

UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
Master II Droit économique

La nature juridique du NFT

Mémoire présenté par Orlane ROGIER

Sous la direction de Monsieur Le Professeur Louis THIBIERGE

ANNEE UNIVERSITAIRE 2022 - 2023

*La Faculté de droit et de Droit et de Science politique de l'Université Aix-Marseille n'entend
donner aucune approbation ni improbation aux opinions contenues ou émises dans ce
mémoire.*

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à Monsieur le Professeur Louis THIBIERGE, pour m'avoir fait confiance et avoir accepté d'être mon directeur de mémoire. Je le remercie également pour ses précieux conseils et ses encouragements lors de cette année universitaire. Je souhaite le remercier en sa qualité de directeur du Master II Droit économique pour sa bienveillance, sa disponibilité et son engagement auprès de l'ensemble de notre promotion.

Je me permets de remercier l'ensemble de nos professeurs qui ont contribué tant par leurs conseils que par leur bienveillance à rendre cette année de Master enrichissante et inoubliable. Je remercie plus particulièrement Monsieur le Professeur Denis MOURALIS, Monsieur le Professeur Vincent MAZEAUD et Madame Nancy VIGNAL pour les précieux conseils prodigués cette année.

Je tiens à remercier Madame Anne-Lise SOUCHAY, Messieurs Lylian DENIS, Vincent MERLE, Arthur ARRAZOLA-DE-ONATE, Reda BETROUNI et Vincent MARTINEZ pour leur disponibilité, et pour leurs inestimables conseils.

Mes remerciements vont ensuite à l'ensemble du personnel administratif de l'Institut de Droit des Affaires, et plus particulièrement à Madame Nathalie MARTIN dont la bienveillance, le soutien, la gentillesse et la disponibilité ont été sans égal.

Je remercie l'ensemble de mes amis ainsi que mes camarades de promotion pour leur soutien et leurs encouragements durant l'ensemble de mon parcours universitaire et plus précisément Léa POURCHER, Maïssane HAMAMI, Nora MOULOUDIOVA, Noémie TOMMASINO.

Je dédie ce mémoire à ma famille dont le soutien a été sans faille durant ces cinq années universitaires et plus particulièrement cette année.

SOMMAIRE

Première partie. L'environnement juridique des NFT

Titre I – L'écosystème des NFT

Chapitre I – Description des NFT

Chapitre II – Les NFT dans l'univers du Web 3.0

Titre II – De la création à la propriété du NFT

Chapitre I – La création du NFT

Chapitre II – La « propriété » du NFT

Seconde partie. Essai de qualification juridique des NFT

Titre I – Tentatives de qualification par le droit spécial

Chapitre I – Les NFT vus par le droit financier

Chapitre II – Les NFT au regard du droit de la propriété intellectuelle

Titre II – Le droit des biens au secours des difficultés de qualification des NFT

Chapitre I – Le NFT : un bien meuble incorporel, seule certitude juridique ?

Chapitre II – Le NFT, un titre de propriété ?

TABLE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS

Aff.	Affaire
Cass. Civ	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CMF	Code monétaire et financier
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
Dir.	Directive
JNF	Jeton non fongible
NFT	Non fongible token
Op cit	Opus citatum (ouvrage déjà cité)
P	Page

« Deux qualités tout à fait opposées biaisent également nos esprits : les habitudes et la nouveauté ».¹

¹ La Bruyère (1645-1696)

INTRODUCTION

L'artiste Beeple est le troisième artiste vivant après Jeff Koons et David Hockney qui a vendu son œuvre le plus cher, en vendant son œuvre numérique « Everydays : The First 5000 days » pour la somme de 69,3 millions d'euros le 11 mars 2021². La particularité de cette œuvre est qu'elle a été vendue sous forme de NFT. Cette vente a véritablement marqué l'essor des NFT notamment dans le domaine de l'art.

Les Non fongible tokens, de leur acronyme NFT, se traduisent en français par l'expression « jetons non fongibles (JNF) ». Nous privilégierons dans cette étude le terme de NFT, plus communément employé par la doctrine et la presse.

Les NFT sont des jetons non fongibles, c'est-à-dire qu'ils vont être considérés comme « des unités de valeur non interchangeables avec d'autres »³. Ces jetons représentant des lignes de code sont souvent associés à la « rareté, traçabilité, non-répliquabilité »⁴ en raison de leurs caractéristiques uniques et de leur fonctionnement sur la blockchain. La particularité de ces jetons est qu'ils vont être associés à des fichiers numériques pouvant être de toute nature. Ces derniers peuvent en effet être considérées comme des œuvres numériques comme ils peuvent être qualifiés d'actes juridiques⁵.

Les NFT ou JNF, sont une émanation du nouveau Web dit le Web3.0. Ce Web3 s'illustre comme « un web « décentralisé », où ceux-ci peuvent « transporter » leurs données d'un service à l'autre. Le Web3 vise ainsi à supprimer les intermédiaires que sont les grandes entreprises tech »⁶. La blockchain s'inscrit dans cette logique de suppression des intermédiaires et les NFT sont une utilisation de ce dispositif d'enregistrement électronique partagé⁷. Ces derniers sont en effet inscrits sur ledit dispositif et vont être générés généralement par un smart contract qui peut être défini comme « un programme informatique qui exécute un ensemble d'instructions ou de règles prédéfinies par le créateur du smart contract »⁸.

² J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1^{er} juillet 2021

³ A. SAUVIAT, NFT et droits de propriété intellectuelle, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°192, 1^{er} mai 2022

⁴ C. ZERBIB et W. O'RORKE, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *Propriété industrielle*, n°5, mai 2021, étude 11

⁵ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles, *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°2, Novembre 2022, dossier 20

⁶ L. MARCHAND, C'est quoi le Web3, cette nouvelle version d'Internet qui fait parler d'elle ?, *LesEchos*, 3 janvier 2022

⁷ Article L552-2 du Code monétaire et financier

⁸ A. SAUVIAT, NFT et droits de propriété intellectuelle, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, *op cit*

La blockchain dans son utilisation au service des NFT, est souvent présentée comme permettant d'inscrire ces jetons dans un « écosystème décentralisé sans intermédiaire, empêchant la falsification des transactions et permettant l'identification du propriétaire du token de manière certaine grâce à un procédé cryptographique »⁹. La blockchain est donc un véritable outil de sécurité dans le processus de création et de transactions des NFT.

A cet égard, les jetons non fongibles sont nés avec l'apparition de la blockchain Bitcoin en 2012, avec le souhait d'individualiser certains jetons avec un code couleur ; les Coloured Coins sont nés¹⁰. On peut les considérer comme les ancêtres des NFT en ce qu'ils se distinguaient des autres Bitcoins par ce code couleur.

Les NFT commencent réellement à apparaître en 2015 avec le jeu vidéo « Spells of Genesis » et la création de cartes à collectionner sous forme de NFT associés à des œuvres originales et uniques, puis les cryptopunk en 2017 également des cartes à collectionner sous forme de NFT en quantité limitée et des cryptokitties¹¹. Ces cryptokitties sont également des cartes à collectionner représentant des chats qui peuvent être élevés, vendus¹² et pouvant même ensemble donner « naissance » à de nouveaux chats numériques. Ainsi, en 2018 vont alors commencer à apparaître certaines plateformes de vente de NFT à l'instar d'OpenSea¹³ et accélérer leur essor.

L'engouement autour des NFT a réellement été constaté avec la vente de l'œuvre numérique de l'artiste Beeple, au point que le Président de la République lui-même a déclaré « être favorable au développement par les principaux établissements publics culturels « d'une politique en matière de NFT [...] » »¹⁴.

Les jetons non fongibles envahissent tous les domaines, du marché de l'art au domaine de l'assurance. Le milieu sportif n'est pas épargné par l'ascension de ces nouveaux objets juridiques. Les NFT les plus connus sont ceux qui prennent la forme de mini-clips d'actions de matchs et de vignettes à utiliser dans un jeu de fantasy league de football, qui sont les NFT de

⁹ C. ZERBIB et W. O'RORKE, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *Propriété industrielle*, n°5, mai 2021, étude 11

¹⁰ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

¹¹ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

¹² J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *op cit*

¹³ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

¹⁴ P. HOT, Qui peut « tokeniser » La Joconde, *AJDA* 2022, p1663

NBA Top shot¹⁵. Ainsi, la Ligue nationale de rugby a lancé une collection de cartes sous forme de NFT à l'image des joueurs et proposera la diffusion de NFT vidéos de la Ligue nationale, en partenariat avec BAMG Sports et Legendary Plays¹⁶. Les NFT deviennent alors une nouvelle source de revenus pour les ligues professionnelles sportives.

Le domaine musical est également touché par l'essor de cette nouvelle utilisation de la technologie. La Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) a en effet signé un accord avec la start-up Pianity, plateforme de NFT musicaux¹⁷, afin que les membres de la SACEM puissent vendre leurs œuvres musicales sous forme de NFT¹⁸.

Le luxe s'est lui-même emparé du phénomène de tokenisation. De grandes marques du luxe se sont saisies des NFT et commencent progressivement à commercialiser ces jetons, au point que l'on commence à entendre parler d'une possible « Fashion Week sur la blockchain »¹⁹. LVMH a même lancé sa propre blockchain dénommée AURA²⁰.

Le secteur de l'assurance commence peu à peu se saisir des NFT²¹ notamment pour assurer les risques liés à ces jetons tels que le vol ou encore la disparition du sous-jacent, un nouveau marché de l'assurance né progressivement de l'implantation des NFT dans la vie économique.

Toutefois, le domaine le plus impacté par les NFT reste sans doute celui de l'art, certains parlant même d'un « renouvellement de l'art »²² par ce nouvel outil « aux usages multiples »²³. De nombreuses œuvres numériques sont en effet vendues sur les plateformes de vente de NFT.

L'appropriation des NFT par le marché de l'art n'est pas sans conséquence notamment en matière de droit de la propriété intellectuelle, suscitant de vives interrogations en ce qui concerne la contrefaçon de certains NFT et plus précisément du fichier numérique auquel il est associé. Le numérique peut heurter le droit de la propriété intellectuelle, « notamment lorsqu'il

¹⁵ M. FRANCESCHI, Retour sur le phénomène des cryptos, *Jurisport* 2022, n°226, p10

¹⁶ A. ROUDAUT, La ligue nationale de rugby se lance dans les NFT, *Jurisport* 2022, n°235, p11

¹⁷ N. ENSER, Sacem : cap sur les NFT, *Dalloz actualité*, 13 décembre 2022

¹⁸ Auteur inconnu, La SACEM conclut un accord avec la plateforme Pianity sur les NFT musicaux, *Legipresse* 2022, p 588

¹⁹ E. SABBAH, Luxe et NFT, bientôt une Fashion Week sur la blockchain ?, *Forbes*, 11 novembre 2021, <https://www.forbes.fr/luxe/luxe-et-nft-bientot-une-fashion-week-sur-la-blockchain/>

²⁰ M. TORELLI et G. HAAS, Non Fungible Tokens (NFT) : un outil efficace de protection des marques, *Revue Lamy droit des affaires*, n°175, 1er novembre 2021

²¹ A. TRESKASES, L'assurance face aux NFT, *Responsabilité civile et assurances*, n°12, Etude 12, Décembre 2022

²² M. VIVANT, NFT : le renouvellement du marché de l'art par la finance ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 39

²³ *Idem*

permet son contournement »²⁴ et les NFT n'échappent pas à cette confrontation. Le droit de la propriété intellectuelle semble en effet confronter à ces jetons non fongibles notamment lorsque ces derniers sont associés à des sous-jacents qui constituent des représentations d'œuvres existantes ou qu'ils portent sur des objets protégés par des marques, il en va ainsi de l'affaire MetaBirkin. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a lui-même lancé une mission afin d'analyser les jetons non fongibles²⁵, afin de mieux comprendre leur phénomène et tenter d'apporter des réponses aux problématiques juridiques que ces derniers soulèvent.

Si les NFT ont suscité beaucoup d'engouement, ces derniers soulèvent en effet un certain nombre de problèmes juridiques et de craintes. Certaines interrogations sont notamment relatives au blanchiment d'argent et à la fraude principalement en raison de l'absence d'encadrement de ces jetons et des plateformes qui les commercialisent²⁶.

Les interrogations gravitant autour des NFT sont nombreuses. On pense à la fiscalité applicable aux opérations conclues sur les NFT, la rémunération du créateur d'un jeton non fongible²⁷ ou encore transfert de propriété de ces derniers. Ces problématiques ne sont qu'une ébauche de l'incertitude juridique qui entoure plus largement ce nouvel objet juridique que constitue le NFT.

Si le potentiel des NFT est indiscutable notamment en matière probatoire en raison de son inscription en blockchain, les contours juridiques de cet objet sont flous. Il pourrait en effet être un atout en matière d'antériorité des œuvres numériques, d'automatisation de la rémunération du créateur d'une œuvre numérique²⁸ mais également un formidable outil de preuve de la titularité des droits sur un bien ou même de propriété.

Le principal problème que soulève les NFT est relatif à l'exercice de qualification de ces derniers. La détermination de la nature juridique des NFT est d'une importance cruciale notamment pour l'application du régime juridique qui en découlera mais également pour le régime fiscal qui sera appliqué sur les transactions portant sur ces jetons.

