blanchiment avec un schéma simple : l'achat de NFTs en utilisant des fonds illicites puis utiliser un compte tiers de confiance pour transférer l'argent, en arguant un achat d'art légitime le cas échéant. Le système est facilité par l'absence totale de monnaie fiduciaire ou encore d'œuvre d'art physique. En somme, le schéma est totalement décentralisé.

Outre-Manche, les évolutions juridiques s'agissant des NFTs pourraient finalement provenir des juges. Une citoyenne britannique avait entamé une action en justice clamant le vol de deux NFTs d'art sur son portefeuille numérique. La Cour a alors rendu un arrêt au sein duquel les NFTs étaient reconnus comme objets de propriété. C'est l'une des premières jurisprudences concernant les NFTs, et probablement la seule à ce jour qui permet d'offrir une protection aux victimes de vols de NFTs qui se multiplient depuis des mois. C'est aussi la première fois qu'une décision ordonne le gel de tels actifs par voie d'injonction. Cette jurisprudence pourrait permettre une avancée en termes de qualifications juridiques et fiscales. Ces actifs sont traités comme des propriétés. Leurs propriétaires peuvent ainsi jouir et disposer de cet actif de manière exclusive et absolue.

II - TENTATIVE DE RÉGULATION UNIFORME EN EUROPE : ADAPTER L'UNION EUROPÉENNE À L'ÈRE DU NUMÉRIQUE

En l'absence de définition et de régime commun en Europe, une approche au cas par cas selon les États membres de l'Union européenne (UE) est nécessaire, notamment dans un but de mise en lumière de toutes les difficultés de qualification juridique, les différentes solutions proposées et surtout la meilleure envisageable. L'idéal serait alors de comparer deux États, l'un du nord (le Danemark), l'un du sud (le Portugal), lesquels ont des approches radicalement différentes, prouvant la difficile tâche qui attend l'UE dans sa volonté d'harmonisation des législations.

Le NFT, selon le droit civil portugais, pourrait ainsi représenter une multitude d'objets, la seule condition étant qu'il soit créé par l'Homme dans le but de reproduire ou représenter une personne ou une chose ou un fait. En dehors de ces questions de qualification, ce sont surtout les aspects fiscaux qui font à ce jour du Portugal une place montante des investissements en NFTs. Ceux-ci ne sont en effet pas considérés comme des instruments financiers « *securities* », mais plus encore, le marché des crypto-monnaies et des NFTs est non-régulé et considéré « *tax free* ». Cela provient du fait qu'un avis de l'administration fiscale portugaise de 2016 indique que les cryptomonnaies n'ont pas valeur de devise et ne sont donc pas taxables. Autrement dit, aucune plus-value ne serait à déclarer ou à payer à un quelconque stade de l'opération d'investissement spéculatif.

Le système fiscal portugais entourant ces nouveaux actifs fait office d'exception en Europe. Cela ne devrait toutefois pas durer. Le ministre des Finances portugais, Fernando MEDINA, avait annoncé début mai vouloir combler ce vide juridique en s'inspirant des autres États européens. Reste à savoir sur l'imposition de quel État le Portugal finira par se calquer. Il n'en demeure pas moins que la démarche démontre une volonté d'homogénéité des législations.

³ Organisation intergouvernementale mise en place sur initiative du G7, elle a pour objectif la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Comme tous les autres pays d'Europe, le Danemark a vu le nombre de particuliers réalisant des investissements spéculatifs dans les NFTs croître rapidement. Il était donc nécessaire de trouver un moyen d'imposer ces nouvelles sources de revenus. Juridiquement, les jetons non fongibles (en danois « *ikke-udskiftelige emblemer* ») sont considérés comme des actifs numériques uniques et non interchangeables.

Afin d'appréhender les revenus tirés de ces investissements locatifs, l'administration fiscale danoise (« *Skattestyrelsen* ») comptait faire usage des règles existantes. Or, les règles fiscales danoises tirent leur origine dans un code fiscal datant de 1922⁴, malgré une profonde réforme datant du 28 mai 2009. Le ministre de la Fiscalité danois, Morten BØDSKO, en poste jusqu'en février 2022, a décidé de créer un comité indépendant chargé d'examiner les règles fiscales actuellement en vigueur afin de garantir aux investisseurs agissant à titre non-professionnel des règles claires et transparentes ne laissant pas de place au doute. Une proposition de loi devrait voir le jour courant 2023.

En attendant, le Conseil fiscal danois⁵ s'est prononcé sur les conséquences fiscales des cessions de NFTs d'art réalisées par des professionnels. Le Conseil, dans sa décision du 7 mars 2022, avait pour mission de répondre à trois questions essentielles :

- d'une part, si la production d'art numérique auquel serait rattaché un NFT constituait une source de revenus professionnels ou non en cas de gain ;
- à quel moment devaient être taxés les bénéfices réalisés sur une cession de NFT ;
- enfin, si l'échange de cryptomonnaies contre des *stablecoins* entraînait un fait générateur d'imposition comme le pourrait être l'échange en *fiat*.

