



ARTICLE

LA LIBRE CIRCULATION DES NFT EN QUESTION



IT et données personnelles Droit de la propriété intellectuelle, média et art | 16/12/21 | Eden Gall

L'ascension irrésistible des NFT

Depuis la vente record de l'œuvre numérique « *Everydays : the First 5 000 Days* » du crypto-artiste Beeple pour 69,3 millions de dollars en mars 2021, le phénomène NFT (« *non-fungible tokens* » ou « jetons non-fongibles ») poursuit son irrésistible ascension. [1],

L'engouement autour de ces actifs d'un nouveau genre est de plus en plus prégnant, et de nombreux acteurs s'invitent dans le monde des NFT : artistes graphiques[2], musiciens[3], réalisateurs[4], jusqu'aux créateurs de memes et d'images à collectionner[5].

Le monde des affaires n'est pas en reste, de nombreuses sociétés percevant dans les NFT un potentiel d'essor unique. Ainsi, de nombreuses sociétés ont créé et mis en vente des NFT – du secteur du luxe à l'instar de Gucci[6], Guerlain[7] ou encore Dolce & Gabbana[8], au sport[9], en passant par la restauration[10], la presse[11] ou bien encore le secteur des jeux vidéo[12].

Par ailleurs, de nouveaux acteurs entièrement dédiés aux NFT voient le jour. C'est le cas notamment de Sorare, une licorne française qui a réalisé en septembre 2021 la plus importante levée de fonds de la French Tech[13], et qui propose un jeu en ligne de *fantasy football* dans lequel les joueurs peuvent notamment utiliser des cartes virtuelles de joueurs au format NFT dans le cadre de tournois de football. Plus récemment encore, la start-up franco-portugaise Exclusible qui propose une marketplace NFT à destination des marques de luxe a vendu 3000 NFT en 48h pour un montant de 2,4 millions de dollars[14].

Les NFT ont même été sacrés « phénomène artistique le plus influent de l'année 2021 » par Art Review[15], les auteurs du palmarès expliquant que « *les NFT ont bouleversé le marché de l'art, faisant se rencontrer l'art contemporain et la culture des millenials* ».

Le récent changement de nom du groupe Facebook, devenu Meta, et les annonces de son fondateur et PDG Mark Zuckerberg relatives à la construction d'un « métavers » (monde virtuel fictif et persistant) dans lequel les NFT joueraient un rôle crucial[16], participent de cet enthousiasme. A l'heure actuelle, des NFT utilisables au sein de métavers sont déjà vendus au prix fort : un yacht virtuel a ainsi été vendu à 650 000 \$ dans le métavers The Sandbox[17], une parcelle de terrain virtuelle de 564 mètres carrés a été vendue à 2,4 millions de dollars dans Decentraland[18]... Les possibilités semblent infinies.

La nature technique et juridique des NFT

L'attractivité des NFT s'explique par leur nature non-fongible, qui permet de donner naissance à un paradigme nouveau de l'ère numérique, où jusqu'alors tout actif était facilement reproductible à l'identique à l'infini, de sorte que chacun pouvait en posséder un « exemplaire ». A l'inverse, un NFT permet d'individualiser un bien numérique et d'identifier son propriétaire de manière certaine, introduisant ainsi de l'unicité et de la rareté dans la sphère numérique, autant de caractéristiques jusqu'alors réservées en principe aux biens du monde physique.

Concrètement, un NFT peut être assimilé à un certificat de propriété cryptographique d'un bien numérique, de quelque nature que ce soit, stocké sur une blockchain et associé à ce bien numérique – bénéficiant ainsi des propriétés d'invocabilité et de traçabilité de la technologie blockchain. Le *smart contract* sur lequel repose un NFT permet par ailleurs d'organiser les modalités contractuelles applicables à sa vente première et ses reventes ultérieures (y compris, le cas échéant, la rétribution due à l'émetteur original du NFT, qui s'apparente alors à un droit de suite « contractuel », dont l'articulation avec le droit de suite « légal » et inaliénable de l'article L. 122-8 du code de la propriété intellectuelle (CPI) applicable aux reventes successives d'œuvres originales graphiques et plastiques – y compris « *sur support audiovisuel ou numérique* »[19] - va nécessairement susciter des questions[20]).