Plus subsidiairement, la qualification et l'encadrement des NFT peut avoir également des conséquences en droit international privé notamment dans l'identification de la *lex rei sitae*

²⁴ T. GIRARD-GAYMAR et D. YBERT DE FONTENELLE, Droit de suite et Non Fungible Tokens : comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'auteur, *Recueil Dalloz 2022*, p 669

²⁵ Auteur inconnu, Le CSPLA lance une mission sur les « Non Fungible Tokens » (NFT), *Legipresse 2021*, p 515

²⁶ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

²⁷ Auteur inconnu, Le CSPLA lance une mission sur les « Non Fungible Tokens » (NFT), *op cit*

²⁸ C. ZERBIB et W. O'RORKE, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *op cit*

qui se base avant tout sur la corporalité des biens, la localisation des NFT étant impossible puisque stocké sur la blockchain²⁹. Cela questionne sur le point de savoir si le droit national doit se saisir des NFT ou si le droit international doit s'en occuper afin d'avoir une législation harmonisée. Avoir une législation nationale aurait pour conséquence que dans certains pays le NFT pourrait être considéré comme un bien et donc son détenteur pourrait être qualifié de propriétaire alors que dans un autre pays il pourrait être qualifié de certificat d'authenticité, par conséquent les droits de son détenteur seraient différents.

Le choix de la réglementation qui va venir encadrer les NFT pose des difficultés puisque « Un accord interétatique, destiné à régir l'ensemble des questions de droit privé posées par les NFT, permettrait d'échapper à cette délicate détermination du droit applicable, mais l'adoption d'un tel accord paraît improbable, au moins à court terme »³⁰. Une réglementation internationale aurait en effet pour avantage de résoudre les problèmes de conflits de lois en cas d'opérations transnationales, toutefois les NFT affectent un certain nombre de domaines du droit de la propriété intellectuelle au droit fiscal, en passant par le droit financier. Par conséquent, une réglementation internationale impliquerait sans doute de devoir modifier un certain nombre de dispositions nationales en vigueur.

Une possible réglementation extra-étatique a pu être abordée, à travers l'autorégulation ou encore « des mécanismes de règlement des litiges, transnationaux ou extrajudiciaires »³¹. Il nous semble toutefois qu'une réglementation extra-étatique ne soit pas la solution pour saisir pleinement les enjeux juridiques de qualification et de régime des NFT. De plus quelle serait la portée de ces réglementations qui n'auraient pas une source légale ? Il nous semble que dans un litige de telles réglementations ne pourraient pas être reconnues par le juge comme source de droit.

Nous nous intéresserons en l'espèce à la qualification qui peut être adoptée à l'égard des NFT du point de vue du droit français, sans exclure la possibilité que le législateur européen intervienne pour encadrer ces jetons. Pour l'heure, le législateur européen, à travers le règlement MICA s'intéresse à l'encadrement des cryptoactifs. Toutefois, sauf à pouvoir entrer dans la

²⁹ Y. EL HAGE, La réglementation des NFT à la lumière du droit international privé : réglementation étatique ou extra-étatique ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 38

³⁰ Y. EL HAGE, La réglementation des NFT à la lumière du droit international privé : réglementation étatique ou extra-étatique ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 38

³¹ Y. EL HAGE, La réglementation des NFT à la lumière du droit international privé : réglementation étatique ou extra-étatique ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 38

catégorie des cryptoactifs, les NFT sont exclus du champ d'application de ce dernier³². Cet exercice de qualification suppose de s'interroger sur le point de savoir si le droit français est en capacité d'accueillir de tels objets dans ses catégories juridiques. Dans le cas contraire, il faudra s'interroger sur le point de savoir si la solution à cette problématique serait de créer une catégorie *sui generis* propre aux NFT comme cela a pu être le cas pour les actifs numériques.

Par conséquent, le problème juridique que soulève la nature juridique des NFT est de déterminer dans quelles mesures le droit français peut répondre aux difficultés de qualification de ce nouvel objet juridique non encore identifié. Autrement dit, il s'agit d'analyser si les catégories juridiques du droit français sont adaptées aux caractéristiques des NFT ou si ces dernières nécessitent une adaptation afin d'assimiler les jetons non fongibles à l'une d'entre elles.

Les juristes ont tenté de résoudre ces difficultés de qualification. Un certain nombre de catégories juridiques ont pu émerger de ces travaux tels que les jetons ou plus largement les actifs numériques englobant également les cryptomonnaies³³, ou encore les titres financiers³⁴. Ont également été envisagées comme assimilables aux jetons non fongibles l'œuvres de l'esprit, leur support ou encore la qualification de certificat d'authenticité³⁵. La branche du droit qui est sans doute la plus suscitée en matière de NFT n'est finalement pas le droit de la propriété intellectuelle mais le droit des biens. Le NFT entretient des liens étroits avec le droit des biens³⁶ et notamment la notion de propriété en raison du flou entourant sa relation avec le sous-jacent auquel il est associé mais également en raison de ses caractéristiques uniques. Ce sous-jacent associé au NFT complexifie les relations de ce dernier avec le droit des biens, puisqu'il semble que plusieurs objets de propriété apparaissent, a fortiori lorsque le sous-jacent est la représentation d'un bien corporel sous réserve que ces derniers soient des choses appropriables. Le droit des biens pourrait-il être alors la solution aux difficultés de qualification du NFT ?

Une partie de la doctrine s'est en effet intéressée à la question de savoir si le NFT pouvait être objet de propriété et plus précisément si ce dernier pouvait être considéré comme un bien et le cas échéant si les prérogatives associées à la propriété classique pouvaient être exercées

³² T. PONTIROLI, MICA : le nouveau règlement européen sur les cryptoactifs en trois questions, *LesEchos*, 20 avril 2023

³³ D. LEGAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

³⁴ P. PAILLER, La distinction des tokens et des titres financiers, *Revue de Droit bancaire et financier*, Mai 2020, n°3, Dossier 10

³⁵ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Dalloz IP/IT 2022*, p260

³⁶ N. MARTIAL-BRAZ, Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 31

sur un jeton non-fongible. Dans sa relation avec le sous-jacent, la qualification de titre de propriété a également pu être envisagée *a fortiori* en raison de son inscription en blockchain qui en fait un instrument de preuve à la force probante sans égal même si le législateur ne considère pas en ce dispositif comme un mode de preuve à part entière.

Cet exercice de qualification est complexe notamment en ce que l'objet de qualification est lui-même difficile à déterminer. Par conséquent, afin de mieux cerner les contours de l'objet à qualifier il semble nécessaire dans une première partie de s'intéresser à l'environnement de ces jetons. Plus précisément, il s'agira d'identifier les difficultés juridiques qui entourent les NFT engendrés par l'utilisation de la blockchain et les smart contract. Il sera également opportun d'identifier les limites à la création de ces jetons et plus encore si une propriété au sens classique du terme est envisageable sur ces derniers (PARTIE I).

Ces difficultés juridiques une fois identifiées, il apparaîtra nécessaire de tenter de qualifier ces NFT en effectuant un travail comparatif entre les différentes catégories juridiques existantes que ce soit celles relatives au droit financier, au droit de la propriété intellectuelle ou même au droit des biens, avec les caractéristiques des jetons non fongibles. Cet exercice permettra de déterminer ainsi, si le droit français est en capacité d'accueillir cette nouvelle utilisation de la blockchain ou si ce dernier devra s'atteler à créer une nouvelle catégorie juridique répondant aux besoins d'encadrement de cette technologie (PARTIE II).

PARTIE I. L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DES

NFT

Appréhender les NFT et comprendre comment ces derniers fonctionnent nécessitent une analyse approfondie de leur environnement juridique. Cette analyse induit de comprendre les différentes caractéristiques du NFT ainsi que les usages principaux qui peuvent être faits de ce dernier. L'étude de ses caractéristiques imposent de s'intéresser aux technologies gravitant autour de ces jetons non-fongibles à l'image de la blockchain et des smart contracts.

Comprendre cet environnement nécessite également d'étudier les possibilités et les limites juridiques dans la création de ces jetons, sans oublier de s'intéresser à la propriété de ce dernier.

Ainsi, dans une première partie, il sera opportun de voir dans quelles mesures l'univers du Web 3.0 impacte les NFT et induit certains éléments caractéristiques de ces derniers (Titre I). Dans une seconde partie, il conviendra de s'intéresser à la vie juridique du NFT de sa création à sa propriété et plus précisément s'il existe certaines limites ou obstacles dans l'utilisation de ces jetons (Titre II).

TITRE I - L'ECOSYSTEME DES NFT

L'exercice de qualification des NFT nous oblige à tenter de définir ce dernier et plus encore à analyser les éléments qui font son unicité, ainsi que les usages pratiques qui sont faits de ces derniers (Chapitre I). La blockchain et les smart contracts quant à eux, doivent nécessairement être étudiés afin de mieux comprendre le fonctionnement des jetons non-fongibles et les questions juridiques que l'utilisation de ce triptyque technologique induisent (Chapitre II).

CHAPITRE I – DESCRIPTION DES NFT

Dans un premier temps, il conviendra de s'interroger sur la définition tant juridique que technique qui peut être retenue des NFT, sans oublier d'aborder les particularités des NFT qui font sa singularité (Section 1). Dans un second temps, il apparaît opportun de s'intéresser aux différentes utilisations qui peuvent être faites du NFT ; ces différents usages questionnant sur une possible pluralité de qualifications juridiques de ce nouvel objet juridique que constitue le NFT (Section 2).

Section 1 – Définition et caractéristiques des NFT

S'il apparaît nécessaire de s'intéresser à la définition des NFT en ce qu'il est important pour soumettre un objet juridique à un régime de le définir (§1), l'analyse de ses caractéristiques n'en est pas moins négligeable (§2).

§1 – Du technique au juridique : quelle définition des NFT ?

La définition technique du NFT, bien qu'obscur pour le juriste ne semble pas soulever de difficultés. La définition légale de ce nouvel objet juridique non encore identifié, est quant à elle plus sujette à controverse et bouleverse des notions jusqu'alors bien établies. Elle est pourtant essentielle pour qualifier juridiquement ce qui s'apparente à une nouvelle utilisation de la technologie Blockchain³⁷.

1. Description technique des NFT. Si la qualification juridique du NFT est un point central dans cette analyse, il est nécessaire dans un premier temps, de comprendre ce que sont techniquement ces jetons. Techniquement, le NFT va être créé grâce à un processus dit de

³⁷ E. CHEVALIER et G. TCHIKOIDZE, LE DROIT DU NFT : LES ENJEUX JURIDIQUES D'UN ENCADREMENT LÉGAL DES NFTS, *Village de la Justice*, 22 février 2022

minting. Cette expression est utilisée en anglais pour désigner la frappe de monnaie³⁸. Ce *minting* consistera alors en la frappe dudit jeton sur la blockchain³⁹. Plus précisément, le NFT va prendre la forme d'un « code informatique qui renvoie à des informations sur une blockchain, le plus souvent mais pas nécessairement, à l'aide d'un smart-contract qui permettra son exécution ou son suivi de manière automatique »⁴⁰. S'il semble incontestable que le processus de codage fonctionne sur la blockchain, on constate que le recours aux smart-contracts n'est pas obligatoire. Il apparaît toutefois fréquent que les smart-contacts soient employés car ces derniers permettent d'encoder les caractéristiques⁴¹ du NFT. De plus, ils facilitent l'automatisation de son exécution et sa circulation. Le codage de ces NFT est facilité par les plateformes sur lesquelles les NFT circuleront ensuite, puisque ces derniers fournissent des outils nécessaires à leur création⁴².

De manière simplifiée, on pourrait donc définir les NFT sur le plan technique comme des « lignes de codes sur une blockchain »⁴³ qui seront exécutées le plus souvent grâce à un smart contract.

2. Une tentative de définition légale avortée. Le législateur a tenté de définir le jeton non-fongible. Aux termes d'un amendement au projet de loi de finances pour l'année 2022, une définition légale du NFT a émergé. Il était en effet prévu par ledit amendement d'intégrer à l'article 150 VH ter du Code général des impôts la définition⁴⁴ suivante : « *Un jeton non fongible est considéré, au titre du présent article et à l'exclusion des jetons considérés comme des actifs numériques au sens de l'article L. 54-10-1 du code monétaire et financier, comme tout bien incorporel et non fongible 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 définition juridique du NFT n'a pas été incorporée à la loi de finances pour 2022. Le choix d'abandonner cette définition est certainement souhaitable en ce que si on analyse cet article, il ne diffère que très peu de la définition du jeton classique.

³⁸ V. SERFATY, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, *Dalloz IP/IT* 2023, p 77

³⁹ 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

⁴⁰ *Idem*

⁴¹ J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1er juillet 2021

⁴² V. SERFATY, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, *op cit*

⁴³ M. TORELLI et G. HAAS, Non Fungible Tokens (NFT) : un outil efficace de protection des marques, *Revue Lamy droit des affaires*, n°175, 1er novembre 2021

⁴⁴ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Dalloz IP/IT* 2022, p260

L'article L552-2 du Code monétaire et financier (CMF) dispose en effet que « *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* »⁴⁵.

On constate que la définition du NFT proposée par l'amendement au projet de loi de finances pour 2022 ne diffère que très peu de la définition du jeton classique posée par l'article L552-2 du CMF. D'abord il indique que le NFT n'est pas considéré comme un jeton au sens de l'article L54-10-1 du CMF. Cette précision est certes nécessaire mais n'apporte aucune information supplémentaire sur ce qui différencie le jeton classique d'un jeton non fongible. Ensuite, cet amendement pose un seul critère de distinction entre un jeton classique et un NFT qui résiderait dans la non-fongibilité du NFT. Hormis la non-fongibilité, rien ne nous permet avec cet amendement d'avoir une réelle définition du NFT qui diffère de celle du jeton classique au sens de l'article L552-2 du CMF.