Il convient de préciser qu'au Danemark, l'acquisition et la cession de cryptomonnaies sont empreintes de neutralité fiscale. Le Conseil estime dans sa décision que l'actif numérique NFT doit être traité de la même manière tant qu'il n'y a pas de conversion en monnaie fiduciaire. S'agissant du critère de l'activité professionnelle, le guide juridique et fiscal danois propose une solution intéressante⁶, en qualifiant de professionnelle l'activité qui est durable, continue et systématique, et qu'un contribuable exerce comme moyen de subsistance total ou partiel lors de l'achat et de la vente du bien en question. Il faut notamment déterminer si les opérations sont récurrentes. Des indices sont proposés, tels que le volume des ventes. Un contribuable peut par ailleurs être présumé professionnel. Dans cette décision, c'était notamment la formation artistique du contribuable et son actuel emploi de développeur de logiciels qui ont permis de laisser penser qu'il avait des liens étroits avec le marché, et qu'il a ainsi pu gérer un commerce d'art cryptographique de manière professionnelle et dans l'espoir de réaliser de gros profits.

La forte disparité mise en évidence par la comparaison entre les systèmes portugais et danois pousse l'UE à intervenir à des fins d'harmonisation.

⁴ La législation danoise en matière de fiscalité découle de la « *Statsskatteloven* » (loi relative aux impôts d'État) du 10 avril 1922.

⁵ Ce Conseil fiscal (« *Skatterådet* ») est composé d'un collège de 19 membres qui assiste l'administration fiscale danoise, notamment en matière législative.

⁶ Article C.C.2.1.3.3.2 du guide juridique et fiscal danois (« *Den juridiske vejledning* ») sur la qualification d'activité professionnelle.

LA FISCALITÉ POUR L'INVESTISSEUR

Régis Vabres *

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur du Master Droit des affaires et fiscalité / DJCE

Toutes les branches du droit fiscal sont concernées par le développement des NFTs. La détention, la cession à titre onéreux ou encore la transmission à titre gratuit sont autant de faits générateurs classiques de l'impôt qui trouvent à s'appliquer sur ce type de biens. Si les questions sont classiques, les réponses à apporter sont peu évidentes.

Principalement en raison d'une réglementation fiscale qui reste partielle pour ne pas dire absente. En effet, la loi de finances pour 2019 a instauré un régime de plus-values sur actifs numériques, prévu à l'article 150 VH bis du CGI et dont la portée donne lieu à d'âpres discussions. Les caractéristiques de ce régime sont les suivantes :

- il concerne les personnes physiques domiciliées en France ;
- il repose sur un système déclaratif ;
- il est exclusif du régime prévu à l'article 150 UA du CGI et qui concerne les cessions de biens meubles ;
- le régime de plus-values sur actifs numériques s'applique « sous réserve des dispositions propres aux bénéfices professionnels » : en clair, il y a lieu de distinguer ceux qui agissent comme des particuliers dans le cadre de leur patrimoine privé et ceux qui agissent comme des professionnels ;
- les moins-values nettes ne sont pas reportables ;
- la fiscalisation des gains ou revenus sur actifs numériques est réalisée à chaque cession de ces valeurs, sachant que les échanges entre actifs numériques bénéficient d'un sursis d'imposition. C'est donc au moment où cette cession se traduit par une plus-value et un paiement sous la forme d'une monnaie ayant cours légal qu'intervient le fait générateur de l'imposition.

Immédiatement, il faut comprendre que l'investisseur qui prendrait la forme d'une société étrangère ou d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés en France n'est pas concerné par ce régime. Seuls les particuliers soumis à l'impôt sur le revenu en France sont visés par ce texte.

* Membre de l'Institut Art & Droit.

Les contribuables qui achètent et revendent des actifs numériques à titre habituel relèvent des bénéfices non commerciaux (BNC) depuis le 1er janvier 2023. La loi de finances pour 2022 a en effet décidé d'assimiler aux BNC les personnes exerçant une activité de trading sur actifs numériques, en s'appuyant sur des moyens équivalents à ceux d'un professionnel. La multiplication des opérations de cession d'actifs numériques ne sera donc plus en soi un critère de qualification au titre des BNC. Ce sont les moyens mis en œuvre qui seront déterminants. S'agissant des NFTs, au regard de l'activité spéculative et des faibles durées de détention observées en pratique, la mesure est sans doute une bonne nouvelle pour les opérateurs. Mais elle laisse une épée de Damoclès au-dessus de la tête de ceux qui ont une activité soutenue sur les exercices antérieurs à 2023, puisque pour ceux-ci le régime applicable est celui des bénéfices industriels et commerciaux.

A supposer que l'investisseur est bien celui visé par l'article 150 VH bis du CGI, la mise en œuvre du régime n'est pas sans soulever des interrogations.

Dans son rapport publié en juillet 2022, le CSPLA rappelle que « *l'assimilation des JNF à des actifs numériques permet aujourd'hui d'appliquer le régime des plus-values réalisées par des particuliers* » (p. 58). Et de préciser qu'« *à l'heure actuelle, dans l'attente d'une éventuelle définition normative des JNF, le caractère unique des JNF ne semble pas justifier à lui seul de s'écarter du régime d'imposition de droit commun des plus-values de cession d'actifs numériques prévu à l'article 150 VH bis du CGI* » (p. 60)¹.

