

22 Les NFT pour les titulaires de droits d'auteur : création, sécurisation et spéculation

Le droit d'auteur est l'un des domaines du droit dans lesquels le développement et le succès des NFT font naître le plus de questions. M^e Codevelle et M^e Chircop, avocates au sein du cabinet Casalonga, nous éclairent sur les enjeux soulevés pour les créateurs par l'émergence de ce nouveau marché.

1 Les NFT (« non fungible tokens » ou jetons non fongibles) connaissent une **popularité** croissante au sein du marché de l'art.

En août 2021, le volume de ventes de NFT liés à l'art représentait 945 millions de dollars. En juin 2022, les NFT pénétraient les musées français avec l'exposition organisée par le Centre Pompidou-Metz, dans sa nef, d'une œuvre numérique immersive de l'artiste Refik Anadol, sous forme de NFT (Machine Hallucinations. Rêves de nature de Refix Anadol :

<https://www.centrepompidou-metz.fr/fr/programmation/exposition/refik-anadol>). Cette popularité et les conséquences économiques et financières qui en découlent suscitent nécessairement des questions juridiques.

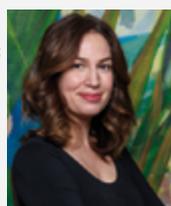
2 Nous nous intéresserons ici aux problématiques soulevées par la création et la commercialisation de NFT en lien avec des œuvres de l'esprit. Préalablement, il convient de bien comprendre ce qu'est un NFT.

Définitions en matière de NFT

3 Le NFT est un jeton ou titre numérique, sécurisé par une technologie blockchain. Contrairement aux bitcoins par exemple, ce jeton ne peut être remplacé par aucun autre, d'où le terme de « non fongible ». Plus précisément, le NFT est un ensemble de **données** numériques et cryptographiques identifiant le jeton (ce qui le rend unique), permettant d'accéder à une œuvre numérique (photo, vidéo, fichier audio, GIF, etc.) et contenant les informations relatives à cette œuvre (nom de l'artiste, date de création, conditions d'exploitation, etc.) grâce au « smart contract » généré lors de la création du NFT.

4 Le « **smart contract** » est un code informatique qui permet à l'émetteur

Avocat au barreau de Paris depuis plus de 15 ans, Floriane Codevelle est associée au sein du cabinet Casalonga.



FLORIANE CODEVELLE
Avocate associée
Cabinet Casalonga

Exerçant tant en conseil qu'en contentieux, elle dispose d'une grande expertise en matière de droits d'auteur, brevets, marques, dessins et modèles, concurrence déloyale et parasitaire, distribution, publicité et droit à l'image.

Avocat au barreau de Paris, Chloé Chircop exerce au sein du cabinet Casalonga depuis plus de 3 ans.



CHLOÉ CHIRCOP
Avocate
Cabinet Casalonga

Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux, dans tous les domaines du droit de la propriété intellectuelle (droits d'auteur, marques, dessins et modèles, brevets, savoir-faire), mais aussi en matière de distribution, concurrence déloyale et publicité.

initial du NFT de définir librement les informations et propriétés immuables rattachées au NFT, telles que l'identification de l'émetteur du jeton, le lien vers l'œuvre virtuelle que l'émetteur souhaite rattacher au NFT, le numéro de l'édition s'il s'agit d'une série limitée d'œuvres, la liste des conditions juridiques et techniques associées à l'œuvre, etc.

5 Attention, le NFT ne se confond pas avec l'objet ou l'œuvre virtuelle vers lequel il renvoie : il permet uniquement d'identifier d'une part un fichier et d'autre part le propriétaire du fichier et ses propriétaires successifs, à un instant donné. Il ne garantit pas non plus l'authenticité de l'œuvre à laquelle il est associé.

Le NFT fonctionne donc comme un « **certificat numérique de droits** » (désignation issue du rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique - CSPLA - <https://www.culture.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-jetons-non-fongibles-JNF-ou->

NFT-en-anglais), garantissant un historique précis et a priori infalsifiable de tous les transferts de propriété du NFT depuis sa création.

“ Le NFT ne se confond pas avec l'œuvre virtuelle vers laquelle il renvoie ”

6 L'**œuvre virtuelle** quant à elle peut être rattachée à un objet physique ou n'exister que dans le monde virtuel. Il s'agit alors, dans cette dernière hypothèse, de crypto-art, terme utilisé pour désigner des œuvres d'art associées dès leur conception à un NFT (« NFT Revolution – Naissance du mouvement crypto-art », John Karp et Remy Peretz), lesquelles n'ont donc pas de pendant physique.