Il ressort essentiellement de la définition proposée par l'amendement que sa création était avant tout motivée par un désir de créer un régime fiscal « *ad hoc, distinct de celui applicables aux actifs numériques* »⁴⁶. Toutefois, il n'est pas commun de définir un objet juridique à partir du régime juridique qu'on souhaite lui appliquer. La logique veut que le régime se déduise de la nature juridique d'une chose, et non l'inverse. Une définition construite selon le régime que l'on veut appliquer à un objet juridique ne peut qu'être imparfaite, comme le démontre ledit amendement. Pour l'heure la nature hybride⁴⁷ du NFT paralyse le législateur dans cet exercice de qualification.

3. Une définition juridique du NFT qui divise la doctrine. Nombreux sont les articles de doctrine qui tentent de définir juridiquement le NFT. Certaines pourraient être perçues comme dédaléennes, tandis que d'autres pourraient être qualifiées de plus élémentaires. Il convient alors d'analyser les différentes définitions proposées par la doctrine.

La première est celle de Maître Haas et Maître Torelli. Ces derniers indiquent que les NFT seraient « *des jetons, c'est-à-dire des biens incorporels fonctionnant sur la blockchain et représentant des droits divers déterminés par leur émetteur. Contrairement aux jetons*

⁴⁵ Article 552-2 du Code monétaire et financier

⁴⁶ V. VAMEROT, Actes de colloque – La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers, *Droit fiscal*, n°36, 8 septembre 2022

⁴⁷ L. BATAILLE et L. BADIANE, NFT : un actif numérique aux contours juridiques incertains, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, Lexis Nexis, n°40, 6 octobre 2022, 1324

classiques, les NFTs ne sont pas interchangeables. En d'autres termes, chaque NFT est unique de sorte qu'il n'en existe qu'un seul exemplaire dans le monde »⁴⁸. Cette conception juridique des NFT inclut un certain nombre de notions telles que celle de « biens incorporels », de « blockchain », de « représentation de droits », de « non-interchangeabilité » et enfin d'« unicité ».

A l'inverse, la définition retenue par Maître Zerbib et Maître O'Rorke est plus simplifiée. Ils définissent en effet, ces jetons comme des « jetons numériques uniques émis et gérés sur une blockchain »⁴⁹. Cette dernière paraît plus concise que la précédente, sans perdre de sa précision.

La description établie par Maître Bataille et Maître Badiane diffère des définitions précitées en ce que ces deniers indiquent que « Le NFT est un certificat numérique inscrit sur une chaîne de blocs (« blockchain ») destiné à garantir la propriété d'un actif tokenisé, et lié de manière unique à ce dernier soit parce qu'il contient un lien vers cet actif, soit parce que ce dernier est directement incorporé dans le NFT »⁵⁰. La principale nuance qui ressort de leur vision en comparaison des analyses précédentes et qu'en l'espèce, le terme de jeton n'est pas employé.

Les définitions varient. Pour d'autres, « le NFT représenterait » même « un ou plusieurs droits acquis, qui permettrait de faire un lien avec un sous-jacent »⁵¹. Cette formulation si elle a le mérite d'indiquer la fonction du NFT à savoir représenter des droits et faire un lien avec un sous-jacent, il semble qu'elle ne permette pas réellement de définir ce qu'est un sous-jacent.

Du point de vue de certains auteurs, ces définitions sont différentes sur la forme mais sont assez proches sur le fond⁵². Cette abondance de définitions semble toutefois rendre encore plus confuse la notion de NFT notamment en raison des nombreux points de divergences entre les auteurs. Il n'y a pas de définition unique du NFT. On l'a en effet constaté, tous les auteurs ne définissent pas le NFT comme un jeton, la notion de certificat d'authenticité est notamment évoquée dans la vision de Maître Badiane et de Maître Bataille. La conception de Maître Haas et de Maître Torelli aborde les droits que peuvent représenter les NFT quand d'autres n'y font

⁴⁸ M. TORELLI et G. HAAS, Non Fungible Tokens (NFT) : un outil efficace de protection des marques, *op cit*

⁴⁹ C. ZERBIB et W. O'RORKE, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *Propriété industrielle* n°5, mai 2021, étude 11

⁵⁰ L. BATAILLE et L. BADIANE, NFT : un actif numérique aux contours juridiques incertains, *op cit*

⁵¹ D. LEGEAI, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

⁵² J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *op cit*

pas référence. Le NFT divise quant à sa définition juridique. C'est à se demander si cette définition ne serait pas introuvable⁵³.

Partant de cette précision, il est important de s'interroger sur le fait de savoir s'il ne serait pas plus opportun de s'atteler à un exercice d'analyse des caractéristiques du NFT et de qualification de ce dernier avant de souhaiter définir cet objet juridique. La majorité des articles de doctrine s'attachent en effet à définir le NFT juridiquement puis, à essayer de le qualifier mais comment définir un objet sans savoir quels sont ses caractéristiques et à quelle catégorie juridique il peut être rattaché. A notre sens, la définition juridique du NFT découle de la qualification juridique à laquelle ce dernier pourrait être associé. La définition technique quant à elle ne pose pas de difficulté. Cette dernière participe d'ailleurs à la détermination des caractéristiques propres au NFT.

Malgré les divergences entre les auteurs, il ressort de ces articles un certain nombre d'attributs. Ces derniers se doivent d'être analysés afin de mieux comprendre l'attrait qui caractérise ces jetons uniques⁵⁴ ainsi que les obstacles à sa qualification.

§2 – Les attributs des NFT

Il est possible de déceler des éléments communs aux NFT à travers les différentes conceptions doctrinales de ces derniers.

4. Le NFT est « un jeton ». Il ressort en effet, du plus grand nombre des articles doctrinaux que le NFT serait un jeton⁵⁵, reste à savoir s'il s'agit d'un jeton au sens technique, ou s'il est un jeton au sens légal, c'est-à-dire au sens de l'article L552- 2 du Code monétaire et financier⁵⁶.

Au sens de l'article L552-2 du CMF le jeton va être un bien meuble incorporel représentant des droits, enregistré sur un dispositif d'enregistrement partagé⁵⁷.

D'un point de vue technique, le processus de création des jetons classiques et ceux des NFT ne se distinguent pas. Le jeton classique va en effet être inscrit sur la blockchain, représentant une ligne de code tout comme le jeton non-fongible grâce à une procédure de

⁵³ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles, *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°2, Novembre 2022, dossier 20

⁵⁴ M. TORELLI et G. HAAS, Non Fungible Tokens (NFT) : un outil efficace de protection des marques, *op cit*

⁵⁵ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *op cit*

⁵⁶ Article 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. »

⁵⁷ *Idem*

hachage. Tous deux vont pouvoir être mis en œuvre par un contrat intelligent, avec création d'un événement entraînant le transfert du jeton⁵⁸. Par conséquent, techniquement, le NFT pourrait être considéré comme un jeton en raison de son inscription en blockchain et de la procédure de codage similaire aux deux jetons.

Il apparaît toutefois prématurer d'affirmer que le NFT pourrait être assimilé juridiquement au jeton classique défini à l'article L552-2 du CMF qui nécessite une analyse plus approfondie.

5. La non-fongibilité du NFT. Le caractère non-fongible du NFT semble l'attribut principal de ce dernier qui en fait sa singularité par rapport aux jetons classiques. Cette non-fongibilité est notamment imposée par la norme ERC-721⁵⁹. La norme ERC-721 se distingue de la norme ERC-20 qui est la plus connue sur la blockchain Ethereum en ce qu'elle va permettre de contenir le lien qui renverra vers l'objet du NFT⁶⁰. Il semble opportun de définir ce qu'est cette non-fongibilité. De manière générale, « *des choses sont fongibles lorsqu'elles sont interchangeables* »⁶¹. C'est une notion que l'on retrouve généralement en matière de paiement⁶². La non-fongibilité du NFT va s'illustrer dans le fait que ces jetons vont être « *associés à des actifs qui ne sont ni substituables ni additionnables* »⁶³.

Toutefois, il existe deux conceptions de la fongibilité. La première conception de cette dernière est une conception objective, dans laquelle on considèrera que les deux choses sont identiques ; et une conception subjective où on tiendra deux choses pour identiques⁶⁴. Le NFT ne pourrait correspondre à la première conception en ce que cette dernière impose que les deux choses soient totalement identiques, ce qui ne pourra jamais être le cas des NFT qui représentent tous des sous-jacents différents et sont tous constitués de lignes de code uniques. Cependant, le caractère non-fongible, d'un point de vue juridique, pourrait être discuté sur le terrain de la seconde conception. Deux NFT ne pourraient-ils pas être considérés comme des choses fongibles d'un point de vue subjectif ? Malgré le fait que ces NFT représentent des sous-jacents différents, ils sont tous des NFT qui fonctionnent sur la blockchain via des smart contracts. Si on prend l'exemple de deux NFT qui représenteraient tous deux des cartes d'un joueur de football d'une collection NFT. Ces derniers représentent bien la même chose même si les lignes

⁵⁸ P. SOTRES, Comment créer un jeton, Bitnovo.Blog, 4 avril 2021

⁵⁹ V. SERFATY, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, *op cit*

⁶⁰ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fongible Tokens saisis par le droit, *op cit*

⁶¹ C. GRIMALDI, Droit des biens, LGDJ, Lextenso, 2^{ème} édition, 2019

⁶² *Idem*

⁶³ DE L'ESTOILE. E et REGNIEZ. T, Les NFT pour financer la culture : un jeton sur l'avenir ?, *Regards croisés sur l'économie*, Editions La Découverte, n°30-31, pages 129 à 137, Janvier 2022

⁶⁴ C. GRIMALDI, Droit des biens, *op cit*

de codes vont être différentes. Ainsi, il semble que le caractère non-fongible de ces jetons puissent être discuté.

D'autant que certains auteurs décrivent cette non-fongibilité et donc cette différence propre aux jetons non-fongibles par référence aux jetons dits classiques comme le fait qu'« *en utilisant un jeton classique, l'utilisateur perd ce jeton. Au contraire, les NFT, de par leur caractère non fongible, ne se consomment pas* »⁶⁵. Or ces auteurs semblent confondre la fongibilité et la consomptibilité des choses qui se définit comme le fait de perdre une chose par son usage⁶⁶. Le NFT n'est en effet pas une chose consomptible, mais le caractère non-consomptible d'une chose n'entraîne pas la non-fongibilité de cette dernière. Ce n'est donc pas de cette caractéristique que la non-fongibilité du NFT se déduit.

Il est tout de même nécessaire de préciser que remettre en cause ce critère de non-fongibilité du NFT reviendrait à contester les caractères d'unicité et de rareté⁶⁷ qui se déduisent de l'attribut de non-fongibilité et qui font l'intérêt même de ces derniers. Il semble que la majorité de la doctrine, considère que le NFT est une chose qui n'est pas fongible, même s'il nous apparaît que ce constat mériterait d'être débattu.

6. Un jeton représentant des droits sur un actif sous-jacent. Le NFT est souvent décrit comme un « *un certificat qui « représente » le sous-jacent* »⁶⁸. Le NFT est en effet associé à un fichier sous-jacent. On parle le plus souvent d'actif sous-jacent⁶⁹. Toutefois, il faut noter qu'un NFT peut également renvoyer un acte juridique tel qu'une décision de justice ou un acte de signification⁷⁰. C'est également la position du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique⁷¹. Ce sous-jacent vers lequel renvoie le NFT peut donc prendre diverses formes.

Ainsi, ce dernier peut être un bien incorporel⁷². Il pourra être par exemple une œuvre d'art dans l'hypothèse où ce dernier remplirait les critères de qualification de l'œuvre, une simple image, un fichier audio⁷³. Certains auteurs indiquent que l'actif sous-jacent pourrait être un bien corporel⁷⁴. A notre sens, il apparaît maladroit de dire que cet actif pourrait être un bien

⁶⁵ M. TORELLI et G. HAAS, Non Fungible Tokens (NFT) : un outil efficace de protection des marques, *op cit*

⁶⁶ Article 1874 du Code civil

⁶⁷ N. MARTIAL-BRAZ, Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification, *op cit*

⁶⁸ *Idem*

⁶⁹ L. BATAILLE et L. BADIANE, NFT : un actif numérique aux contours juridiques incertains, *op cit*

⁷⁰ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles, *op cit*

⁷¹ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles, juillet 2022

⁷² *Idem*

⁷³ Auteur inconnu, La SACEM conclut un accord avec la plateforme Pianity sur les NFT musicaux, *Legipresse* 2022, p 588

⁷⁴ L. BATAILLE et L. BADIANE, NFT : un actif numérique aux contours juridiques incertains, *op cit*

corporel en ce que le NFT renvoie vers ce dernier grâce à un lien contenu dans le smart contract. Par conséquent, dans quelle mesure un lien pourrait renvoyer vers un bien corporel ? Il semble plus juste d'adopter une conception stricte du sous-jacent et de dire que le jeton non-fongible renvoie vers un bien incorporel qui peut être la représentation numérique d'un bien corporel sur lequel le NFT pourra octroyer des droits. Il apparaît cependant inadapté de dire que le NFT pourrait renvoyer vers un actif sous-jacent qui serait un bien corporel. Selon nous, l'actif sous-jacent vers lequel renvoie un NFT ne peut être exclusivement qu'un bien incorporel ou une chose incorporelle en ce que ce dernier est totalement numérisé. En revanche, ce fichier numérique pourra être lui-même être une représentation numérique d'un bien corporel.