Quoique faisant l'objet de vives critiques, l'application du régime fiscal des actifs numériques est effectivement à ce jour celui qu'il convient de privilégier et cela pour au moins deux séries de raisons :

- la loi ne fait aucune distinction entre les actifs numériques fongibles et ceux étant par nature non fongibles. Certes, lors de l'adoption de la loi Pacte, le législateur avait à l'esprit le développement des crypto-monnaies et a également cherché à fixer un cadre juridique applicable aux jetons émis à l'occasion d'ICO². Toutefois, la généralité des dispositions prévues par le Code monétaire et financier invite à ne pas opérer de distinction contra legem. Un régime fiscal propre aux NFTs n'est guère concevable que si les textes opèrent une nouvelle sous-catégorisation, étant observé que s'agissant d'actifs intéressant l'épargne publique, le Code monétaire et financier est le réceptacle naturel pour une éventuelle évolution des définitions juridiques.

- La position actuelle des instances européennes exprimée lors des débats entourant l'adoption du règlement MICA ne laisse guère place aux doutes : les NFTs sont qualifiés de « crypto-assets »...certes, certains d'entre eux seront probablement soumis à une régulation

¹ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Rapport sur les NFT (« jetons non fongibles »), juill. 2022.

² V. Varnerot, « La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers », *Droit fiscal*, 2022, 306 ; R. Vabres, « Les NFT : quelle réglementation fiscale? », *RD bancaire et financier*, juillet 2022, dossier 35.

spécifique, en dehors du règlement MICA et de la future directive DAC 8³, mais cela reste des « crypto-assets »⁴ et donc des actifs numériques pour reprendre la terminologie française.

Mieux, les dernières évolutions de la fiscalité en Europe montrent que la Commission européenne se nourrit très largement des travaux de l'OCDE. Or, les modifications de la Norme commune de déclaration récemment proposées par l'OCDE précisent que : « l'expression « crypto-actif » englobe à ce titre les jetons fongibles et non fongibles, et donc les jetons non fongibles (NFTs) représentant des droits sur des objets de collection, des jeux, des œuvres d'art, des biens matériels ou des documents financiers qui peuvent être échangés ou transférés à d'autres personnes physiques ou entités de manière numérique »⁵.

³ Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2011/16/UE relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal, COM(2022) 707 final, 8 déc. 2022.

⁴ Prop. dir. préc., spéc. cons. 14 : « L'interprétation générale de la notion de crypto-actifs est très vaste et comprend les crypto-actifs qui ont été émis de manière décentralisée ainsi que les jetons de valeur stable (« stablecoins ») et certains jetons non fongibles (NFT) ».

⁵ OECD (2022), Cadre de déclaration des Crypto-actifs et modifications de la Norme commune de déclaration, OECD, Paris, <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/echange-de-renseignements-fiscaux/cadre-de-declaration-des-crypto-actifs-et-modifications-de-la-norme-commune-de-declaration.htm>, spéc. p. 51.

LE RÉGIME DES NFTs D'ŒUVRES D'ART SOUS L'ANGLE DE LA TVA

Jacques Fingerhut *

Avocat au barreau de Paris

Docteur en droit

Les transactions sur le marché de l'art sont soumises en matière de TVA à un régime sectoriel, plus favorable que celui de droit commun. Pour prétendre à son application, deux conditions doivent être remplies. D'une part, les biens concernés relèvent de l'une des catégories de modes d'expression artistique admis par la réglementation fiscale. D'autre part, les transactions sont effectuées soit par les artistes eux-mêmes soit par des négociants dont l'activité consiste à acheter les œuvres pour les revendre, désignés par le fisc par le terme d'assujetti-revendeur.

Le crypto-art, nouvelle forme d'art numérique reposant sur la technologie NFT (*non fungible token* ou jeton non fongible), peut-il se fondre dans cette doctrine et se revendiquer dès lors du régime favorable de taxation à la TVA des œuvres d'art ?

Pour répondre à cette question, on examinera dans une première partie les fondements et les principes du régime sectoriel de TVA du marché de l'art ainsi que les dispositions prévues pour les artistes plasticiens et les négociants de ce marché.

Dans une deuxième partie, on étudiera tout d'abord l'extension de ce régime au domaine des arts numériques. En effet, élaborée à partir d'une définition limitative de l'œuvre d'art, la typologie des créations concernées par le régime sectoriel de TVA sur les œuvres d'art ne permet pas de prendre en compte tous les modes d'expression artistique contemporains. Puis on abordera le cas particulier du crypto-art, les NFTs se distinguant des autres biens échangés sur le marché de l'art par leur caractère hybride, entre œuvre d'art numérique et crypto-actif¹, entre bien culturel et produit d'investissement².

Dans une troisième partie, sera traitée la question des opérateurs du marché de l'art. Si les acteurs traditionnels se sont emparés de ce nouveau territoire que constitue le crypto-art et auraient dès lors quelque légitimité à demander à bénéficier des mêmes règles fiscales que celles qui s'appliquent aujourd'hui dans le cadre du régime sectoriel, on peut s'interroger sur le cas des plateformes spécialisées, qui émettent, stockent, commercialisent et fournissent des services en matière de NFTs.

I - LE RÉGIME SECTORIEL DU MARCHÉ DE L'ART

A. Les fondements et les principes

La TVA est un impôt indirect. C'est un impôt sur la consommation³ pour lequel les entreprises ne sont pas les contribuables finaux, mais seulement des auxiliaires du Trésor public. En effet, en vertu du

* Membre de l'Institut Art & Droit.

