

# LE NFT À L'ÉPREUVE DU DROIT D'AUTEUR

Fiche pratique publié le 11/04/2022, vu 3373 fois, Auteur : [Ronn Hacman](#)

**La valeur d'un NFT dépend de sa rareté. Cette rareté est garantie par l'effectivité des droits accordés à leur détenteur. En intégrant un contrat, le NFT peut devenir vecteur de droits et d'obligations.**

**La valeur d'un NFT dépend de sa rareté.** Cette rareté est garantie par l'effectivité des droits accordés à leur détenteur. Si un NFT basique n'est qu'un jeton unique échangeable pointant vers une œuvre, il peut également intégrer un **contrat** ou un **certificat** et devenir ainsi vecteur de droits et d'obligations.

L'**œuvre numérique** est un fichier numérique spécifique auquel est associé un NFT, ce qui permet de le valoriser. Toutefois, il convient de garder à l'esprit que le NFT n'est ni l'œuvre, ni le support de l'œuvre, ni la reproduction du support de l'œuvre. En créant de l'unicité par son association à un support numérique, la fonction du NFT est de participer à la **certification de l'authenticité du support de l'œuvre** en tant que **support original**.

Partant, trois éléments sont à distinguer:

- l'**œuvre** liée au NFT contenue dans le **fichier de data** au sein d'un serveur ;
- les **caractéristiques et les éventuels droits** intégrés à la vente du NFT contenus dans le **fichier de metadata** au sein d'un serveur ;
- le **NFT** créé par *smart contract* au sein d'une **blockchain**.

En principe, lorsqu'on acquiert une œuvre d'art, que cela soit dans le monde physique ou dans le monde numérique, on n'acquière pas les droits de propriété intellectuelle y relatifs. En effet, l'acquéreur d'une œuvre de Picasso n'a pas le droit de le prendre en photo pour le commercialiser sous forme de posters. Il ne bénéficie que d'une **exception au droit d'auteur l'autorisant à l'exposer chez lui à titre privé**.

En conséquence, *a priori*, **les droits de propriété intellectuelle ne sont pas cédés par le smart contract**, sauf si ce *smart contract* renvoie à des métadonnées contenant un **contrat de cession** spécifique.

On rappellera dans un premier temps les **droits d'auteurs** conférés par la loi au **créateur d'une œuvre originale**. On questionnera par la suite la **légitimité de l'émetteur du NFT lié à une œuvre**, et enfin l'opportunité de **contractualiser les droits d'exploitation du droit d'auteur** lors

de l'acquisition d'un NFT.

## o Les prérogatives de l'auteur

Si le NFT ne relève pas en soi du droit d'auteur, il en est autrement de l'**œuvre qui lui est adossée** si elle remplit la condition d'**originalité**. Tout auteur d'une **œuvre originale**, c'est-à-dire comprenant l'**empreinte de sa personnalité**, dispose sur son œuvre de deux types de prérogatives de par la loi.

Le premier est d'ordre **patrimonial** et lui confère un **monopole d'exploitation, droit privatif opposable** à l'endroit de tous. Ce droit patrimonial a vocation à récompenser l'auteur d'avoir créé l'œuvre en lui donnant **droit à rémunération**, que cela soit en cas de **reproduction** ou de **représentation** de son œuvre.

La « **reproduction** » fait référence à toute **fixation matérielle** de l'œuvre, comme un enregistrement ou une duplication.

La « **représentation** » fait référence à tout **acte de communication de l'œuvre au public** et ce quelqu'en soit le support, comme la télévision, internet ou le metaverse.

Partant, toute exploitation de l'œuvre par un tiers implique une **cession de droit d'auteur** l'y autorisant, en contrepartie de laquelle l'auteur percevra des **royalties**, un **pourcentage provenant de l'exploitation**.

L'auteur d'une **œuvre d'art originale graphique ou plastique** détient un **droit patrimonial supplémentaire** : le **droit de suite**. Il s'agit du droit inaliénable pour l'auteur (ou ses héritiers en cas de décès de l'auteur) de percevoir un pourcentage (0,25 à 0,4 % du prix obtenu) à **chacune des reventes successives du support physique de l'œuvre**, si la vente est effectuée par l'intermédiaire d'un professionnel du marché de l'art (**articles L.132-7 et L.122-8-8 du Code de la propriété intellectuelle**).