7. Des caractéristiques propres à la technologie Blockchain. Les NFT n'existent pas sans la blockchain⁷⁵. Ces derniers bénéficient des atouts qu'offrent la blockchain. Les NFT jouissent notamment de l'immutabilité et de l'intangibilité⁷⁶ de la blockchain. L'immutabilité signifie qu'on ne pourra modifier ce qui est enregistré sur la blockchain ou le supprimer, c'est-à-dire qu'on ne pourra modifier un NFT inscrit sur la blockchain. L'intangibilité induit qu'on ne pourra pas porter atteinte au NFT puisque fonctionnant sur ce système démuné tout tiers intermédiaire hautement sécurisé, ils vont être « *protégés par un mécanisme décentralisé empêchant tout piratage informatique* »⁷⁷. Ce propos est toutefois à tempérer. Des vols de NFT⁷⁸ ont en effet été constatés. La possibilité de voler un NFT remet en cause le caractère intangible de ce système décentralisé et la sécurité qu'il octroie à ses utilisateurs. Par conséquent ces attributs qui se déduisent du fonctionnement des NFT sur la Blockchain ne sont pas inflexibles et doivent être nuancés.

Si un certain nombre d'éléments semblent caractériser les NFT, ces derniers sont également très divers en termes d'usages. Cette typologie de NFT peut questionner sur la qualification juridique que l'on pourrait adopter à l'égard de ces nouveaux objets juridiques et notamment sur le fait de savoir s'il ne serait pas opportun d'envisager plusieurs qualifications qui dépendraient des différents types de NFT.

⁷⁵ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1^{er} juillet 2022

⁷⁶ A. TRESCASES, L'assurance face aux NFT, *Responsabilité civile et assurances*, n°12, Etude 12, Décembre 2022

⁷⁷ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *op cit*

⁷⁸ N. MARTIAL-BRAZ, Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification, *op cit*

Section 2 – Différents usages des NFT pour différentes qualifications juridiques ?

8. Une possible qualification juridique selon les différents usages des NFT. Lorsqu'on observe les NFT, on constate qu'il existe différents usages de ces derniers. Ainsi, on peut se questionner sur le point de savoir si cette pluralité de NFT n'est pas un obstacle à leur qualification. On peut également se demander s'il ne conviendrait pas d'envisager plusieurs qualifications juridiques. A différence de nature, différence de régime⁷⁹. S'il y a plusieurs types de NFT on pourrait alors envisager différentes natures juridiques et par conséquent différents régimes applicables. Si on prend l'exemple des actifs numériques, ces derniers ont une qualification et un régime propre qui diffèrent des autres instruments financiers puisqu'ils ont des fonctions différentes des autres instruments financiers. Les différents usages possibles des NFT peut alors avoir pour conséquence de changer la nature de certains jetons non-fongibles. On pourrait donc envisager d'assimiler les NFT à différentes catégories juridiques selon les usages qui peuvent être faits de ce dernier. Il s'agit alors d'analyser si une typologie peut être construite qui pourrait induire diverses qualifications.

Au-delà des droits que les NFT peuvent octroyés, les usages qui peuvent en être faits vont être en effet très diversifiés. Le NFT est un « *outil aux multiples usages* »⁸⁰. Plusieurs auteurs se sont tentés à une nomenclature en fonction des usages. De fait certaines catégories peuvent être mises en avant. Si plusieurs catégories juridiques peuvent être envisagées, différentes définitions juridiques du NFT pourraient alors également exister.

Par conséquent, dans un premier temps il conviendra de voir les utilisations les plus anciennes des NFT, qui s'inscrivent progressivement dans la pratique (§1). Dans un second temps, il sera opportun de voir que cette typologie n'est pas exhaustive et que de nouveaux usages des NFT apparaissent.

⁷⁹ J-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984

⁸⁰ M. VIVANT, NFT : le renouvellement du marché de l'art par la finance ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 39

§1 – Les usages classiques des NFT

9. Les NFT dits de collection. La première catégorie de NFT qui semble faire l'unanimité auprès des auteurs s'apparente aux NFT de collection^{81 82}. Les définitions de ce jeton de collection ne semblent pas très éclairantes. On nous parle de « *NFT dont l'objet est une chose incorporelle qui se décline sous plusieurs variantes formant une collection* »⁸³ ou encore de NFT « *qui se rattache à un bien corporel ou incorporel spécifique et certifie que le propriétaire détient ce bien* »⁸⁴. Les CryptoKitties⁸⁵, apparus en 2017, permettant de collectionner des « *chatons* » sous forme de NFT dits Kitties sont une illustration de ces NFT de collection. Dans cette catégorie les NFT sont associés à des biens généralement incorporels, se différenciant par leur caractère unique⁸⁶ par un lien URL par exemple, mais se rattachant tous à une même collection en ayant des caractères communs. Les CryptoKitties sont donc des représentations de « *chatons* » avec des caractéristiques propres à chacun, ce qui les rendent dissociables et uniques. Ces catégories de NFT se retrouvent généralement dans le domaine de l'art.

10. Les NFT du métavers et des jeux vidéo. La deuxième catégorie qui peut être dégagée des travaux doctrinaux s'illustre dans les NFT qui sont détenus dans le métavers et les jeux vidéo.

Sur ce point, certains auteurs distinguent selon que le NFT est dans le métavers ou dans un jeu vidéo⁸⁷, quand d'autres distinguent selon le sous-jacent représenté et non selon l'univers virtuel dans lequel le NFT est détenu⁸⁸. La prise de position en faveur de l'une ou l'autre option dépend de la question de savoir si on considère que les jeux vidéo sont un métavers comme un autre. Les jeux vidéo peuvent être considérés comme un type de métavers puisque « *la technologie permet d'offrir la possibilité de jouer dans une nouvelle dimension en étant représenté par un avatar* »⁸⁹. Ce qui différencie les jeux vidéo, c'est que principalement ces derniers n'octroient généralement pas des droits dans la vie réelle mais il n'est pas exclu qu'un NFT acquis dans un jeu vidéo puisse donner accès à un bien corporel. Jeux vidéo et métavers peuvent alors être regroupés dans une catégorie plus large de réalité virtuelle. Ainsi, tant dans

⁸¹ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles, *op cit*

⁸² J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *op cit*

⁸³ *Idem*

⁸⁴ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non fongibles, *op cit*

⁸⁵ C. ZERBIB et W. O'Rorke, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *op cit*

⁸⁶ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non fongibles, *op cit*

⁸⁷ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *op cit*

⁸⁸ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non fongibles, *op cit*

⁸⁹ S. SONTAG KOENIG, Métavers : vingt mille lieux dans la toile, *Dalloz actualité*, 27 janvier 2023

le métavers que dans les jeux vidéo on utilise des NFT à travers un avatar qui va être la représentation virtuelle de notre personne.

Le NFT peut alors être utilisé comme une représentation d'un bien incorporel tel qu'une parcelle de terrain dans le métavers ou un jeu vidéo⁹⁰, le terme de NFT « *fonciers* »⁹¹ ne nous paraissant pas adaptés à l'univers du métavers puisque l'expression « *foncier* » reste propre aux biens immeubles corporels. Il peut également être la représentation d'un vêtement, ou d'accessoires pour l'avatar dans le métavers ou le jeux vidéo⁹².

Une autre catégorie de NFT peut être distinguée au sein de ces métavers et des jeux vidéo, qui s'illustre dans les NFT donnant accès à des prestations virtuelles, à des prestations dans la vraie vie⁹³ voire à des biens corporels. Par exemple des NFT achetés sur des plateformes, donnent accès à des prestations. Ainsi, le restaurant new-yorkais Flyfish ne permettra son accès qu'aux détenteurs de NFT vendus à 8000 dollars⁹⁴. On pourrait imaginer que l'accès à une telle prestation puisse être gagné dans un jeu vidéo, le gain étant un NFT donnant droit à cette prestation.

Ainsi à notre sens il n'y a pas lieu de distinguer entre les NFT pouvant être acquis dans des jeux vidéo et le métavers⁹⁵, il s'agit plutôt de catégoriser les NFT selon qu'ils puissent être acquis dans une réalité virtuelle ou sur une plateforme⁹⁶. Au sein de ces univers virtuels, une autre distinction peut être réalisée entre les NFT qui vont permettre d'acquérir la « propriété » d'un bien incorporel dont l'utilité sera limitée à ce métavers ou à ce jeu vidéo, du NFT donnant accès à une prestation numérique ou réelle, du NFT qui donnera accès à la propriété d'un bien corporel dans la vie réelle.

Les utilisations des NFT ne sont pas arrivées à leur épuisement. De nouveaux usages des NFT apparaissent ce qui démontre qu'une telle typologie par les usages n'est pas exhaustive.

⁹⁰ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non fongibles, *op cit*

⁹¹ *Idem*

⁹² *Idem*

⁹³ *Idem*

⁹⁴ M. CHANOUX, Ultraluxe : l'évolution du concept de luxe, une approche par le marketing, *Juris tourisme 2022*, n°257, p23

⁹⁵ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *op cit*

⁹⁶ On pense notamment à OpenSea, Rarible, SuperRare, Nifty Gateway, Mintable. app

§2 – Une typologie par les usages non-exhaustive

11. Les NFT utilisés en tant que sûreté. Une autre catégorie de NFT peut apparaître dans ceux qui vont servir de sûretés⁹⁷, que l'on nomme également les « *collaterals* »⁹⁸. Dans ce cas, les NFT vont être utilisés à des fins de garantie d'une sûreté comme un prêt. Il peut être imaginer que le NFT pourra avoir des utilités au-delà du prêt et pourra servir de garantie pour d'autres sûretés. La flexibilité des usages du NFT permet en effet, d'imaginer son utilisation pour tout type de garantie.

12. Les NFT représentant des actes juridiques, la nouvelle utilisation des jetons non fongibles. La dernière apparition de NFT s'apparente à ceux qui renvoient à des actes de procédure⁹⁹. Dans ce cas le NFT ne représentera pas un actif sous-jacent bien incorporel, mais un autre acte qui peut être un jugement ou encore un acte de signification¹⁰⁰. On peut imaginer que le NFT pourrait alors renvoyer à tout type d'acte stocké sur un autre serveur que la blockchain. Cette utilisation du NFT peut être une réelle révolution dans le monde juridique et notamment en matière de stockage des actes juridiques et de preuve de l'authenticité de ces derniers.

13. Une typologie non exhaustive. D'autres utilisations de NFT ont pu être répertoriées par la doctrine. Les utilisations de ces jetons sont sans cesse renouvelées, et leur classification n'est donc pas exhaustive. On constate en effet l'existence de NFT d'authentification¹⁰¹ qui permettront d'authentifier le bien qu'il représente. Il y a également les NFT utilitaires¹⁰². Ces derniers vont permettre l'accès à un service ou à un bien en fonction de ce qui sera prévu par le smart contrat. Il en sera ainsi de la capsule testamentaire qui s'ouvre au jour du décès de l'émetteur du NFT¹⁰³ ou encore des Ethereum name service¹⁰⁴ donnant à accès à des noms de domaines. On recense également des NFT dits On Chain dont « *dont la pérennité dans le temps est forte et les risques d'exposition réduits* »¹⁰⁵ qui semblent avoir une certaine utilité en matière d'assurance.

⁹⁷ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non fongibles, *op cit*

⁹⁸ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *op cit*

⁹⁹ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non fongibles, *op cit*

¹⁰⁰ *Idem*

¹⁰¹ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *op cit*

¹⁰² *Idem*

¹⁰³ *Idem*

¹⁰⁴ *Idem*

¹⁰⁵ A. TRESCASES, L'assurance face aux NFT, *Responsabilité civile et assurances, op cit*

On l'observe avec cette nomenclature non-exhaustive, les NFT peuvent avoir différents usages. Cette diversité d'utilisation interroge. Peut-on en déduire que pour chaque usage il soit nécessaire d'avoir une qualification juridique différente ? Cela ne semble pas indispensable. Les usages qui sont faits des NFT auront un impact sur leur réglementation à venir, on pense notamment au métavers. Toutefois, il ne s'agit que d'adapter potentiellement le régime de certains NFT. Une nature juridique peut sans doute être dégagée en analysant les traits communs des NFT et en tentant de les rattacher à une catégorie juridique existante. Il ne faut toutefois pas exclure catégoriquement la possibilité de classer les NFT en fonction des droits conférés ou de leurs usages et donc d'avoir des NFT avec des natures juridiques différentes. Les différentes utilisations qui peuvent être faites des NFT ne facilite donc pas la qualification de ces derniers.

Outre cette typologie selon les usages faits des NFT, l'écosystème dans lequel évoluent les NFT n'est pas sans incidence sur les difficultés de qualification de ce dernier et nécessite donc une attention particulière. L'univers du Web 3.0 dans lequel se développent les NFT semble en effet un obstacle à leur qualification en ce que les technologies autour desquelles ils gravitent, peinent elles-mêmes à être reconnues par le droit.