Un NFT se distingue ainsi de l'actif qu'il représente : il permet d'identifier l'auteur de cet actif sous-jacent, ainsi que son propriétaire, mais est bien distinct de cet actif qui existe « hors-chaîne ».

Sur le plan juridique, la qualification des NFT n'est pas évidente.

Les deux définitions d'« *actifs numériques* » de l'article L. 54-10-1 du Code monétaire et financier (C. mon. Fin.) issu de la loi PACE du 22 mai 2019 ne sont pas adaptées aux NFT, faute de répondre au critère de non-fongibilité qui caractérise les NFT.

La première définition vise en effet les « *jetons mentionnés à l'article L. 552-2 [C. mon. fin.]* », à savoir « *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* ». Cette disposition s'inscrit dans le cadre particulier de la réglementation des offres publiques



de jetons (« *initial coin offering* » ou « *ICO* »), c'est-à-dire les « *opérations de levée de fonds par laquelle une société ayant besoin de financement émet des jetons, aussi appelés « tokens », auxquels les investisseurs souscrivent principalement avec des crypto-monnaies [et qui] peuvent leur permettre d'accéder, dans le futur, à des produits ou services de cette société* »[21]. Or, ces jetons sont en principe fongibles, ce qui exclut *de facto* les NFT.

La seconde définition vise « *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* ». Là aussi, le critère de non-fongibilité fait défaut, les NFT ne pouvant en outre pas être assimilés à la « *représentation numérique d'une valeur* » utilisée « *comme un moyen d'échange* ».

L'inadéquation de ces définitions aux NFT a d'ailleurs fait l'objet d'une question écrite au Ministre de l'Economie[22] et d'un amendement au projet de loi de finances 2022, adopté en commission puis retiré en séance publique[23], qui proposait d'orienter l'imposition des NFT en fonction de leur sous-jacent, plutôt que de les assimiler à des actifs numériques – ce qu'ils ne sont manifestement pas.

Pour le Groupe d'action financière (GAFI, ou FATF pour *Financial Action Task Force*) en effet, organisme intergouvernemental créé en 1989 avec pour objectifs l'élaboration et la promotion de normes en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les autres menaces liées pour l'intégrité du système financier international, les NFT « *sont en pratique utilisés comme objets de collection plutôt que comme instruments de paiement ou d'investissement, [et] ne sont généralement pas considérés comme des [Actifs Virtuels] selon la définition du GAFI* » [24], cette définition englobant toute « *représentation numérique d'une valeur qui peut être échangée ou transférée par un moyen numérique et qui peut être employée à des fins de paiement ou d'investissement* »[25].

La qualification juridique des NFT semble donc plutôt devoir être recherchée du côté des actifs sous-jacent qu'ils représentent.

La nécessaire libre circulation des NFT

Un NFT a vocation, une fois créé et mis à disposition sur la blockchain (on parle de « *minting* »), à circuler librement sur celle-ci. Quel que soit le mode d'acquisition premier d'un NFT (sur une plateforme telle que Rarible, OpenSea, Coinbase NFT, dans un jeu vidéo comme Sorare ou bien « *Tom Clancy's Ghost Recon Breakpoint* » d'Ubisoft, etc.), son propriétaire doit pouvoir en principe en disposer librement et ainsi le conserver, le vendre, le donner, dans certains cas l'utiliser (lorsque le NFT a une fonction utilitaire, dans un jeu vidéo par exemple), avec pour seules restrictions celles applicables à la blockchain concernée[26].

L'émetteur initial d'un NFT accepte nécessairement, lors de sa mise en vente, de s'en déposséder complètement et de permettre à son acquéreur d'en disposer comme il l'entend, et ce sans limite de temps.

En cela, un NFT peut être assimilé à l'équivalent numérique d'un bien du monde physique sur lequel existe un droit de propriété corporelle distinct de son éventuelle propriété intellectuelle. L'article L. 111-3 CPI prévoit en effet que « *la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel. L'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code [...]* ».