Ce droit ne concerne que l'**exemplaire original** d'une œuvre d'art, c'est-à-dire « *l'objet qui peut être considéré comme émanant de la main de l'artiste ou qui a été réalisé selon ses instructions et sous son contrôle* », par opposition à une simple reproduction.

On notera que la qualification de « **royalties** » ou de « **droit de suite** » du **droit de percevoir un pourcentage sur les ventes et reventes du NFT** appréhendé comme un actif juridique valorisé est erronée, faute de s'inscrire dans les contextes susévoqués.

En effet, une cession de NFT n'étant pas équivalente à une cession de droit d'auteur, la **part de revenu tirée de sa revente** ne peut s'analyser en des "**royalties**".

De même, une cession de NFT n'étant pas équivalente à une cession de support physique de l'œuvre, la **part de revenu tirée de sa revente** ne peut s'analyser en un "droit de suite" et n'est qu'un droit purement contractuel.

L'on rappellera qu'à date **le support numérique n'est pas appréhendé par le droit français** en raison de sa fongibilité, ce que pourrait changer à terme son association avec un NFT.

Ce **droit patrimonial** a une **durée de 70 ans suivant la mort de l'auteur**.

Le second type de droit est le **droit moral**, qui lui est **perpétuel, inaliénable et imprescriptible**. En ce que l'œuvre est une **émanation de la personnalité de l'auteur**, ce dernier conserve avec elle un **lien inaltérable** et un droit de contrôle sur son exploitation durant toute la vie de l'œuvre.

Ce droit moral ne peut ainsi faire l'objet ni d'une renonciation, ni d'une cession, ni d'une extinction par l'effet du temps. Ce droit comprend quatre attributs : un **droit de divulgation**, un **droit de paternité**, un **droit de retrait et de repentir**, et un **droit au respect de l'intégrité de l'œuvre** .

La majorité des contentieux sont liés à la violation de ce droit moral, et en particulier à l'« **atteinte à l'intégrité de l'œuvre** », notion qui est en train d'évoluer au même rythme que le marché de l'art contemporain.

À titre d'exemple, la société *Injective Protocol* a acquis l'œuvre *Morons* de Banksy pour 95.000,00 \$ auprès de la galerie Tagliatella, avant de *minter* sa destruction en NFT le 4 mars 2021. Ce NFT s'est vendu 380.000,00 \$. Ce qui pourrait être considéré traditionnellement comme une atteinte à l'intégrité de l'œuvre est dans ce cas précis conforme à l'esprit de l'œuvre, par nature éphémère et engagée. Cette forme de destruction acceptée faisait partie intégrante de l'œuvre. Au contraire, pour un artiste anticapitaliste comme Banksy, il pourrait être plus problématique qu'une autorité administrative recouvre l'une de ses œuvres par une plaque de plexiglass pour la préserver. On le voit, l'**atteinte au droit moral** est fonction de l'approche artistique et du rapport de l'artiste avec son œuvre.

De même, la notion de « **paternité de l'œuvre** » évolue. Comme Banksy, beaucoup d'artistes préfèrent user d'un **pseudonyme** sans divulguer leur nom patronymique ou d'un pseudonyme désignant un collectif, ou encore rester anonyme comme l'artiste PAK.

Enfin, le **droit moral étant perpétuel et imprescriptible**, il est transmis aux héritiers qui se doivent de sanctionner toute atteinte au respect de l'esprit de l'œuvre. Or, cela paraît bien théorique, seul l'auteur pouvant légitimement diagnostiquer qu'il y a atteinte à l'esprit de son œuvre. Le développement de l'intelligence artificielle pourrait aider à déterminer si une altération de l'œuvre est conforme ou non à la volonté de l'artiste après sa mort.

## o Qui est légitime à émettre un NFT adossé à une œuvre ?

La question qui se pose est quelle personne est légitime à **émettre et donc valoriser les NFT** adossés à une œuvre.

La ligue de basket américaine a créé **NBA Top Shot**, une **marketplace de trading de NFTs de « moments »**, extraits vidéo de dunks de joueurs. Un **dunk de LeBron James** s'est ainsi vendu 200.000,00 \$.