CHAPITRE II – LES NFT DANS L'UNIVERS DU WEB 3.0

Puisque les NFT n'existent pas sans blockchain¹⁰⁶, comprendre les relations qu'entretiennent ces deux objets du Web 3.0 est primordial pour tenter de qualifier les NFT (Section 1). Subsidiatement, les smart contract dont la nature juridique continue d'alimenter le débat doctrinal, peuvent être d'une grande utilité dans le fonctionnement des NFT. Il est alors nécessaire de s'intéresser à ce que ces derniers peuvent apporter aux jetons non fongibles et quelles sont les difficultés qui entourent leur utilisation (Section 2).

Section 1 – Blockchain et NFT : des destins juridiques liés

Si dans un premier temps, il apparaît opportun d'identifier les éléments qui définissent la blockchain et de quelle manière elle est utilisée dans le cadre de la vie des NFT (§1), il conviendra dans un second temps, de s'intéresser aux problématiques juridiques qui entourent la blockchain, notamment probatoires qui impactent les NFT (§2).

¹⁰⁶ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1^{er} juillet 2022

§1 – Qu’est-ce que la Blockchain ?

14. Une technologie obscure. « Pour beaucoup d’entre nous, cryptoactifs et blockchain demeurent des notions obscures »¹⁰⁷. Il est certain que la blockchain est une notion complexe, qu’il est nécessaire de comprendre afin de mieux appréhender les NFT et de les qualifier. Cette technologie créée avec le bitcoin¹⁰⁸, intrigue notamment par les usages qui peuvent en être faits. La création et la circulation des NFT en font parties.

Nombreux sont les juristes qui s’efforcent d’énoncer une définition technique de la Blockchain afin de mieux s’approprier ses caractéristiques juridiques. Le législateur s’est également attaché à qualifier cette dernière.

15. Définition et caractéristiques de la Blockchain. Le Parlement européen s’est tenté à une définition de la Blockchain dans une résolution en date du 26 mai 2016 relative aux monnaies virtuelles. Le Parlement a ainsi indiqué qu’il s’agissait « d’un ensemble de blocs intégrés dans un système partageant une base de données commune »¹⁰⁹. D’un point de vue juridique une telle définition n’est pas très éclairante.

En revanche, d’un point de vue technique, on apprend que la Blockchain est constituée de blocs qui vont partager une base de données commune. En pratique, la Blockchain est constituée d’un ensemble d’algorithmes¹¹⁰ qui permettent de crypter les informations et plus précisément les transactions passées entre les utilisateurs illustrées dans les différents « blocs »¹¹¹.

A cet égard, la doctrine s’est attelée à expliquer la passation des transactions sur cette Blockchain. Ainsi, « Chaque transaction nouvelle, par exemple l’achat d’un bien ou l’authentification d’un document, est validée puis inscrite dans ce registre, par nature impossible à effacer »¹¹². La blockchain à l’inverse des banques, ne recourt donc pas à un tiers de confiance.¹¹³ Il s’agit d’un système entièrement décentralisé¹¹⁴.

¹⁰⁷ G. VALDELIEVRE, Cryptoactifs, blockchain : des transactions financières hors les banques ?, *Gazette du Palais*, n°4, p 39, 7 février 2023

¹⁰⁸ C. FERAL-SCHUHL, Régime actuel de la cryptologie, Chapitre 532, *Praxis Cyberdroit*, 2020-2021

¹⁰⁹ PARLEMENT EUROPEEN, Résolution 2016/2007(INI), 26 mai 2016 sur les monnaies virtuelles

¹¹⁰ M-A. FRISON-ROCHE, Analyse des blockchains au regard des usages qu’elles peuvent remplir et des fonctions que les officiers ministériels doivent assurer, *Deffrénois*, n°25, p 23, 20 juin 2019

¹¹¹ C. FERAL-SCHUHL, Régime actuel de la cryptologie, *op cit*

¹¹² *Idem*

¹¹³ M-P. L’HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *op cit*

¹¹⁴ *Idem*

On distingue également au sein des blockchains, celles qui sont privées c'est-à-dire où il existe une barrière à l'entrée¹¹⁵, des blockchains publiques qui sont ouvertes « *à tous ceux qui souhaitent participer au réseau et passer des transactions* »¹¹⁶.

16. Création du NFT sur la Blockchain. Outre les conditions juridiques qui seront abordées ultérieurement relatives à la création du NFT, le créateur de ce dernier doit choisir une plateforme¹¹⁷ afin de créer ce dernier. La blockchain la plus connue sur laquelle sont créés les NFT et transférés est la blockchain Ethereum. Une fois la plateforme choisie, le créateur de NFT doit alors télécharger le fichier qui est ensuite converti en NFT par un processus de mintage. Il doit ensuite éventuellement payer une somme de monnaie virtuelle, ainsi qu'indiquer certaines caractéristiques du futur NFT notamment le prix, sa description...¹¹⁸ Il est nécessaire de préciser que « *la propriété* » de ce NFT sera prouvée grâce à un code informatique obtenu à l'issue du processus de création¹¹⁹.

17. Blockchain et NFT, des caractéristiques communes. Les éléments techniques qui caractérisent la blockchain induisent la sécurité et l'efficacité qui en font son attractivité. Cette sécurité qui fait le succès de la blockchain s'explique en outre par son caractère infalsifiable¹²⁰. Les NFT qui fonctionnent sur cette Blockchain vont alors également bénéficier de tous les avantages conférés par ce « *dispositif d'enregistrement électronique partagé* »¹²¹ désigné comme tel par le législateur. Ont notamment pu être abordés l'immutabilité et l'indivisibilité que confèrent la Blockchain aux NFT. La blockchain va également permettre de retracer toutes les opérations qui ont été faites sur un NFT en question, connaître son propriétaire, sa date de création grâce à la clé informatique que possèdera son propriétaire. Cette blockchain n'est toutefois pas infallible puisque des vols de NFT ont déjà pu être constatés.

Au-delà de ces éléments techniques propres aux NFT et à la Blockchain, ces nouveaux objets du Web 3.0 soulèvent de véritables difficultés juridiques qui semblent être un frein à la reconnaissance légale des NFT.

¹¹⁵ *Idem*

¹¹⁶ *Idem*

¹¹⁷ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *op cit*

¹¹⁸ *Idem*

¹¹⁹ *Idem*

¹²⁰ A. LECOURT, Droit des sociétés et numérique – Numérique et constitution de la société, *Répertoire IP/IT et Communication*, Novembre 2020

¹²¹ Article L211-4 du Code monétaire et financier

§2 – L’absence de reconnaissance légale des NFT : conséquence des problèmes juridiques entourant la Blockchain

La principale difficulté juridique relative à la blockchain et qui impacte de fait les NFT puisqu’ils fonctionnent sur cette base de données, réside dans l’absence de valeur probatoire conférée par le législateur à cette dernière. Quelle va en effet être la valeur probatoire des données inscrites sur cette blockchain ? Plus encore qui sera considéré comme le véritable « *propriétaire* » du sous-jacent sur lequel porte un NFT en cas de litige : le détenteur du NFT ou celui qui aura un papier écrit attestant de sa propriété ?

18. L’absence de reconnaissance de la Blockchain comme mode de preuve. Il semble que la blockchain et plus précisément les informations stockées sur cette dernière puissent être admissibles en tant que preuve uniquement dans l’hypothèse où tous les modes de preuve seraient recevables¹²². Tous les modes de preuve sont admis notamment en matière commerciale, au sens de l’article L110-3 du Code de commerce qui dispose que « *A l’égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu’il n’en soit autrement disposé par la loi* »¹²³. De même en matière pénale, la preuve est libre, par conséquent « *il apparaît envisageable de considérer que la blockchain peut constituer un élément de preuve numérique de par son caractère infalsifiable, en offrant une date certaine, en évitant le recours au tiers de confiance* »¹²⁴.

A cet égard, le 28 juin 2018, le Tribunal de Hangzhou, en Chine, a admis que « *les données électroniques insérées dans une liste d’enregistrements blockchain peuvent tenir lieu de preuve dans un contentieux judiciaire* »¹²⁵. A l’étranger, la Blockchain commence donc à être reconnue comme un moyen de preuve admissible dans les contentieux. De plus, dans les domaines où la preuve est libre la blockchain, de par son caractère infalsifiable peut constituer une preuve certaine bien plus efficace que toutes les autres preuves.

En revanche, il y a des cas où il semble plus difficile d’admettre la blockchain comme un mode de preuve notamment dans les domaines où elle n’est pas libre à l’instar du droit commun de la preuve pour les contrats dont l’enjeu est supérieur à 1500 euros¹²⁶. Les modes

¹²² T. DOUVILLE, Blockchain et preuve, *Recueil Dalloz 2018*, p 2193

¹²³ Article L110-3 du Code de commerce

¹²⁴ M. QUEMENER, La preuve numérique dans un cadre pénal, Fascicule 20, *JurisClasseur Procédure pénale*, 25 avril 2022

¹²⁵ *Idem*

¹²⁶ Article 1359 du Code civil

de preuves admis sont énoncés aux articles 1363 à 1386-1 du Code civil. Les informations enregistrées sur la blockchain, s'illustre par une empreinte qui ne semble pas par exemple constituer un écrit¹²⁷ qui se définit comme « *une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support* »¹²⁸. Des empreintes ne peuvent correspondre à de tels critères. Si on s'intéresse à la possibilité pour ces empreintes de correspondre à une signature électronique ce n'est là encore pas possible puisqu'il n'y a pas de recours à un tiers de confiance¹²⁹. Il reste toutefois possible d'indiquer dans un contrat que les informations générées par la blockchain vaudront preuve puisque les conventions sur la preuve¹³⁰ sont admises en droit français, mais il s'agit-là simplement de présomption¹³¹. Les informations stockées sur la blockchain peuvent toujours constituer un commencement de preuve par écrit¹³².

Actuellement, la blockchain n'est donc pas considérée comme un mode de preuve au regard des articles 1363 à 1386-1 du Code civil. On observe ici une réticence du droit français à reconnaître un système complètement décentralisé, exempt de toute intervention d'un tiers, comme mode de preuve. Pourtant plusieurs amendements ont pu être déposés notamment au moment de l'adoption de la loi Pacte afin d'admettre la blockchain comme un mode de preuve¹³³.

Toutefois, l'un de ces amendements prévoyait que les informations générées sur la blockchain soient admises en tant que preuve dans les cas où tous les moyens sont admis, ce qui n'avait aucun apport pour le droit positif ; tandis que l'autre admettait comme présomption simple l'inscription de fichier numérique sur la blockchain¹³⁴. Une fois encore, on ne voit pas quel aurait été le réel apport de ce texte puisqu'il n'érigait pas la blockchain comme un réel mode de preuve admissible. Cette absence de légifération sur la blockchain en tant que moyen de preuve notamment dans les cas où la preuve n'est pas libre pose des difficultés relatives à la valeur probatoire du NFT.

¹²⁷ T. DOUVILLE, Blockchain et preuve, *op cit*

¹²⁸ Article 1365 du Code civil

¹²⁹ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *op cit*

¹³⁰ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *op cit*

¹³¹ Article 1356 du Code civil

¹³² C. ZERBIB et W. O'RORKE, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *Propriété industrielle* n°5, mai 2021, étude 11

¹³³ T. DOUVILLE, Blockchain et preuve, *op cit*

¹³⁴ *Idem*

19. Des difficultés de reconnaissance de la Blockchain en tant que preuve impactant la valeur probatoire des NFT. Du fait de son inscription en blockchain, les NFT pourraient être un « *potentiel instrument de preuve à la force probante sans équivalent* »¹³⁵, puisqu'ils bénéficient de tous les avantages qu'offrent cette technologie à savoir pouvoir retracer toutes les transactions, la sécurité, ou encore l'immutabilité, même si ces propos sont à modérés du point de vue de la sécurité puisqu'on l'a vu, des vols de NFT ont déjà été constatés.

Or, l'actuel problème en ce qui concerne les NFT est que la blockchain et plus précisément les fichiers et informations qui s'y trouvent n'étant pas reconnus par le système français comme des modes de preuve admissibles, les NFT n'ont actuellement aucune force probante, sauf à ce qu'une convention sur la preuve ait été conclue sur le NFT. La valeur probante des NFT rejoint alors celle de la blockchain¹³⁶. Ainsi, si deux personnes venaient à revendiquer la propriété sur un sous-jacent rattaché à un NFT, que l'un serait le détenteur du NFT indiquant que ce dernier confère un droit de propriété sur le sous-jacent, et l'autre aurait un acte authentique précisant qu'il est le propriétaire de ce sous-jacent, tout porte à croire que le détenteur d'un acte authentique serait le propriétaire privilégié. Par conséquent, l'absence de reconnaissance législative de la blockchain comme mode de preuve impacte actuellement la force probante des NFT.

A cet égard le Secrétaire d'Etat chargé du Numérique a indiqué le 10 décembre 2019 que « *Notre droit permettant d'appréhender de manière satisfaisante les questions probatoires soulevées par les chaînes de blocs, il ne nous paraît donc ni nécessaire, ni opportun de créer un cadre légal spécifique* »¹³⁷. Or, la blockchain ne répondant pas aux critères que doivent remplir les modes de preuve du droit commun, sauf à ce qu'une convention sur la preuve l'est prévu, ne peut être utilisée à l'occasion d'un contentieux judiciaire où l'enjeu serait supérieur à 1500 euros. Cela démontre que le droit de la preuve n'est pas adapté aujourd'hui à ces nouveaux objets juridiques que sont la blockchain et les NFT, nécessitant une intervention du législateur afin de donner toute l'efficacité à laquelle peuvent prétendre les NFT.