Toutefois, comme évoqué ci-avant, le NFT n'est pas en lui-même le fichier numérique qu'il représente, qui lui est stocké hors-chaîne, mais une sorte de certificat de propriété identifiant ledit fichier. Cette identification est généralement réalisée au moyen d'une simple adresse URL inscrite dans le *smart contract* du NFT.

Si d'un point de vue technique, l'utilisation d'une adresse URL peut présenter des difficultés liées au fait que l'immutabilité du bien numérique sous-jacent du NFT n'est pas assurée[27], cet inconvénient peut être atténué par l'emploi de protocoles d'hébergement plus sécurisés, comme l'IPFS (InterPlanetary File System) qui est basé sur une architecture pair-à-pair décentralisée, de plus en plus utilisé.

En tout état de cause, la vocation première d'un NFT est bien d'identifier de manière certaine et pérenne un fichier numérique, de sorte que le NFT et le contenu numérique qu'il identifie forment un tout consubstantiel.

Se pose dès lors la question de la libre circulation de ce tout en cas de ventes successives. En particulier, les droits de propriété intellectuelle éventuellement applicables à un NFT et/ou au fichier numérique qu'il identifie peuvent-ils constituer des obstacles à cette libre circulation ?

Dans l'univers matériel, la libre circulation des marchandises est assurée par la règle de l'épuisement des droits, qui assure, pour chacun des droits de propriété intellectuelle[28], un compromis entre droit de propriété et libre circulation des marchandises. En application de cette règle en effet, une fois l'exemplaire incorporant le bien intellectuel volontairement commercialisé dans l'Espace Economique Européen par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur le bien en question ou son licencié, ledit titulaire ne peut plus invoquer son droit de propriété intellectuelle pour limiter la circulation de l'exemplaire en cause[29]. Le support d'une œuvre (un livre, un CD), tout comme une marchandise sur laquelle une marque est apposée, doivent ainsi pouvoir circuler librement dans l'Espace Economique Européen après leur première mise en circulation autorisée, entre acquéreurs successifs notamment, sans que les détenteurs des droits de propriété intellectuelle en cause ne puissent s'y opposer.



Bien que le droit européen se refuse à consacrer un épuisement international des droits de propriété intellectuelle, la règle trouve un équivalent dans de nombreux pays, à commencer par les Etats-Unis sous le nom de « *first sale doctrine* »[30].

Historiquement, la règle de l'épuisement des droits, tout comme son homologue américain, avaient vocation à ne s'appliquer qu'à la distribution d'exemplaires matériels, en vertu de la distinction entre le bien intellectuel et son support.

Depuis une dizaine d'année cependant, la règle a - dans une certaine mesure - été étendue à l'univers numérique. La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a ainsi accepté de considérer que l'épuisement du droit de distribution devait également s'appliquer à la revente de logiciels dématérialisés pour lesquels des licences ont été concédées par leur éditeur pour la durée des droits de propriété intellectuelle y afférent et pour un prix forfaitaire[31]. Cette même Cour a néanmoins récemment refusé d'étendre la règle à la revente de livres numériques[32], considérant que la mise sur le marché de ces œuvres relevait du droit de communication au public, non susceptible d'épuisement, et non pas du droit de distribution, à rebours d'une décision du Tribunal de Grande Instance de Paris rendue quelques mois plus tôt sur la revente d'occasion de jeux vidéo dématérialisés[33].

Ces solutions (en particulier l'arrêt UsedSoft du 3 juillet 2012) divisent profondément les acteurs du numérique et ne permettent pas de conclure à une transposition pure et simple de la règle de l'épuisement des droits à l'univers numérique.

Tout autre en revanche est la situation des NFT : leurs spécificités (et en particulier leur stockage sur une blockchain) leur confèrent des propriétés particulières - au premier rang desquelles leur nature non-fongible - qui tendent à les assimiler à des biens corporels et devraient, en toute logique, plaider en faveur d'un épuisement du droit de distribution de l'ensemble constitué par le NFT et le contenu numérique qu'il identifie[34].