Le photographe Richard Price a créé une œuvre mise en vente 90.000,00 \$ composée d'une **publication Instagram de Emilie Ratajkowski**, elle-même capture d'écran d'une photographie parue dans le magazine *Sports Illustrated*. Pour se réapproprier son image, la mannequin a créé un NFT d'une photographie d'elle posant devant cette œuvre.

Le réalisateur de **Pulp Fiction** a mis en vente des **NFTs de scans haute résolution du scénario** non intégré dans le film et de **sept extraits inédits contenant chacun un commentaire audio « exclusif »** du réalisateur révélant un « *secret* ». Les **studios Miramax**, producteurs du film, ont **déposé plainte le 16 novembre 2021 pour rupture du contrat, violation du droit d'auteur et concurrence déloyale**, estimant être propriétaires des droits sur le scénario, qu'il s'agisse de scènes utilisées ou non. Le NFT serait ainsi un **nouveau mode d'exploitation** de produit culturel, comme l'a été le DVD au début des années 1990. **Quentin Tarentino** prétend quant à lui être détenteur de "**droits réservés**" et donc tout à fait légitime à publier le scénario sous forme écrite et à exploiter les *rushs* en les publiant par extrait ou en totalité.

Une plateforme a créé une **cryptomonnaie "Lord of The Rings"** en août 2021. La succession de Tolkiens a déposé plainte auprès de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) considérant que le produit et les pages webs créés portaient **atteinte à la marque** détenue par l'auteur.

Pour dénoncer l'utilisation de la fourrure et des animaux sur les vêtements et les sacs à main, l'artiste **Mason Rothschild** a créé et commercialisé sur la plateforme OpenSea une collection de 100 NFTs représentant des sacs à main en fourrure numériques dont le design et le nom "**MetaBirkin**" sont inspirés des sacs iconiques "Birkin" commercialisés par la maison de luxe Hermès. Or, aucune autorisation n'avait été donnée par Hermès, que cela soit s'agissant de l'utilisation de la forme du célèbre sac, ou de l'utilisation du nom "Birkin" protégé à titre de marque. Considérant qu'il s'agissait d'une atteinte à ses droits de propriété intellectuelle, la société Hermès a engagé une procédure judiciaire devant les tribunaux new yorkais et a obtenu de la plateforme OpenSea la cessation des agissements litigieux en déréférencant les MetaBirkins.

Se pose ainsi la question de savoir **qui a le droit d'émettre un NFT**? Celui qui émet le NFT doit-il forcément être le **titulaire du droit d'auteur** ? Le droit d'auteur n'apporte pas de réponse à cette question.

En effet, **le NFT pointant les métadonnées comprenant une description sommaire de l'œuvre n'est pas en soi une reproduction de l'œuvre**, puisqu'une telle reproduction devrait reposer sur des éléments originaux. **L'inscription de l'adresse URL renvoyant au support numérique** devenu unique via le NFT n'est pas non plus un acte soumis au droit d'auteur.

Partant, l'association d'un NFT avec une œuvre protégée par le droit d'auteur est-elle une prérogative réservée aux titulaires du droit ?

Juridiquement, tant qu'il n'y a ni reproduction, ni diffusion de l'œuvre, n'importe qui peut émettre un NFT lié à n'importe quelle œuvre. Cependant, si la reproduction d'un NFT n'est pas en soit constitutive d'une contrefaçon, la **reproduction de l'image associée et téléversée par IPFS dans les métadonnées** l'est.

Par conséquent, la **création d'un NFT contenant un lien vers une image** ayant vocation à faire l'objet de transactions implique l'exercice du **droit de reproduction et du droit de représentation** de l'auteur ou de son ayant droit. En d'autres termes, seul le **titulaire des droits attachés à l'image**

(l'auteur ou l'ayant droit) peut créer un tel NFT.

Par ailleurs, **c'est la qualité de l'émetteur qui authentifie la valeur du NFT du point de vue du marché**. Mais le marché veut-il nécessairement que le NFT émane du titulaire des droits ? Le fan préférera peut-être que le NFT appartienne non à l'auteur mais à son idole, le sujet de l'œuvre qui lui donne sa valeur véritable.

Or, c'est le photographe qui est titulaire des droits d'auteur sur la photographie créée et non pas le mannequin, comme c'est le producteur qui est titulaire des produits dérivés sur le film et non pas le réalisateur.