Si le destin juridique de la blockchain et celui des NFT semblent liés, il apparaît que ces derniers forment ce qu'on pourrait appeler un triptyque avec un autre objet du Web 3.0 : les smart contracts puisque « *Quel que soit le domaine dans lequel la technologie NFT est utilisée,*

¹³⁵ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *op cit*

¹³⁶ M. TORELLI et G. HAAS, Non Fungible Tokens (NFT) : un outil efficace de protection des marques, *Revue Lamy droit des affaires*, n°175, 1er novembre 2021

¹³⁷ Question n°22103 de Monsieur Daniel Fasquelle au Ministère du Numérique, <https://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-22103QE.htm>

il est nécessaire de définir les modalités de circulation des tokens. Pour ce faire, les smart contracts sont intégrés au sein des blockchains abritant les NFT. »¹³⁸

Section 2 – Les smart contracts au service des NFT

Si dans un premier temps il apparaît opportun de comprendre ce que sont les smart contracts et comment ils sont utilisés au service des NFT (§1), il sera nécessaire dans un second temps, de s’attacher à comprendre comment l’insécurité qui entoure leur qualification juridique et leur régime peut avoir un impact sur les relations contractuelles relatives aux NFT (§2).

§1 – La relation NFT et smart contracts au sein de la Blockchain

20. Un triptyque technologique. NFT, blockchain et smart contracts semblent former un triptyque au centre duquel se trouve la blockchain, dispositif commun aux NFT et aux smart contracts. Toutefois il convient de se demander quelle est l’utilité de ces smart contracts pour les NFT, plus encore comment fonctionnent ces smart contracts et quels sont leurs caractéristiques.

21. Les smart contracts au sein de la blockchain. Tout comme les NFT, les smart contracts fonctionnent sur la Blockchain. Ces derniers sont issus d’une doctrine libérale dite la loi du code ou « *code is law* »¹³⁹. Cela suppose de s’interroger sur leur rôle au sein de dispositif d’enregistrement électronique partagé.

De manière simplifiée, la doctrine définit le smart contract dans sa dimension technique comme « *un programme composé d’algorithmes reposant sur le principe « If ..., Then ... »*¹⁴⁰. Ces smart contracts s’inscrivent dans un mouvement d’automation¹⁴¹. En pratique, le smart contract vérifie si toutes les conditions nécessaires pour arriver au résultat sont réunies, le cas échéant il s’exécute afin d’obtenir ledit résultat souhaité. N’importe quel événement peut être prévu par le smart contract et ce dernier peut être associé à tout type de contrat tel qu’un prêt, un contrat d’assurance, un contrat de location,¹⁴² un testament.

¹³⁸ M-P. L’HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *op cit*

¹³⁹ D. LEGEAIS, Blockchain, Fascicule 2160, *JurisClasseur Sociétés Traité*, 1^{er} janvier 2020

¹⁴⁰ A. LECOURT, Droit des sociétés et numérique – Numérique et constitution de la société, *Répertoire IP/IT et Communication*, Novembre 2020

¹⁴¹ D. LEGEAIS, Blockchain, Fascicule 2160, *op cit*

¹⁴² *Idem*

Cette utilisation de ces smart contracts sur la blockchain interroge sur le point de savoir dans quelles mesures ces derniers vont être mis en œuvre au bénéfice des NFT.

22. L'utilisation des smart contracts par les NFT. Le smart contract peut avoir un rôle essentiel pour le NFT. Il apparaît opportun de s'intéresser à la manière dont les smart contracts vont être utilisés à l'égard des NFT tant d'un point de vue technique que juridique.

Les smart contracts permettent notamment de définir à l'avance les modalités de circulation du NFT¹⁴³. Ainsi, le smart contract détermine les conditions de transactions à l'instar du prix, potentiellement les conditions de transfert du NFT d'un portefeuille à un autre, un éventuel droit de suite pour le créateur dudit NFT¹⁴⁴. Le smart contract peut également contenir toutes les informations qui concernent le NFT telles que le « *nom du créateur, date de création, URL où se trouve stockée une œuvre numérique, droits octroyés à l'acquéreur* »¹⁴⁵. Le smart contract donne ainsi la possibilité de stocker toutes les informations nécessaires à décrire un NFT et contribue alors à sa non-fongibilité, par l'inscription de toutes les données uniques caractérisant ce dernier.

Le principal atout du smart contract est sa fonction auto-exécutant¹⁴⁶ permettant notamment le versement d'une somme d'argent au créateur du NFT dès lors que la condition de revente est remplie.

Toutefois, le smart contract soulève des interrogations notamment quant au fait de savoir s'il ne s'agit que d'un simple programme exécutant ou s'il s'agit d'un réel contrat au sens de l'article 1101 du Code civil qui dispose que « *le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »¹⁴⁷. Si on considère que le smart contract est un véritable contrat, alors ce dernier suffirait à transférer la propriété d'un NFT d'un patrimoine à un autre, dans le cas contraire il faudrait un contrat de « *vente* » en plus du smart contract.

¹⁴³ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *op cit*

¹⁴⁴ *Idem*

¹⁴⁵ N. ENSER, Sacem : cap sur les NFT, Dalloz actualité, 13 décembre 2022

¹⁴⁶ *Idem*

¹⁴⁷ Article 1101 du Code civil

§2 – Une qualification juridique incertaine du smart contract impactant la vie contractuelle du NFT

Le smart contract signifie en français « contrat intelligent », est-ce à dire que le smart contract pourrait-être considéré comme un véritable contrat au sens de l'article 1101 du Code civil ?

23. Le smart contract est-il un véritable contrat ? La majorité de la doctrine affirme que le smart contract n'est pas un véritable contrat¹⁴⁸. Ces derniers seraient limités à une fonction de programme informatique qui s'exécute sur la blockchain. Ces auteurs avancent que ces programmes sont dits intelligents car « *lorsque les conditions d'exécution sont réunies ils s'exécutent automatiquement sur la blockchain en prenant en compte l'ensemble des conditions et des limitations qui avaient été programmées dans le contrat à l'origine* »¹⁴⁹ et non car il s'agirait de véritables contrats.

Selon qu'on considère que le smart contract est un contrat ou non la conséquence en matière de NFT ne sera pas la même. Dans un cas la simple réalisation de la condition « *d'achat* » du NFT par le versement d'une somme d'argent ayant cours légal ou bien de cryptomonnaie dans le portefeuille du « *propriétaire* » du NFT engendrerait la formation du contrat de « *vente* » et donc le smart contract constituerait lui-même le « *contrat de vente* » permettant le transfert de « *propriété* ». Dans l'hypothèse où le smart contract n'est pas un véritable contrat, il y aurait alors un contrat de « *vente* » et le smart contract viendrait simplement transférer le NFT d'un portefeuille à un autre assurant simplement sa fonction de programme informatique.

24. Les obstacles à la qualification de contrat du smart contract. Pour les auteurs, le smart contract ne peut être un contrat en ce que ce dernier ne répond pas aux principes inhérents au droit des contrats et principalement en ce qui concerne la formation des contrats. L'abus, la proportion, le consentement des parties, la bonne foi¹⁵⁰ ne peuvent être appréciés selon ces auteurs. Le principal obstacle à la qualification de contrat du smart contract est qu'il ne formalise pas un accord de volontés¹⁵¹. Ainsi les smart contrats, « *ne feraient qu'exécuter une ou plusieurs obligations résultant d'une relation contractuelle préexistante* »¹⁵² adossés aux

¹⁴⁸ D. LEGEAIS, Blockchain, Fascicule 2160, *JurisClasseur Sociétés Traité, op cit*

¹⁴⁹ *Idem*

¹⁵⁰ *Idem*

¹⁵¹ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *op cit*

¹⁵² *Idem*

contrats de « *vente* » des NFT sous forme de conditions générales. Le smart contract organise notamment le transfert ou encore la rémunération de l'émetteur¹⁵³ du NFT mais il ne constitue pas le contrat de « *vente* » lui-même. Toutefois, les smart contracts fonctionnent par des « Si...alors... », ne s'agirait-il pas simplement là d'un contrat avec une condition suspensive ? Le smart contract pourrait être une sorte de contrat d'adhésion que l'émetteur programme auquel « l'acheteur » consent en achetant le NFT.

On ne peut exclure catégoriquement une possible qualification du smart contract comme un contrat tant que le législateur n'est pas intervenu mais il semble tout de même difficile d'admettre que le smart contract puisse être considéré comme un contrat notamment car il n'y a pas réellement de rencontres de volontés entre les parties. A cet égard, le législateur n'a toujours pas pris position ; il en est de même de la jurisprudence. Si la jurisprudence ou le législateur qualifiait le smart contract de contrat cela pourrait avoir des conséquences à l'égard des relations contractuelles en matière de NFT. On pourrait ainsi envisager que le smart contract constitue l'acte de vente des jetons non-fongibles.

Ainsi, si certaines limites juridiques à l'utilisation des NFT se déduisent de l'univers dans lequel ils évoluent, certaines s'induisent de la nature même de cet objet juridique non identifié tant au moment de la création de ce dernier qu'en ce qui concerne sa « *propriété* ».

¹⁵³ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *op cit*

TITRE II - DE LA CREATION A LA PROPRIETE DU NFT :

LES LIMITES DE LA TECHNOLOGIE FACE AU DROIT

Les NFT évoluent dans un univers qui se veut être décentralisé, ne faisant pas appel à des tiers de confiance et qui tente d'échapper au système légal. Toutefois le droit existe et le droit s'impose aux NFT et à la blockchain. S'il peut paraître parfois inadapté à ces nouveaux objets juridiques, les règles existantes doivent être respectées par les nouveaux acteurs de ce Web3. Ce respect des règles juridiques en vigueur va se constater tant au moment de la création des NFT (Chapitre 1) qu'au moment du « *transfert de propriété* » de ce dernier. A cet égard cette « *propriété* » du NFT questionne aussi bien au regard de la notion même de propriété que des droits qui peuvent être accordés à ce « *propriétaire* » (Chapitre 2).

CHAPITRE I - LA CREATION DU NFT

Le phénomène de commercialisation des NFT suppose de s'interroger sur la création de ces jetons. Il apparaît en effet opportun de se questionner sur les limites juridiques existantes faisant obstacles à la création de ces derniers (Section 1). Le créateur ou l'auteur de ce NFT, une fois ce dernier créé dans le respect des règles juridiques du droit en vigueur, a-t-il encore des droits sur ce dernier ? Il s'agira de répondre à cette problématique en abordant les différents droits dont dispose le créateur d'un NFT, une fois ce dernier « *vendu* » (Section 2).

Section 1 – Les limites à la création du NFT

En la matière, les limites à la création de NFT peuvent être multiples. Ces limites sont liées plus encore au sous-jacent auquel est associé le NFT, qu'au jeton lui-même qui reste une ligne de code inscrite sur la blockchain. Le sous-jacent peut en effet susciter plus de controverses et il est important de veiller aux règles de droit applicables avant de créer un NFT. On pense ici aux règles de droit de la propriété intellectuelle (§1) mais il existe d'autres limites juridiques à la création des NFT (§2) résidant dans le droit pénal de même que le droit public en ce qui concerne les œuvres du domaine public. Ainsi, un chirurgien a tenté de vendre une radiographie d'une des victimes du Bataclan¹⁵⁴. Or, si les NFT font partis d'un empire décentralisé où les acteurs tentent de transgresser le système légal, tout n'est pas permis et le droit pourrait rattraper des créateurs de NFT qui se soustraient aux dispositions en vigueur.

¹⁵⁴ D. LEGEAIS, La folie NFT, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°2, Mars 2022, repère 2

§1 – Des limites tenant au droit de la propriété intellectuelle

25. Le respect des droits de propriété intellectuelle. Une des limites principales dans la création de NFT réside dans les droits de propriété intellectuelle. Cette limite prend tout son sens notamment avec « *l'essor des NFT artistiques* »¹⁵⁵ désignant « *des NFT renvoyant vers un fichier sous-jacent abritant la reproduction d'une œuvre de l'esprit* »¹⁵⁶. Ainsi, dans le cas où le fichier sous-jacent serait protégé par un droit d'auteur dont la durée de protection n'a pas expiré, le créateur du NFT doit nécessairement demander l'autorisation au propriétaire de ce droit avant de pouvoir créer ce NFT associé à ce fichier conformément à l'article L113-4 du Code de propriété intellectuelle. Par conséquent, en présence de fichier sous-jacent protégé par un droit d'auteur, le créateur du NFT doit veiller au respect tant des droits patrimoniaux que moraux d'auteur¹⁵⁷.

La SACEM a notamment conclu un accord avec la société Pianity afin de commercialiser des œuvres musicales sous forme de NFT, est-ce à dire que la société Pianity n'aura pas besoin de l'accord des artistes afin de tokeniser leurs œuvres ? S'il apparaît que « *les membres de la Sacem ont fait apport à celle-ci de leurs droits de représentation publique et de reproduction mécanique* »¹⁵⁸, il n'est pas à exclure que ces derniers pourraient objecter à la société leur droit moral¹⁵⁹. La création de NFT suscite donc des questions juridiques complexes où les droits de chacun sont à concilier.