En effet, un NFT est par nature unique, et sa vente par son propriétaire implique nécessairement une dépossession de ce dernier, contrairement à un bien numérique « hors chaîne » dont la vente n'entraîne pas par nature la suppression du fichier par le vendeur. La vente d'un NFT est donc en principe assimilable à la vente d'un exemplaire matériel, malgré la nature numérique du jeton : c'est là tout l'intérêt des NFT, qui devraient, dès lors, relever du droit de distribution (épuisable), et non du droit de communication au public (inépuisable).

Le contenu numérique identifié par un NFT, qui comme nous l'avons vu est consubstantiellement lié à ce NFT, devrait par extension suivre le même régime. C'est d'ailleurs bien la volonté des parties à un contrat de vente de NFT : transmettre la propriété du contenu numérique en transférant le « titre de propriété » (le NFT) associé.

Ainsi, dans les cas où le contenu numérique identifié par un NFT peut être qualifié d'œuvre de l'esprit au sens de l'article L. 112-2 CPI ou bien est revêtu d'une marque déposée, et qu'il a fait l'objet d'une première mise en circulation autorisée par les titulaires de droits concernés, alors les droits de distribution desdits titulaires devraient être considérés comme épuisés par la première vente dudit NFT.

En tout état de cause, dans l'attente d'une consécration légale ou jurisprudentielle éventuelle de cette extension, les parties à un contrat de vente de NFT sont incitées à sécuriser contractuellement la libre circulation du NFT et du contenu numérique qui lui est associé, en amont (au stade de l'émission du NFT ou « *minting* »), comme en aval (au stade de son acquisition).

[1] <https://www.christies.com/features/Monumental-collage-by-Beeple-is-first-purely-digital-artwork-NFT-to-come-to-auction-11510-7.aspx>

[2] Notamment Damien Hirst (<https://www.courrierinternational.com/article/art-contemporain-currency-et-damien-hirst-entre-dans-la-danse-des-nft>), Murakami (<https://www.forbes.com/sites/cathyhackl/2021/11/29/the-evolution-of-a-metaverse-brand-rtkfts-clonex-drops-today/>), Trevor Jones (<https://www.businessinsider.com/nft-artists-make-millions-traditional-galleries-adapt-cryptoart-2021-3?r=US&IR=T>), et bien d'autres

[3] Le rappeur Booba a par exemple vendu 25 000 NFT donnant accès au nouveau single de l'artiste (<https://www.strategies.fr/actualites/marques/4069389W/booba-premier-artiste-francais-a-se-lancer-dans-les-nft.html>)

[4] Quentin Tarantino a par exemple mis en vente des scènes inédites de « Pulp Fiction » sous forme de NFT (<https://www.lesinrocks.com/cinema/quentin-tarantino-met-aux-encheres-des-nft-de-scenes-inedites-de-pulp-fiction-421599-08-11-2021/>)

[5] Voir par exemple la collection de NFT « *Bored Apes Yacht Club* » (<https://boredapeyachtclub.com/>)

[6] <https://journalduluxe.fr/fr/mode/nft-gucci-se-lance-sur-le-marche-de-l-art-numerique>

[7] <https://journalduluxe.fr/fr/beaute/guerlain-nft-durable-goodplanet>

[8] <https://www.vogue.fr/mode/article/dolce-gabbana-nft-venise-collezione-genesi>

[9] Par exemple, la ligue américaine de basketball (NBA) édite une marketplace sur laquelle s'échangent des courtes vidéos de matchs (<https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/nft-sportifs-l-editeur-de-nba-top-shot-valorise-plus-de-7-milliards-de-dollars-20210923>)