¹ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles (« NFT » en anglais). Sécuriser le cadre juridique pour libérer les usages, juillet 2022, p. 65.

² « Les deux faces des collectionneurs de crypto-art », *Le Monde*, 24-25, avril 2022.

³ Le paragraphe 1 de l'article 256 du CGI dispose que « Sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les livraisons et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel ».

principe de neutralité fiscale, pour éviter qu'un même bien soit taxé plusieurs fois, la taxe facturée à chaque stade du circuit économique de production et de distribution puis reversée au Trésor public est déductible de celle due par l'intervenant suivant, jusqu'au consommateur qui supporte *in fine* la charge de l'impôt⁴. « A l'intérieur du processus d'élaboration d'une activité économique, la TVA ne doit à aucun moment constituer un coût définitif à la charge de l'une quelconque des entreprises concernées »⁵.

Un système commun de TVA a été mis en place dans le cadre de la Communauté européenne, devenue Union européenne (UE), afin de ne pas fausser les conditions de la concurrence entre les États membres et de ne pas entraver la libre circulation des marchandises et des services.

La législation et la réglementation relatives à la TVA relèvent donc désormais de la compétence de l'UE⁶, l'adoption par le Conseil des règles en matière de fiscalité indirecte requérant l'unanimité des 27 États membres⁷. Cette compétence s'exprime au travers de l'adoption de directives qui sont ensuite transcrites dans le droit interne des États membres. Dans ce cadre, les marges de manœuvre dont disposent les États membres sont strictement limitées⁸.

Le dispositif admet, pour tenir compte des spécificités de certaines branches d'activité, des régimes sectoriels : ainsi, celui des biens d'occasion, des œuvres d'art, des objets de collection et d'antiquité. Ce régime s'inspire de la réglementation mise en place antérieurement par la France, afin de favoriser l'activité des artistes plasticiens ainsi que les transactions effectuées par les négociants en œuvres d'art.

B. Les artistes plasticiens sont dispensés du paiement de la TVA et, au-delà d'un plafond, bénéficient d'un taux réduit

Dans le cadre de ce régime sectoriel, tel qu'il a été transposé dans la législation et la réglementation françaises, les artistes plasticiens sont dispensés du paiement de la TVA lorsqu'ils n'ont pas réalisé en 2022 un chiffre d'affaires supérieur à 44 500 €⁹.

Au-delà de ce plafond, ils doivent acquitter la TVA au taux réduit de 5,5 %¹⁰, à la condition que leurs créations relèvent des catégories d'œuvres d'art admises au bénéfice du régime sectoriel du marché de l'art (cf. *infra* II-A).

C. La taxation sur la marge s'applique de plein droit aux négociants entrant dans la catégorie des assujettis-revendeurs

Le régime de droit commun pour les commerçants du marché de l'art, dans le cadre du négoce de biens d'occasion, d'œuvres d'art, d'objets de collection ou d'antiquité, est celui de l'imposition sur la marge bénéficiaire, c'est-à-dire la différence entre le prix d'achat et le prix de vente.

Les négociants en biens d'occasion, les antiquaires, les brocanteurs, les galeristes etc. qui sont assujettis à la TVA lorsqu'ils acquièrent des œuvres d'art, les affectent aux stocks de leur entreprise,

⁴ L'alinéa 1 de l'article 271 du CGI dispose que « La taxe sur la valeur ajoutée qui a grevé les éléments du prix d'une opération imposable est déductible de la taxe à la valeur ajoutée applicable à cette opération ».

⁵ D. Bouchet, N. Habibou, J-B Joseph, « TVA : soixante ans, soixante questions-clés », *Dr. fisc.*, 2014, n°45, p. 16.

⁶ Article 93 du Traité sur le fonctionnement de l'UE.

⁷ *Idem*.

⁸ C'est la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui garantit l'interprétation de la législation de l'UE et les juridictions nationales doivent veiller à sa bonne application. Ainsi, à la suite d'une demande de décision préjudicielle posée par le Conseil d'Etat concernant la définition des photographies, la CJCE – arrêt du 5 sept. 2009, aff. C- 145/18 - a précisé qu'elles doivent être « prises par leur auteur, tirées par lui ou sous son contrôle, signées et numérotées dans la limite de trente exemplaires, à l'exclusion de tout autre critère, en particulier l'appréciation, par l'administration fiscale nationale compétente de leur caractère artistique ».

⁹ Pour les années 2023 à 2025, le seuil est fixé à 47 600 €.

¹⁰ Article 278-O-bis du CGI.

ou les importent en vue de leur revente en leur nom propre et pour leur propre compte, sont caractérisés comme assujettis-revendeurs¹¹.

Relèvent aussi de cette catégorie les commissaires-priseurs, qui agissent en leur nom propre et pour le compte d'autrui, lorsqu'ils procèdent à des ventes aux enchères de biens d'occasion, d'œuvres d'art, d'objets de collection ou d'antiquité¹².