7 Enfin, le « **minting** » est le nom donné au processus de création du NFT,

autrement dit à l'association réalisée par l'émetteur initial du NFT entre un objet virtuel, un jeton et son smart contract, le tout inscrit et verrouillé dans la blockchain.

Les perspectives offertes par les NFT pour les artistes

8 Pour les artistes, l'émergence des NFT ouvre des perspectives créatrices mais également spéculatives. En effet, les NFT permettent aux artistes de **créer des œuvres digitales uniques** qui ne pourraient pas exister dans le monde réel et de leur donner de la valeur. Certains artistes se sont ainsi saisis de ces nouveaux moyens de création, comme l'artiste Pak avec son œuvre « The Merge ». Cette œuvre numérique est composée de 266 445 unités numériques, lesquelles ont été partagées entre 28 983 acheteurs. Lorsque plusieurs de ces unités numériques sont réunies, elles fusionnent pour former à leur tour une œuvre et lorsque toutes les pièces sont réunies, elles fusionnent pour former l'œuvre finale.



The Merge, Pak

Peut être également citée à titre d'exemple « Machine Hallucinations. Rêves de nature » de Refik Anadol. Cette œuvre est une « sculpture de données » qui s'appuie sur plus de deux cents millions d'images liées à la nature disponibles publiquement, affichées sur une toile numérique de 100m², en mouvement permanent.



Machine Hallucinations.
Rêves de nature, Refik Anadol

9 De telles œuvres pourraient certes exister dans le monde numérique sans les NFT. Mais elles auraient alors moins de valeur. En effet, lorsqu'on crée une œuvre numérique, elle peut facilement être dupliquée. L'original ne se distingue pas de ses copies, si bien que l'original n'a, finalement, que peu d'intérêt.

Le NFT va permettre au contraire d'**estampiller un fichier digital spécifique**, permettant de visualiser l'œuvre, comme étant l'**unique fichier original**. Toutes les autres reproductions de ce fichier digital seront des copies.

C'est ce caractère de titre unique et infalsifiable (grâce à la technologie blockchain) qui peut conférer au NFT une grande valeur, parfois supérieure à l'œuvre elle-même.

10 Les NFT permettent également aux artistes d'**œuvres éphémères** (street art, performances de rue, par exemple), dont les œuvres peuvent se retrouver facilement sur la toile et être dupliquées à l'infini, de monnayer leurs créations. Il leur suffira de créer des NFT associés à leur performance et de les vendre. L'acquéreur aura alors un titre original qu'il pourra vendre à son tour.

11 Ainsi, pour l'artiste et les collectionneurs, les NFT constituent un **nouveau marché** qui peut se révéler très lucratif. Cela est d'autant plus vrai que l'artiste peut décider de vendre plusieurs NFT d'une même œuvre ou encore des bouts d'œuvre.

A titre d'exemple, Quentin Tarantino a décidé de commercialiser sept scènes inédites de son film « Pulp Fiction » sous forme de NFT secret, dont seuls les titulaires pourront visionner le contenu et décider, à leur discrétion, de le rendre public.

La société Particle a, quant à elle, acquis l'œuvre « Love is in the air » de Banksy afin de la diviser en morceaux et de vendre les « particules » sous forme de NFT dans le but de démocratiser l'accès à l'art.



Love is in the Air, Banksy

12 De surcroît, un artiste peut offrir un **service supplémentaire** aux acquéreurs de ses NFT. Par exemple, un chanteur pourrait offrir aux acquéreurs de ses NFT des places de concert gratuites.

13 Enfin, dans son rapport, le CSPLA relève un avantage très intéressant mais encore peu exploité par les artistes : dès lors que les fonctions d'un smart contract sont librement déterminées par son émetteur initial et qu'elles s'exé-

cutent automatiquement, il serait tout à fait envisageable pour un artiste de prévoir le versement d'une commission systématique et automatique à la survenue d'un certain type d'événement ou de transaction.

L'émetteur du NFT pourrait ainsi inclure dans le NFT une fonction d'**automatisation des royalties** dues à l'auteur de l'œuvre.

Conséquences des NFT sur les droits des auteurs et points de vigilance

14 Lorsque l'**émetteur du NFT est l'auteur de l'œuvre** à laquelle il est associé, le NFT présente de nombreux avantages. En effet, le NFT pourra valoir certificat de propriété et d'authenticité de l'œuvre. L'auteur a ainsi un meilleur contrôle de ses œuvres et des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés.

Grâce au smart contract, l'auteur pourra imposer les conditions de représentation et d'exploitation de l'œuvre attachée au NFT.