26. NFT et contrefaçon. Un des exemples les plus pertinents de violation d'un droit de propriété intellectuelle en matière de NFT s'illustre dans le droit des marques et notamment dans l'action en contrefaçon. Il pourrait en effet arriver « *qu'une marque soit reproduite sur un NFT* » et ce sans l'autorisation de son titulaire¹⁶⁰. Dans un tel cas l'acte de contrefaçon peut être constitué au sens de l'article L713-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Une affaire d'actualité démontre l'importance de faire preuve de prudence en matière de création de NFT, il s'agit de l'affaire MetaBirkin. En l'espèce, cent NFT avaient été créés sous la forme de MetaBirkin par Mason Rotschild reprenant le modèle du sac Birkin de la

¹⁵⁵ J. LAPOUSTERLE, Les NFT artistiques à l'épreuve des droits d'auteur, *Dalloz IP/IT* 2023, p 84

¹⁵⁶ *Idem*

¹⁵⁷ *Idem*

¹⁵⁸ N. ENSER, Sacem : cap sur les NFT, *Dalloz actualité*, 13 décembre 2022

¹⁵⁹ *Idem*

¹⁶⁰ J. ELKAIM, C. SAND et S. SAHAND, Métavers : réflexions prospectives – propriété intellectuelle, fiscal et pénal, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°11, 17 mars 2022, 1105

marque Hermès¹⁶¹, laquelle avait intenté une action en contrefaçon contre ce dernier. La Cour de district Sud de l'Etat de New York a fait droit à la demande de la société Hermès le 8 février 2023, condamnant Mason Rotschild au paiement de 110 000 dollars au titre du préjudice de contrefaçon¹⁶². Cette affaire témoigne d'une « atteinte à la nature des produits commercialisés par la maison Hermès dans le monde réel »¹⁶³ que peut constituer une commercialisation de NFT violant des droits de propriété intellectuelle. Certes cette décision n'a pas été rendue dans le cadre du système français mais un tel contentieux pourrait très bien être transposé en droit français puisque ce dernier réprime les actes de contrefaçon au titre de l'article L713-1 du Code de la propriété intellectuelle.

La société Nike a également porter plainte contre la société StockX qui avait lancé une série de « *Vault NFT* » représentant des modèles Nike, le nom et l'image de ces modèles Nike étant associés aux différents NFT et ce, sans l'autorisation de la marque¹⁶⁴. Ce « *Vault NFT* » permettait notamment d'acheter ce titre puis de le revendre, le conserver ou même l'échanger contre la représentation physique du modèle virtuel¹⁶⁵.

27. Des difficultés tenant à la blockchain en présence d'actes de contrefaçon caractérisés. Il apparait opportun de souligner que les affaires de contrefaçon pourraient susciter des complications de par la nature même des NFT inscrits sur la blockchain. La blockchain induit en effet, qu'on ne puisse pas détruire ce qui est inscrit dessus, ce qui est le cas des NFT. En cas de contrefaçon, si le juge venait à prononcer la destruction des NFT la nature de la blockchain empêcherait cette destruction ce qui causerait un préjudice au titulaire de la marque contrefaite¹⁶⁶.

Par conséquent, les NFT peuvent soulever des problématiques tant par les droits qui pourraient protéger les sous-jacents auxquels ils renvoient en constituant des actes de contrefaçon en cas de violation de ces derniers, ainsi que des difficultés en matière de sanctions puisque la destruction de NFT illicites ne semble pas envisageable pour l'instant. Il sera alors nécessaire pour le juge comme pour le législateur de trouver des solutions adéquates pour satisfaire les

¹⁶¹ J. GROFFE-CHARRIER, NFT et contrefaçon : l'affaire Metabirkin, Dalloz actualité, 9 mars 2023

¹⁶² *Idem*

¹⁶³ C. MONNET, E. PATOCKI-TOMAS et G.LAMRANI, Dépôts de marque visant les métavers et NFT, *Revue Lamy droit des affaires*, n°185, 1er octobre 2022

¹⁶⁴ F. CODEVELLE et C. CHIRCOP, Nike vs StockX ou l'utilisation des marques d'autrui pour la promotion de NFT : une pratique condamnable ?, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°193, 1^{er} juin 2022

¹⁶⁵ *Idem*

¹⁶⁶ J. ELKAIM, C. SAND et S. SAHAND, Métavers : réflexions prospectives – propriété intellectuelle, fiscal et pénal, *op cit*

propriétaires de droit de propriété intellectuelle lésés par des créations de NFT en violation de leurs droits. Face à cela soit le droit devra s'adapter et trouver d'autres solutions que la destruction de NFT pour satisfaire le demandeur comme l'interdiction d'exploitation de ce dernier, le problème étant que le NFT existera toujours ; soit il faudra envisager de modifier la technologie blockchain afin de permettre la destruction de NFT mais dans ce dernier cas cette dernière pourrait perdre de son intérêt. Un équilibre est donc à trouver en la matière.

Ces affaires de contrefaçon se multiplieront sans doute dans les années à venir en ce que certaines plateformes de vente de NFT ne vérifient pas si les créateurs de NFT disposent des autorisations nécessaires pour reproduire des fichiers numériques sur lesquels il existe des droits de propriété intellectuelle. Tel est le cas notamment de la plateforme OpenSea qui ne « *vérifient pas la paternité des œuvres « tokenisées »* »¹⁶⁷.

Les droits de propriétés intellectuelles sont une des limites à la création de NFT mais ce n'est pas la seule puisque le domaine public pourrait également être un obstacle à la création de ces jetons. L'indisponibilité du corps est également une limite à la création des NFT qui est à prendre en considération.

§2 – Le création du NFT confrontée au droit

28. Domaine public et NFT. En ce qui concerne le domaine public, la ville de Cannes a notamment mis en vente aux enchères publiques des NFT représentant des édifices de la ville, interrogeant sur la possibilité pour l'Etat d'exercer son droit de préemption¹⁶⁸ puisque certains de ces édifices « *figurent à l'inventaire générale du patrimoine culturel et sont inscrits sur la base Mérimée du ministère de la culture* »¹⁶⁹. Il est à noter que ces derniers ne sont pas des monuments historiques et un NFT et plus précisément le fichier numérique auquel il est associé n'est que la représentation numérique de ces édifices, il apparaît alors difficile que ces derniers constituent « *un bien présentant un intérêt majeur pour le patrimoine national tel que défini dans le Code du patrimoine, ni un bien culturel au sens de ce Code* »¹⁷⁰. Or, aucune jurisprudence n'a été rendue sur le point de savoir si des NFT pouvaient être considérés comme

¹⁶⁷ M-P L'HOPITALIER et G. NADJOMBE. G, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1er juillet 2022

¹⁶⁸ S. NAUMANN, Biens immobiliers, patrimoine historique et culturel de la France, NFTs et vente aux enchères : modeste tour d'horizon, *Revue Lamy droit des affaires*, n°185, 1er octobre 2022

¹⁶⁹ *Idem*

¹⁷⁰ *Idem*

ayant un intérêt majeur pour le patrimoine national. Mais la prudence est de mise en ce que même les collectivités en tant que créateur de NFT, doivent veiller à ce que la création de NFT représentant des biens du domaine public n'entre pas en contradiction avec d'autres droits, tel qu'un possible droit de préemption de l'Etat qui prévaudrait dans un tel cas.

En matière de domaine public, certains musées se lancent également dans la commercialisation de NFT avec l'objectif de financer certaines restaurations à l'instar de la galerie des Offices à Florence, le musée de l'Ermitage à Saint-Pétersbourg ou encore le British Museum¹⁷¹. Ces musées ont associé des NFT à des répliques d'œuvres d'art afin de créer une source de financement. A cet égard, on pourrait se demander si certains éléments du droit du domaine public ne pourraient pas faire obstacle à la tokenisation des œuvres d'art faisant partie dudit domaine public culturel.

Selon la doctrine l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public ne font pas obstacles à la représentation numérique des œuvres associée à des NFT¹⁷² puisqu'il s'agit simplement d'un lien qui renvoie vers leur reproduction et qu'il ne s'agit pas à proprement parler de collection de musées au sens de l'article 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Il ne serait pas nécessaire de demander une autorisation alors pour créer des NFT sur les collections de musées, et le principe de spécialité des établissements publics ne semblent pas non plus faire obstacle à cette diversification d'activité par les musées¹⁷³. Ainsi, rien ne s'oppose a priori, à ce que les musées créent des collections de NFT associés à des représentations numériques d'œuvres d'art.

Toutefois, cela semble permis car ce sont les musées qui sont en charge de l'entretien des œuvres en question et que la commercialisation de ces collections de NFT favorise leur restauration. En serait-il de même si une personne physique ou une entreprise souhaite créer un NFT associé à une représentation numérique de la Joconde par exemple ?

On pourrait ici avancer le même argument que pour les musées en ce que l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public ne peuvent faire obstacle à une reproduction numérique d'œuvres d'art, a fortiori car l'image des biens du domaine public n'appartiennent pas aux personnes publiques¹⁷⁴. Ce principe de l'absence de propriété de l'image des biens du domaine public pourrait également être argué dans l'hypothèse des NFT commercialisés par la

¹⁷¹ P. HOT, Qui peut « tokeniser » La Joconde, *AJDA* 2022, p1663

¹⁷² *Idem*

¹⁷³ *Idem*

¹⁷⁴ Conseil d'Etat, Assemblée, 13 avr. 2018, n° 397047, Etablissement public du domaine national de Chambord contre Société Les Brasseries Kronenbourg

ville de Cannes représentant des édifices de la ville. Or il faut tempérer cet argument en ce que l'image des immeubles des domaines nationaux doit être protégée en vertu de l'article L621-42 du Code du patrimoine¹⁷⁵.

L'absence d'autorisation afin de reproduire des œuvres ou des bâtiments appartenant au domaine public est à nuancer en ce qui concerne les œuvres qui ne sont pas tombées dans le domaine public, qui nécessiteront quant à elle une autorisation du titulaire des droits patrimoniaux¹⁷⁶.

Par conséquent, pour les œuvres qui ne sont pas tombées dans le domaine public et pour les immeubles des domaines nationaux, les créateurs de NFT devront veiller à obtenir les autorisations nécessaires à leur création afin d'éviter d'éventuelles poursuites des titulaires des droits. Le domaine public n'est pas la seule limite à la création de NFT, le corps humain et notamment les droits constitutionnels qui y sont rattachés peuvent être un obstacle.

29. Indisponibilité du corps et NFT. Récemment, Oleksandra Oliynykova, une joueuse de tennis, a mis en vente un NFT octroyant un « droit à vie » sur son bras, plus précisément sur une surface de 15 centimètres de long et 8 centimètres de large, afin de faire tatouer un message sur ladite surface. Le détenteur du NFT pouvant soit le revendre, soit décider d'exercer « *son droit* » sur le bras de la joueuse en y faisant tatouer une inscription¹⁷⁷. En l'espèce le NFT octroie donc un droit sur une partie du corps d'une personne physique. Sur ce point, on peut s'interroger sur le fait de savoir si un tel jeton ne serait pas contraire au principe de l'indisponibilité du corps.

Ce principe d'indisponibilité du corps se déduit de l'article 16-1 du Code civil, lequel dispose que « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* »¹⁷⁸. Cet article pose un droit au respect du corps et de la personne, lequel « *devrait conduire à l'impossibilité de tout acte de disposition portant sur ce droit. Que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux, ce droit ne devrait pas pouvoir être cédé, saisi, loué, ou faire l'objet d'une*

¹⁷⁵ P. HOT, Qui peut « tokeniser » La Joconde, *op cit*

¹⁷⁶ *Idem*

¹⁷⁷ T. GIRARD-GAYMARD et C. DUBUCQ, Regard juridique sur les NFT, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°188, 1er janvier 2022

¹⁷⁸ Article 16-1 du Code civil

renonciation »¹⁷⁹. Ainsi octroyer un droit sur une partie d'un bras, ne revient-il pas à conclure un acte de disposition sur son corps à titre onéreux et donc à être contraire au principe d'indisponibilité du corps humain ?

Pour certains auteurs le NFT qui octroie un droit de faire tatouer un message sur le bras de la joueuse de tennis à son titulaire, s'apparente à un droit de créance et ne consiste pas en une transaction portant sur une partie du corps de la joueuse¹⁸⁰. Il nous semble que ce propos est à nuancer et qu'il ne faut pas catégoriquement exclure l'atteinte à l'indisponibilité du corps. Vendre un droit de faire tatouer un message sur une partie de son corps nous semble tout de même toucher au respect du corps humain, puisqu'il s'agit d'un droit que l'on octroie sur une partie du corps. Or, en vertu de l'article 16-1 du Code civil le corps ne peut faire l'objet d'un droit patrimonial. Commercialiser un droit à disposer d'une certaine manière d'une partie du corps nous semble contraire à ce droit. Les juges n'ont pas été saisis quant à la validité d'un tel NFT. Sans doute la jurisprudence nous éclairera sur ce point dans les années à venir.

Il est clair en revanche, que le principe de l'indisponibilité du corps est un principe qui doit être respecté. On ne peut pas, par exemple vendre un droit à une gestation pour autrui, qui est interdite en France, sous forme de NFT.

Outre ces limites à la création des NFT, les éventuels auteurs de NFT devront respecter toutes les règles d'ordre public ainsi que les règles impératives du droit français.

Une fois le NFT créé, il est nécessaire de s'interroger sur les droits de son créateur et plus précisément sur le point de savoir si ce dernier conserve des droits sur le jeton une fois qu'il aura fait l'objet d'une première vente.