Les dispositions particulières concernant ces professionnels du marché de l'art ont pour objectif de compenser le phénomène de rémanence d'impôt ; par ce terme, on désigne l'impossibilité dans laquelle se trouve un commerçant de déduire du montant de la TVA reversée au Trésor public, le montant de la TVA acquittée par l'intervenant en amont, faute d'en pouvoir déterminer le montant. C'est le cas lorsque l'assujetti-revendeur acquiert une œuvre d'art auprès d'un non-redevable de la TVA : soit un non-assujetti (un particulier), soit un assujetti dont la vente est exonérée (ainsi pour la cession de biens mobiliers d'investissement), soit un assujetti bénéficiaire de la franchise (un artiste plasticien), soit un autre assujetti-revendeur ayant placé sa vente sous le régime de la marge (une galerie d'art ou un opérateur de ventes volontaires de meubles aux enchères¹³).

Afin de pallier la rémanence d'impôt, la directive 94/5/CE du Conseil du 14 février 1994, dite « 7ème directive », transcrite en droit interne¹⁴, prévoit que l'imposition sur la marge est le régime de droit commun pour ces commerçants¹⁵. L'assiette du calcul de la TVA est alors constituée par la différence entre le prix de vente et le prix d'achat. La marge est réputée TTC et doit donc être ramenée hors taxe, afin de calculer le montant de la TVA par application du taux normal de 20 %. Sont exclues du régime de la marge, les reventes de biens importés ou achetés auprès d'un assujetti qui a facturé de la taxe au titre de sa livraison, ou encore de biens qui ont fait l'objet d'une acquisition intracommunautaire taxable ; la TVA portant sur les éléments qui ont grevé le coût de l'intervention du négociant peut toutefois être déduite¹⁶.

Dans deux cas, la marge est fixée forfaitairement à 30% du prix de vente hors taxe, en sorte que, si on applique le taux normal de 20% à cette marge, le taux effectif de la TVA ne s'élève plus qu'à 6%¹⁷.

Le recours à la marge forfaitaire est autorisé pour les galeries d'art dites de promotion qui acquièrent les œuvres directement auprès des artistes plasticiens, car le prix n'est pas considéré comme significatif¹⁸. Il en est ainsi lorsque l'artiste fournit régulièrement des créations en contrepartie de la prise en charge de dépenses courantes ou de la réalisation d'actions de promotion - participation à des foires, manifestations, expositions temporaires ou permanentes effectuées en France et à l'étranger. La marge forfaitaire peut être appliquée à l'ensemble des ventes réalisées par une galerie si elle effectue de manière habituelle des actions de promotion¹⁹. Les actions de promotion peuvent concerner l'œuvre d'un seul artiste, vivant ou décédé, ou être rattachées à un courant artistique. La preuve de l'organisation de telles manifestations peut être apportée par tout moyen.

Les détenteurs de stocks anciens peuvent également appliquer la marge forfaitaire, car la valeur d'acquisition des œuvres d'art détenues depuis plus de six ans dans les stocks à partir de leur inscription en comptabilité est considérée comme non-significative²⁰.

¹¹ BOI-TVA-SECT-90-40-20150304, 4 mars 2015, § 150-160. Ainsi, la galerie n'est pas un assujetti-revendeur lorsque qu'elle loue ses cimaises à un artiste ou bien lorsqu'elle agit comme commissionnaire, courtier ou dépositaire au nom et pour le compte d'autrui.

¹² BOI-TVA-SECT-90-20-20150506, 6 mai 2015, § 150.

¹³ BOI-TVA-SECT-90-20-20150506, 6 mai 2015, § 210.

¹⁴ Art. 16 de la loi de finances rectificative pour 1994 n° 94-1163 du 29 décembre 1994.

¹⁵ Art. 297 A du CGI.

¹⁶ BOI-TVA-SECT-90-20-20150506, 6 mai 2015, § 350.

¹⁷ BOI-TVA-SECT-90-40, 4 mars 2015, § 230.

¹⁸ Art. 297 A-III du CGI.

¹⁹ BOI-TVA-SECT-90-40, 4 mars 2015, § 180-210.

²⁰ BOI-TVA-SECT-90-40, 4 mars 2015, § 220.

La digitalisation des arts plastiques, le recours aux crypto-actifs et l'activité des plateformes spécialisées qui accompagnent le développement des NFTs d'œuvres d'art questionnent le paradigme sur lequel repose aujourd'hui le régime sectoriel de TVA du marché de l'art. En effet, on peut s'interroger sur la pertinence des deux piliers du système. D'une part la liste limitative des catégories d'expression artistique admises au bénéfice du régime sectoriel exclut de son périmètre les arts numériques et le crypto-art. D'autre part, l'évolution du rôle des acteurs traditionnels du marché de l'art et le développement des services assurés par les plateformes spécialisées sont à la source d'interrogations sur les contours du statut d'assujetti-revendeur.

II - EXTENSION DU RÉGIME SECTORIEL DU MARCHÉ DE L'ART AU DOMAINE DES ARTS NUMÉRIQUES ET NOTAMMENT AU CRYPTO-ART

A. La typologie des œuvres d'art entrant dans le régime exclut les arts numériques

Les modalités particulières de calcul de la TVA ne peuvent être appliquées pour toutes les formes d'expression artistique. En effet, sept catégories d'œuvres d'art ont été définies²¹ : tableaux, collages, tableautins, dessins ; gravures, estampes, lithographies ; productions de l'art statuaire et sculptures ; tapisseries et textiles muraux ; céramiques ; émaux sur cuivre ; photographies²². Toutefois, en dehors du champ de la TVA, la doctrine administrative fait référence à d'autres formes d'expression artistique²³ : les œuvres audiovisuelles²⁴, les installations²⁵, les performances²⁶ et les graffitis²⁷.