Il en résulte que le titulaire du NFT ne pourra pas, sauf accord express de l'auteur de l'œuvre ou dans le respect des conditions des exceptions prévues par l'article L 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, procéder à sa représentation ou sa reproduction, au risque de commettre des actes de contrefaçon.

15 Plus nombreuses sont les problématiques lorsque l'**émetteur du NFT ne se confond pas avec l'auteur de l'œuvre**.

Se pose par exemple la question de l'accord de l'auteur de l'œuvre pour procéder à la digitalisation de son œuvre, au « minting » du NFT, puis encore à son exploitation subséquente.

16 S'agissant de la **digitalisation** de l'œuvre, il s'agit à notre sens, selon l'intervention réalisée par l'émetteur du NFT, soit d'un cas d'adaptation de l'œuvre initiale, soit de la création d'une œuvre dérivée.

Dans les deux cas, l'autorisation expresse de l'auteur de l'œuvre initiale sera requise, sauf exception dans les cas de copie privée (CPI art. L 122-5, 2°).

17 S'agissant du « **minting** » du NFT, dans la mesure où il s'agit du processus de création du NFT, lequel contient uniquement un lien vers le fichier numérique sur une blockchain, il ne constitue pas, techniquement, une reproduction de l'œuvre initiale.

En revanche, dans la mesure où le jeton permet un renvoi vers l'œuvre, il est possible, selon nous, de considérer que

le jeton constitue un acte de communication au public par analogie avec la jurisprudence rendue en matière de liens hypertextes redirigeant vers des œuvres contrefaisantes.

La CJUE avait ainsi tranché en considérant que le lien hypertexte pointant vers un site reproduisant illicitement une œuvre constitue un acte de « communication au public » et donc de contrefaçon uniquement lorsqu'il est réalisé dans un but lucratif (CJUE 8-9-2016 aff. 160/15).

18 Quant à l'**exploitation** du NFT, celle-ci peut être contrefaisante dès lors que l'auteur de l'œuvre attachée au NFT n'a pas consenti à l'exploitation du NFT ou que les conditions d'exploitation prévues dans le smart contract ne sont pas respectées.

Cette exploitation peut par exemple constituer une **atteinte au droit moral** de l'artiste par la dénaturation de son œuvre : il est ainsi tout à fait envisageable de considérer que la digitalisation et l'éventuelle modification d'une œuvre, sans l'accord de l'artiste, constituent une dénaturation de son œuvre à l'égard de laquelle celui-ci ou ses ayants droit pourraient demander réparation.

Dans cette hypothèse, il n'est pas exclu non plus que les acquéreurs successifs puissent alors agir contre l'émetteur du NFT sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses.

19 Enfin, en cas d'**action en contrefaçon**, l'auteur de l'œuvre ou ses ayants droit devront encore s'interroger sur les conditions de l'action et notamment :

- le **tribunal compétent** dès lors que, par nature, les NFT renvoient vers des œuvres digitales lesquelles peuvent être commercialisées partout dans le monde. Le demandeur devra ainsi en amont déterminer le tribunal dans le ressort duquel les faits litigieux ont été commis mais également le mieux à même d'ordonner des mesures d'interdiction et d'indemnisation effectives à l'encontre du ou des contrefacteurs ;

- la nature des **mesures sollicitées** : en effet, si la blockchain présente l'intérêt d'être fiable et sécurisée, elle présente aussi la difficulté de ne rien laisser disparaître, de sorte que le titulaire des droits ne pourra pas simplement ordonner la « suppression » du NFT. Au contraire, celui-ci devra privilégier des mesures

telles que le transfert du NFT au titulaire des droits afin que celui-ci puisse en reprendre le contrôle, ainsi que des mesures d'interdiction de fabrication (« minting » : processus de création d'un NFT sur la blockchain), de promotion et de distribution des NFT et enfin des mesures d'indemnisation.

20 Si les NFT ont permis l'émergence d'un nouveau marché sur lequel les acheteurs sont avant tout des spéculateurs et non des amateurs d'art (Les Echos du 26-4-2022 : « 82% des acheteurs sont motivés par l'argent, pas par l'œuvre », Thomas Pontiroli), les **problématiques** qu'ils soulèvent au regard du droit d'auteur demeurent **classiques** et susceptibles d'être réglées avec l'arsenal législatif et jurisprudentiel actuel.

La difficulté résidera essentiellement dans la mise en œuvre des mesures pour faire cesser les faits litigieux, étant précisé qu'il suffirait de changer un pixel d'une œuvre pour contourner les outils de détection de certaines plateformes d'échange de NFT.