On retiendra que la **création d'un NFT à partir d'une image implique de détenir les droits y relatifs** sous peine d'être qualifié de "contrefacteur". Partant, la création d'un **NFT lié à une œuvre** implique d'en être l'**auteur, l'ayant droit, le cessionnaire ou le licencié**, la création d'un **NFT lié à une marque** implique l'**accord du titulaire de la marque** et la création d'un **NFT portant sur un droit à l'image** implique l'**accord du sujet**.

## **o La contractualisation des droits d'auteur : la nécessaire délimitation de la nature et de l'étendue des droits transférés avec le NFT**

Le fait qu'une œuvre soit *mintée* en NFT et diffusée n'exclut pas l'application du droit d'auteur. *A priori*, l'acheteur d'un **NFT adossé à une œuvre d'art** n'a aucun droit d'exploitation sur l'œuvre, faute de cession automatique. Par principe, le NFT ne confère que la **propriété du support numérique contenant l'œuvre**, et non pas des droits d'exploitation du droit d'auteur qui lui sont attachée.

En effet, pour rappel, l'**article L131-3 du Code de la propriété intellectuelle** dispose :

**« La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession**

**et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée. [...] »**

En conséquence, si aucun droit n'est attaché au NFT vendu faute de contrat explicite respectant le formalisme exigé par le droit d'auteur, **la vente risque d'être annulée** pour erreur, dol ou absence d'objet.

Il est ainsi essentiel de faire pointer le NFT vers un **fichier de métadonnées explicitant les autorisations d'exploitation du droit d'auteur** que l'artiste ou le créateur du NFT accorde au titre de l'exploitation de l'œuvre. Faute de sécurisation de ces droits de propriété intellectuelle par l'artiste, la vente risque d'être annulée.

Les plateformes ou les créateurs de NFT doivent inscrire dans les **métadonnées intégrées** par exemple dans des **CGV via un URL** une **licence de droit d'auteur sur l'œuvre** pour délimiter clairement les droits d'exploitations licenciés.

La plupart du temps ces exploitations autorisées sont prévues dans les **CGV des plateformes qui propose de minter les NFTs**,

mais on pourrait imaginer une **licence autonome** inscrite dans les métadonnées et précisant les autorisations accordées et leurs durées. Ce document devra avoir été **porté à la connaissance de l'acheteur et agréé par lui** pour devenir une forme de **contrat d'adhésion**.

Il est notable que le NFT permet d'aller au delà de ce qui est vendu dans le monde de l'art physique. L'artiste peut par exemple vendre le droit d'afficher l'image sur son profil Twitter, de la diffuser dans un metaverse ou d'en développer du *merchandising*, ce qui est impossible dans le marché de l'art physique traditionnel.

C'est un point d'attention sur lequel la communauté NFT (artistes et plateformes) doit se concerter pour éviter toute confusion sur ce qui est cédé et utilisable. Cela permettra au créateur de se réappropriier l'environnement juridique et de contrôler la monétisation autour de son œuvre. Le renforcement de l'encadrement juridique du NFT le crédibilise et lui donne davantage de valeur. **La contractualisation qu'elle implique nécessite une ingénierie juridique** pour éviter qu'elle ne soit décevante.

L'écosystème de la *blockchain* et l'avènement des NFTs dans le marché de l'art offrent de nombreux avantages aux artistes : une signature numérique garantissant la rareté de l'œuvre et son statut d'"original", la suppression des intermédiaires,... Les opérations de vente s'en trouveront fluidifiées et l'accès à un public d'amateurs élargi.

Il est par ailleurs possible de fractionner des droits sur une même œuvre en vendant des **NFTs fractionnaires**, chaque acquéreur devenant **propriétaire d'une fraction de l'œuvre**.

Les NFTs permettent aux artistes de développer de **nouveaux modèles de monétisation et de diffusion** de leurs œuvres, plus directs et simplifiés, et dont ils ont davantage le contrôle.

Pour les artistes, la *blockchain* promet une **réappropriation des possibilités et des revenus de l'exploitation** de leur droits patrimoniaux, qui ne passera que par un outil juridique plus ou moins sophistiqué mais claire.

Avocat spécialisé en Droit de l'immatériel et des industries créatives, je suis à votre disposition pour toute intervention, en conseil ou en contentieux.

Me. Ronn HACMAN

Avocat à la Cour

39, rue Marbeuf – 75008 PARIS

ronn@hacmanlaw.com