L'article 98 A de l'annexe 3 du CGI « liste les réalisations considérées fiscalement comme des œuvres d'art en précisant que ces dernières doivent être entièrement exécutées à la main par l'artiste, ce qui exclut tout procédé mécanique ou photomécanique. Cette définition fiscale figée des œuvres d'art ne prend pas en compte toutes les pratiques artistiques, notamment numériques, qui tendent à se diffuser dans les lieux de création et d'exposition »²⁸.

B. Le crypto-art dans l'état actuel du droit ne peut prétendre à entrer dans le cadre du régime sectoriel du marché de l'art non seulement parce qu'il relève de la catégorie des arts numériques, mais aussi parce qu'il repose sur la technologie NFT

Les jetons non fongibles ou NFTs (*non fungible tokens*) sont des certificats garantissant le caractère authentique et unique d'un fichier numérique, par ailleurs techniquement reproductible. Dans le cas d'un NFT artistique, il peut s'agir d'une œuvre entièrement numérique ou d'une œuvre physique reproduite sur un fichier numérique, par exemple une image ou une vidéo²⁹.

²¹ Le décret n° 95-172 du 17 février 1995, codifié à l'art. 98 A de l'annexe 3 du CGI, a transcrit en droit interne la liste des œuvres d'art figurant à l'annexe de la directive 94/5/CE qui a été reprise à l'annexe IX de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006.

²² BOI-TVA-SECT-90-10-201140411, 11 avril 2014, § 130-290.

²³ Par exemple en matière de droit de suite, l'article R. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que la rétribution concerne « les créations plastiques sur support audiovisuel ou numérique ».

²⁴ En matière de déduction des dons à l'impôt sur le revenu par les particuliers (article 200 du CGI) – BOI-IR-RICI-250-10-20-10 § 120 ; en matière de déduction des dons à titre professionnel (article 238 bis du CGI) – BOI-BIC-RICI-20-30-10-15 § 90 ; dans le cadre du régime de l'abattement de 50 % sur le bénéfice des jeunes artistes de la création plastique (article 93-9° du CGI) – BOI-BNC-SECT-20-30 § 50.

²⁵ En matière de déduction des dons à l'impôt sur le revenu par les particuliers (article 200 du CGI) – BOI-IR-RICI-250-10-20-10 § 280.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Rép. Lemorton, Ass. Nat., 3 mai 2016, n°34568, p. 3795.

²⁸ Rép. Genevard, Ass. Nat., 12 janvier 2021, n° 22584, p. 219.

²⁹ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles, op. cit., p. 28.

Comme les cryptomonnaies, les NTFs artistiques sont inscrits sur un réseau sécurisé (chaîne de blocs ou blockchain³⁰). Les opérations d'inscription des NTFs et les transactions opérées sur la blockchain sont généralement régies par un contrat intelligent (*smart contract*).

Les transactions relatives aux NTFs sont habituellement effectuées par les internautes en cryptomonnaies, sur des plateformes spécialisées. Les NTFs sont déposés sur un portefeuille numérique.

Les NTFs artistiques ont donc un caractère hybride. Ce sont effectivement des œuvres d'art dès lors qu'ils tirent leur valeur d'une création originale garantie unique, mais, de par leur inscription sur la blockchain, ils relèvent techniquement de la catégorie des crypto-actifs ou actifs numériques.

A ce jour, selon le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, les NTFs « ne font pas l'objet d'un régime spécifique, ni dans les standards du GAFI³¹, ni dans le droit français ou le droit européen en cours de discussion »³², mais certaines catégories de jetons dont les NTFs d'œuvres d'art pourraient être soumises aux dispositions du Code monétaire et financier.

Par sa proposition de règlement COM (2020) du 24 septembre 2020 dite MiCA (*Markets in crypto-assets*), la Commission européenne a proposé d'appliquer aux crypto-actifs ne relevant pas de la législation européenne existante sur les services financiers un cadre réglementaire harmonisé prévoyant notamment d'imposer un agrément aux prestataires de services sur crypto-actifs (PSCA). Le texte a fait l'objet d'un accord au Conseil de l'UE le 5 octobre 2022 et au Parlement le 10 octobre 2022. Il devrait être publié au mois de mars 2023. Les PSCA qui fourniront leurs services conformément à la réglementation nationale avant l'entrée en application du règlement bénéficieront d'une période supplémentaire de dix-huit mois à compter de la date d'entrée en application dudit règlement pour se conformer à celui-ci.

Cependant, « aux termes du règlement, un certain nombre d'instruments sont exclus de la notion de crypto-actif [...] Il est expressément prévu que le règlement MiCA n'a pas vocation à appréhender la question des crypto-actifs qui sont à la fois uniques et non fongibles avec les autres crypto-actifs, ce qui renvoie à la question du traitement des NFT »³³.