- [10] Par exemple, McDonalds (<https://business.ladn.eu/news-business/actualites-annonceurs/mcdonalds-lancement-nft-non-fungible-token-agence-ddb/>)
- [11] Voir par exemple le New York Times (<https://www.nytimes.com/2021/03/26/technology/nft-sale.html>) ou encore 20 Minutes (<https://www.20minutes.fr/arts-stars/culture/3151151-2021-10-19-nft-20-minutes-vendu-3000-euros-piasa>)
- [12] Le groupe français Ubisoft vient ainsi d'annoncer qu'il se lançait dans les NFT : <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/blockchain-le-groupe-francais-des-jeux-video-ubisoft-se-lance-dans-les-nft-1370557>
- [13] https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/09/21/sorare-signe-la-plus-grosse-levée-de-fonds-de-l-histoire-de-la-french-tech_6095400_3234.html
- [14] <https://journalducoin.com/actualites/exclusible-plateforme-luxe-millions-dollars-de-nft-en-48-heures/>
- [15] <https://daily.artnewspaper.fr/articles/les-nft-en-tete-du-power-100-d-art-review->
- [16] <https://www.numerama.com/tech/751378-mais-que-viennent-faire-les-nft-dans-le-metaverse-de-facebook.html>
- [17] <https://www.businessinsider.fr/un-mega-yacht-virtuel-a-ete-vendu-650-000-dans-le-metavers-the-sandbox-189260>
- [18] <https://www.numerama.com/tech/758242-dans-le-metaverse-aussi-les-prix-de-limmobilier-donnent-envie-de-pleurer.html>
- [19] CPI, art. R.122-2 et R.122-3.
- [20] <https://www.gazette-drouot.com/article/nft%25C2%25A0%253A-risque-ou-opportunit%C3%A0%253F/29003>
- [21] Définition donnée par l'AMF sur <https://www.amf-france.org/fr/quest-ce-quune-initial-coin-offering-ico>
- [22] Question écrite n°22200 de M. Jérôme Bascher (Oise - Les Républicains) publiée dans le JO Sénat du 15/04/2021 – page 2459.
- [23] Amendement n°1-CF879 déposé le jeudi 30 septembre 2021.
- [24] GAFI-FATF, « *Updated guidance for a risk-based approach virtual assets and virtual asset service providers* », Oct. 2021, n°53 : <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Updated-Guidance-VA-VASP.pdf>
- [25] GAFI-FAFT, « *Lignes directrices de l'approche fondée sur les risques appliquée aux actifs virtuels et aux prestataires de services liés aux actifs virtuels* », Juin 2019, n°33 : <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/Lignes-Directrices-PSAV.pdf>
- [26] Les NFT sont généralement émis et circulent sur la blockchain Ethereum, en tant que jetons de type ERC-721.
- [27] En novembre 2021, le développeur Australien Geoffrey Huntley a créé le site The NFT Bay (en référence au célèbre site de téléchargement torrents The Pirate Bay), sur lequel il a mis à disposition les fichiers numériques sous-jacents de l'ensemble des NFT circulant sur les blockchains Ethereum et Solana. Dans la FAQ du site, il a indiqué : « *j'espère que les gens vont comprendre, avec The NFT Bay, qu'avec les NFT, ils n'achètent en fait que des indications. L'image n'est pas stockée dans la blockchain, et la majorité des images que j'ai vues sont hébergées sur des sites qui vont un jour disparaître, ce qui veut dire que le NFT n'aura plus aucune valeur* ».
- [28] En droit national, voir CPI, articles L.122-6 et L.122-3-1 (droit d'auteur), L.211-6 (droits voisins), L.342-4 (droit de producteur de base de données), L.513-8 (dessins et modèles), L.613-6 (brevets) et L.713-4 (marques).
- [29] Pour une présentation détaillée de la règle de l'épuisement des droits et de ses conditions, voir N. Binclin, *Droit de la propriété intellectuelle*, sept. 2020, Lextenso, n°1410 et s.
- [30] Pour une présentation synthétique de cette doctrine plus « internationale » que son homologue européen, voir P. Kamina, *L'épuisement international du copyright aux États-Unis. Comprendre Kirtsaeng v. Wiley*, CCE juill. 2013, n°7.
- [31] CJUE, gr. ch., 3 juillet 2012, UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp., Aff. C-128/11
- [32] CJUE, gr. ch., 19 décembre 2019, Tom Kabinet, Aff. C-263/18
- [33] TGI Paris, 17 septembre 2019, n° 16/01008
- [34] Ainsi qu'à l'application de la « *first sale doctrine* ». Voir sur cette question Ph. Shaverdian, *Blockchain-based Digital Assets and the Case for Revisiting Copyright's First Sale Doctrine*, February 2019, UCLA Law Review.
-