Ainsi il apparaît qu'en l'état actuel de la législation et de la réglementation, le régime sectoriel des œuvres d'art en matière de TVA ne s'applique pas aux arts numériques ni a fortiori au crypto-art. Si toutefois le cadre légal venait à évoluer, on pourrait s'interroger sur la pertinence d'une extension des dispositions du régime sectoriel des œuvres d'art aux transactions relatives aux NTFs assurées par les acteurs traditionnels du marché de l'art, sans préjuger de la fiscalité applicable au négoce réalisé sur les plateformes spécialisées ainsi qu'aux services qu'elles rendent à leurs clients.

³⁰ Pour définir la blockchain, le mathématicien Jean-Paul Delahaye donne l'image d'« *un très grand cahier, que tout le monde peut lire librement et gratuitement, sur lequel tout le monde peut écrire, mais qui est impossible à effacer et indestructible* », cité par Bercy Infos, le 12/04/2022.

³¹ Le Groupe d'action financière ou Financial Action Task Force est un organisme intergouvernemental de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

³² Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles, op. cit., p. 64-65.

³³ Assemblée nationale, rapport sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture, rapport n° 748 (2022-2023), p. 71-73.

III - LES ACTEURS TRADITIONNELS DU MARCHÉ DE L'ART SE SONT EMPARÉS DES NFTS D'ŒUVRES D'ART

A. Les artistes plasticiens sont taxables suivant les règles de droit commun pour la vente de NFTs

Les NFTs intéressent tout d'abord les créateurs travaillant dans le domaine des arts numériques. Ainsi, Mike Winkelmann dit Beeple, artiste numérique, a réalisé un NFT à partir d'un collage de toutes les images postées en ligne par ses soins depuis 2007, intitulé *Everydays: the First 5000 Days*. Le 11 mars 2021, cette œuvre a été vendue par Christie's, au cours de la première vente aux enchères d'une œuvre entièrement numérique, à 69,34 millions de dollars.

Mais des artistes œuvrant dans des domaines artistiques autres que les arts numériques ont pu utiliser ce médium. Selon Sophie Lanoé, « Les artistes du street art, de la performance, de l'art conceptuel sont aussi très intéressés par les NFTs. Car leurs créations étaient difficilement monnayables. Désormais, ils peuvent vendre des NFTs en lien avec leurs performances et leurs créations éphémères. [Citons l'exemple de] Pascal Boyart (PBOY) qui a peint une fresque monumentale inspirée de Michel-Ange dans un bâtiment voué à disparaître. Cette fresque ne peut pas être vendue, mais l'artiste commercialise des NFTs de chacun des 400 personnages de cette œuvre. Autre exemple : l'artiste JR a proposé une collection de NFTs à partir d'une installation monumentale intitulée *Greetings from Giza* avec la pyramide de Khephren en Egypte »³⁴.

On a vu plus haut (cf. II-A) que les artistes plasticiens ne peuvent revendiquer le régime sectoriel de TVA pour les ventes des œuvres d'art numérique, et partant pour les NFTs. Dans le cadre juridique actuel, la vente de NFTs créés par les artistes plasticiens est donc soumise au taux normal de TVA, soit 20 %.

Si toutefois, la législation et la réglementation européennes évoluaient à cet égard, à défaut de leur appliquer un taux favorable étant donné la nature hybride des NFTs, on pourrait envisager néanmoins une franchise de TVA pour les créateurs en-deçà d'un certain plafond de chiffre d'affaires.

B. Les professionnels traditionnels du marché de l'art ne peuvent recourir à l'option sur la marge forfaitaire pour les transactions relatives aux NFTs

Les galeries d'art commercialisent des NFTs d'artistes selon plusieurs modalités³⁵. Elles peuvent créer leur propre plateforme. C'est le cas des galeries Pace, Schnabel ou Charlot. Elles peuvent également avoir recours à des plateformes spécialisées. A titre d'illustration on peut citer la galerie Almine Rech qui collabore avec une plateforme dédiée, afin de vendre des éditions numériques d'œuvres d'artistes représentés par la galerie³⁶.

Des galeries physiques se consacrent désormais à l'exposition de NFTs artistiques³⁷.

³⁴ Sophie Lanoé, entretien : <https://leguידedelarliste.com/les-nft-et-les-artistes/>

³⁵ *Le Quotidien de l'art*, 14 octobre 2022.

³⁶ <https://www.numero.com/fr/art/interview-almine-rech-galerie-paris>

³⁷ « Une galerie entièrement dédiée à des œuvres numériques dites "NFT" s'est ouverte à New York, se présentant comme le premier espace physique d'exposition au monde consacré à cette technologie qui attire de plus en plus de collectionneurs. Dès le lendemain de l'ouverture de cette galerie new-yorkaise, jeudi 25 mars [2021], une exposition dédiée au "NFT" a débuté à Shanghai. Chaque œuvre étant, par nature, dématérialisée, elle est présentée sur écran géant ou par projection, dans un espace situé à deux pas de Union Square, dans le bas de Manhattan. Les œuvres de cinq artistes seront exposées chaque jour, avec une rotation quotidienne durant 60 jours pour un total de 300 créateurs différents, d'ici au 25 mai [2021]. » <https://www.huffingtonpost.fr/>, 27 mars 2021, Vincent Gibert avec AFP.

Quand bien même elles effectuent des actions de promotion, les galeries ne sont pourtant pas éligibles à la taxation sur la marge forfaitaire en raison de la nature des créations considérées (cf. *supra* II-A).

En vertu du nouvel article L. 320-1 du Code de commerce³⁸, les maisons de ventes aux enchères sont autorisées à disperser certains meubles incorporels, catégorie à laquelle on peut assimiler les NFTs d'œuvres d'art³⁹. Ainsi, à l'occasion d'une vente *Interenchères on line* organisée par la maison de ventes Boischaut, en juin 2022, 30 photographies de peintures murales réalisées par des artistes du street art et transformées en œuvres d'art numériques uniques grâce aux NFTs ont été mises aux enchères⁴⁰.

Les acteurs traditionnels du marché de l'art commercialisent donc des NFTs d'œuvres d'art pour lesquels, en l'état actuel de la législation, le taux de TVA applicable devrait être celui du droit commun, soit le taux normal de 20 %.

C. Les nouveaux acteurs du marché de l'art : les plateformes spécialisées

De la même façon, les plateformes numériques qui commercialisent les NFTs d'œuvres d'art, telles OpenSea, Rarible, ne peuvent bénéficier du régime sectoriel des œuvres d'art. En matière de TVA, le taux applicable aux commissions exigées par ces plateformes est donc de 20 %.

Dans le cas des plateformes, l'assimilation à la catégorie des assujettis-revendeurs est d'autant plus problématique qu'elles jouent deux rôles qui les distinguent. D'une part, elles exercent une fonction de mise en relation entre vendeurs et acheteurs. De ce point de vue, elles se revendiquent comme de simples places de marché et déclinent toute responsabilité à l'égard de la protection du droit d'auteur⁴¹. D'autre part, elles interviennent dans la production des NFTs d'œuvres d'art en proposant dans la majorité des cas à leurs clients l'inscription sur la blockchain. Ainsi, les artistes n'assurent pas eux-mêmes les opérations de codage et de création des jetons⁴².

Il paraît difficile de faire avancer la réflexion sur le traitement fiscal des plateformes en l'absence de cadre juridique.

En effet, leur activité n'est encadrée par aucun statut particulier de nature à garantir le respect d'un certain nombre d'obligations sous peine de sanctions infligées par l'Autorité des marchés financiers (AMF) en cas de manquement. Pour autant, la Présidente de l'AMF considère qu'« il est nécessaire que l'univers crypto fasse maintenant clairement le choix de la régulation et de la protection des investisseurs... L'AMF comme le Parlement, appelle de ses vœux une accélération du passage au régime d'agrément obligatoire pour les prestataires qui ne sont pas enregistrés aujourd'hui »⁴³. Cependant, à ce jour, on ne peut que constater qu'aussi bien au niveau national qu'au niveau de l'UE ainsi qu'il a été vu précédemment, l'encadrement de l'activité des opérateurs de NFTs et la protection des investisseurs ne sont toujours pas assurés.

En conclusion, le régime sectoriel des œuvres d'art en matière de TVA ne s'applique pas aux arts numériques ni a fortiori au crypto-art, car ces pratiques ne figurent pas dans la liste limitative des modes d'expression artistique admis par la réglementation fiscale. Toutefois, modifier cette liste est une tâche ardue : « en l'état actuel de la législation, il n'est pas possible

³⁸ La disposition est issue de l'article 5 de la loi de modernisation du marché de l'art du 28 février 2022.

³⁹ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles, op.cit. p. 28.

⁴⁰ <http://magazine.interencheres.com/art-mobiliers/nft.marques-et-noms-de-domaines>

⁴¹ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles, op. cit., p. 54.

⁴² *Ibidem*, p. 55.

⁴³ Marie-Anne Barbat-Layani, présidente de l'AMF, discours du 9 janvier 2023.

de faire évoluer la liste [figurant à l'annexe IX de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006] sans modification préalable de la directive, *a minima* en ce qui concerne la TVA. S'il pouvait être envisagé une extension des autres dispositifs fiscaux existants, aux NFTs ou aux œuvres numériques, une expertise approfondie devrait au préalable être menée pour identifier les risques inhérents à l'introduction de définitions à géométrie variable pour qualifier les œuvres d'art selon les impôts »⁴⁴.

On ne peut pas pourtant se satisfaire d'un état juridique en décalage avec l'évolution des pratiques contemporaines des artistes plasticiens.

Par ailleurs, le statut juridique des NFTs artistiques, entre œuvres d'art et crypto-actifs, entre biens culturels et actifs financiers, n'est pas défini, et les travaux actuels, à l'échelle nationale comme à l'échelle européenne, n'augurent pas d'une convergence de points de vue. De même, on reste dans le flou quant à l'encadrement juridique des plateformes qui négocient les NFTs artistiques. Il paraît nécessaire de faire progresser la réflexion à cet égard, pour la clarification du fonctionnement du marché de l'art et la protection des amateurs, collectionneurs, investisseurs et autres acquéreurs, qui s'intéressent à ces formes nouvelles.

⁴⁴ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles, op. cit., p. 62-63.



Contacts et informations :

Site web : www.artdroit.org



Adresse courrier : Institut Art & Droit, 48 cours Franklin Roosevelt - 69006 Lyon - France

Tel. : + 33 (0)4 78 24 56 35 - Email : institut@artdroit.org