Section 2 – Les droits du créateur du NFT

A priori, il apparaîtrait étrange qu'une fois cédé, le créateur du NFT continue d'être titulaire de droits sur ce jeton. Certes, il en est l'auteur, toutefois sur quel fondement pourrait-il conserver des droits sur ce dernier alors qu'il n'en est plus le « *propriétaire* » ? Il apparaît pourtant que dans certains cas l'auteur du NFT puisse avoir un certain droit celui d'une rémunération, a

¹⁷⁹ J-R. BINET, Protection de la personne – Le corps humain – Article 16 à 16-14, Fascicule 12, *JurisClasseur Civil Code*, 11 décembre 2015 mis à jour le 4 août 2021

¹⁸⁰ T. GIRARD-GAYMARD et C. DUBUCQ, Regard juridique sur les NFT, *op cit*

fortiori quand le NFT serait un NFT artistique. Il s'agit alors de déterminer si ce droit pourrait être considéré comme un droit de suite légal (§1), ou s'il apparait plus opportun de parler d'un droit de suite contractuel (§2).

§1 – Un droit de suite légal au bénéfice du créateur du NFT ?

30. Champ d'application du droit de suite légal. Lorsque le créateur du NFT cède ce dernier, on peut se questionner sur le point de savoir si ce dernier aurait droit à un éventuel droit de suite prévu par l'article L122-8 du Code de la propriété intellectuelle.

Ce texte ne s'applique qu'en présence d'œuvres originales 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* »¹⁸¹. Ainsi pour qu'il y ait un droit de suite il faut que l'œuvre soit celle créée par la main de l'artiste ou alors qu'elle soit une des copies de cette dernière, sous réserve qu'il s'agisse d'une petite quantité d'exemplaires. Afin d'admettre un droit de suite pour le créateur d'un NFT il faudrait alors qualifier ce dernier d'œuvre originale ou bien qu'il s'agisse d'un exemplaire de ladite œuvre.

31. Les difficultés à la reconnaissance d'un droit de suite légal au bénéfice du créateur d'un NFT. La doctrine semble peu encline à considérer qu'il pourrait y avoir un droit de suite sur un NFT en raison notamment de l'absence de matérialité propre à la notion d'œuvre originale du droit européen¹⁸². Toutefois ne pourrait-on pas considérer le NFT, ou plutôt le sous-jacent vers lequel il renvoie comme un exemplaire de l'artiste ?

Cela pourrait être argué en présence de NFT artistiques. Le problème ici étant que même si le sous-jacent peut être considéré comme une copie agréée il ne pourra être assimilé à un exemplaire créé par la main de l'artiste¹⁸³ et donc n'entrera pas dans le champ d'application de l'article L122-8 du Code de la propriété intellectuelle. Le créateur du NFT a-t-il alors droit à une rémunération perçue à chaque vente du jeton qu'il a créé ? Le cas échéant quelle est la source de ce droit à une rémunération ?

Un exemple récent du « *droit de suite* » qui peut être accordé en cas de vente de NFT concerne l'accord passé entre la SACEM et la société Pianity prévoyant qu'à chaque vente de

¹⁸¹ Article L122-8 du Code de la propriété intellectuelle

¹⁸² J. LAPOUSTERLE, Les NFT artistiques à l'épreuve des droits d'auteur, *op cit*

¹⁸³ *Idem*

NFT, le créateur de l'œuvre touchera une rémunération¹⁸⁴. Il s'agit alors de se questionner sur la nature de cette rémunération si cette dernière ne peut être assimilée à un droit de suite légal.

§2 – Un « droit de suite » contractuel au bénéfice du créateur du NFT

32. Un « droit de suite » contractuel du créateur de NFT. Il semble que le créateur du NFT peut toucher en effet une certaine somme à chaque vente de ce dernier. Certains auteurs parlent alors d'une « *rente numérique* »¹⁸⁵ plutôt qu'un droit de suite.

La principale différence entre la rente numérique accordée au créateur du NFT et le droit de suite réside dans leur source. La première est de nature contractuelle, tandis que le second puise son origine dans la loi et est un droit légal de l'auteur d'une œuvre originale¹⁸⁶. Ainsi, si la pratique en matière de NFT est d'accorder une rente au créateur de ce dernier à chaque vente cela n'est pas un droit absolu de ce dernier. Il pourrait être envisagé que ce dernier ne touche aucune rente pour la vente du NFT qu'il a créé si cela n'était pas précisé dans le contrat de vente entre les différents revendeurs sauf à ce que le NFT soit qualifié d'œuvre originale par le législateur, le cas échéant ce dernier pourrait bénéficier du droit de suite légal prévu par l'article L122-8 du Code de la propriété intellectuelle.

33. Rente numérique et prohibition des engagements perpétuels. Toutefois dans le cas où une telle rente serait attribuée à l'auteur du NFT on peut se demander si celle-ci ne pourrait pas être contraire à l'interdiction des engagements perpétuels prévue à l'article 1210 du Code civil.

Ce dernier dispose en effet que « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* »¹⁸⁷. La rente numérique étant de nature contractuelle cette dernière peut être attribuée au bénéfice du créateur du NFT et ses ayants droits de manière perpétuelle contrairement au droit de suite qui est limité dans le temps.

Apprécier le caractère perpétuel d'une telle rente suppose de s'interroger sur la notion de perpétuité. La perpétuité va être le « *caractère de ce qui est perpétuel, sans interruption, de*

¹⁸⁴ N. ENSER, Sacem : cap sur les NFT, *Dalloz actualité*, 13 décembre 2022

¹⁸⁵ T. GIRARD-GAYMAR et D. YBERT DE FONTENELLE, Droit de suite et Non Fungible Tokens : comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'auteur, *Recueil Dalloz 2022*, p 669

¹⁸⁶ *Idem*

¹⁸⁷ Article 1210 du Code civil

ce qui durera toujours, pour une durée indéfinie »¹⁸⁸. A cet égard, une rente qui ne serait pas limitée dans le temps pourrait être considérée comme perpétuelle. Toutefois, la doctrine semble plutôt dire que la rente numérique accordée au créateur du NFT ne serait pas contraire à l'interdiction des engagements perpétuels puisque « *les ventes successives d'un NFT ne se sont pas assimilables à un contrat perpétuel* »¹⁸⁹. Dans le cas de ventes successives il y en a en effet plusieurs contrats et la prohibition des engagements perpétuels ne s'applique que dans le cas où il y aurait un seul contrat. Par conséquent rien ne semble s'opposer à ce qu'une telle rente soit stipulée dans les contrats de vente de NFT du point de vue du principe de la prohibition des engagements perpétuels.

Ainsi, la rémunération accordée aux auteurs des œuvres musicales dans le cadre de l'accord entre la SACEM et Pianity, perçue à chaque revente de NFT semble bien être assimilable à cette « rente » et serait donc de nature contractuelle¹⁹⁰ plus que s'apparentant à un droit de suite légal. Le versement de cette rémunération est alors prévu par le smart contract, dès lors que la vente d'un NFT est réalisée.

En dehors de ce droit de suite contractuel il semble que le créateur de NFT ne garde aucun droit sur son œuvre, sauf à supposer que ce dernier soit le titulaire des droits de propriété intellectuelle portant sur le fichier numérique qui a été transformé en NFT¹⁹¹.

La création du NFT n'échappe pas au respect des règles de droit français contrairement à ce que certains acteurs de la blockchain souhaiteraient. La propriété de ces jetons quant à elle, interroge notamment sur le point de savoir si elle correspond à la notion classique de propriété au sens de l'article 544 du Code civil.

¹⁸⁸ G. CHANTEPIE, Contrats : effets – Durée du contrat, Répertoire de droit civil, Janvier 2018 actualisé en Avril 2023

¹⁸⁹ T. GIRARD-GAYMAR et D. YBERT DE FONTENELLE, Droit de suite et Non Fungible Tokens : comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'auteur, *op cit*

¹⁹⁰ N. ENSER, Sacem : cap sur les NFT, *op cit*

¹⁹¹ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1er juillet 2022

CHAPITRE II – LA « PROPRIÉTÉ » DU NFT

Les NFT soulèvent des interrogations liées au droit des biens et puisque ces derniers entretiennent « *des liens étroits avec les propriétés* »¹⁹² telle qu'elle est définie à l'article 544 du Code civil. S'il est nécessaire de s'intéresser au point de savoir si la propriété du NFT répond au triptyque classique à savoir *abusus, fructus, usus* (Section 1) ; il apparaît opportun d'analyser les droits que va pouvoir conférer ce NFT à son propriétaire et la palette de droits qui vont pouvoir être conférés à leur détenteur grâce à ce nouvel objet juridique (Section 2).

Section 1 - L'impossible reconnaissance de la propriété classique pour les NFT ?

La propriété au sens classique, c'est-à-dire selon l'article 544 du Code civil induit l'existence d'un triptyque bien connu à savoir *l'abusus, le fructus et l'usus*. Si dans un premier il conviendra d'analyser si la propriété du NFT correspond à cette propriété encadrée par le droit des biens dans le système français (§1) ; il sera opportun dans un second temps, de s'intéresser à l'enchevêtrement de propriétés que créent les NFT (§2).

§1 – La propriété classique à l'épreuve des NFT

34. La contestée propriété classique du NFT. L'article 544 du Code civil dispose que « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »¹⁹³. De cet article se déduit un triptyque bien connu composé de *l'abusus, du fructus et l'usus*¹⁹⁴ qui sont les trois caractéristiques de la pleine propriété. La « *propriété* » du NFT remplit-elle les éléments de cette propriété classique ?

Certains auteurs semblent affirmer que la propriété du NFT est une « *propriété qui n'est pas une propriété* »¹⁹⁵, c'est-à-dire une propriété qui ne remplirait pas tous les éléments qui caractérisent notre propriété classique au sens de l'article 544 du Code civil. Il est vrai que la propriété classique définie par l'article 544 du Code civil est associée à la corporalité des biens, raison pour laquelle il existe un droit de propriété intellectuelle puisque les droits de propriété

¹⁹² J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1^{er} juillet 2021

¹⁹³ Article 544 du Code civil

¹⁹⁴ B. CASSAR, Données – Gouvernance des données, mars 2022

¹⁹⁵ M. VIVANT, NFT : le renouvellement du marché de l'art par la finance ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 39

intellectuelle ne sont pas adaptés à cette propriété¹⁹⁶. Pour autant, est-ce à dire que la propriété classique et plus précisément le triptyque qui compose cette dernière n'est pas adapté aux NFT et à son incorporelité ? Le droit français connaît des biens incorporels même si certains articles ne mentionnent pas expressément ces derniers en raison de leur obsolescence. Ainsi, rien en principe ne semble s'opposer à la reconnaissance d'une véritable propriété des NFT, pourvu que ledit propriétaire puisse en jouir et en disposer de la manière la plus absolue¹⁹⁷.

35. Le triptyque de la propriété au regard des NFT. Il s'agit alors de s'intéresser au point de savoir s'il est possible de disposer du NFT de la manière la plus absolue, tel que cela est possible avec tout type de bien.

Le *fructus* de la propriété classique suppose de pouvoir jouir des fruits de son bien. Cela induit louer le bien dont on est propriétaire. A cet égard, on constate qu'il est possible de louer un NFT sur la blockchain Ethereum. Ainsi, « *Suivant ce protocole, les propriétaires de NFT accorderaient aux utilisateurs (locataires) le droit d'afficher le NFT loué en tant que leur avatar sur Twitter, Discord ou d'autres places de marché NFT durant une période limitée* »¹⁹⁸. La location des NFT est donc une opération qui commence à se répandre. On peut ainsi imaginer qu'une personne va louer un NFT pour un temps déterminé afin de jouir pendant cette période des droits que ce dernier octroie sur un sous-jacent par exemple. Cette location de NFT pourrait avoir moins d'intérêt en présence du NFT qui octroie un droit sur le bras de la joueuse de tennis. Ce dernier donne un droit à faire tatouer un message sur le bras de cette dernière. A cet égard, on n'imagine mal l'intérêt du propriétaire du NFT de louer ce dernier, et l'intérêt du locataire à louer ce dernier. Cette location de NFT a toutefois un certain intérêt en matière de jeux vidéo ou encore pour louer un local ou un terrain dans le métavers.

La pleine propriété suppose également au sens de l'article 544 du Code civil de pouvoir disposer de son bien¹⁹⁹ c'est-à-dire qu'on a la possibilité de le vendre, de le détruire, de l'échanger. Il s'agit de *l'abusus*. Le NFT peut-il être vendu ? Peut-il être échangé ou détruit ?

¹⁹⁶ N. MARTIAL-BRAZ, Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 31

¹⁹⁷ *Idem*

¹⁹⁸ M-P L'HOPITALIER et G. NADJOMBE. G, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1er juillet 2022

¹⁹⁹ Article 544 du Code civil, *op cit*

En ce qui concerne la vente du NFT, la réponse la plus logique serait de dire oui, comment qualifier l'opération effectuée sur les plateformes telle que Opensea si ce n'est pas une vente ?

Il faut nuancer le propos puisque si le paiement se fait en cryptomonnaie il semble qu'on puisse qualifier d'échange plus que de vente l'opération. La notion de vente est étroitement liée à celle de paiement qui est quant à elle rattachée à celle de monnaie ayant cours légal, ce qui n'est pas le cas des cryptomonnaies²⁰⁰. En revanche, la qualification de vente pourrait être retenue dans l'hypothèse où le paiement se fait avec une monnaie ayant cours légal. Il n'empêche que l'échange peut permettre le transfert de propriété.

La propriété d'un bien suppose de pouvoir détruire ce dernier ; or une difficulté découle de la nature même du NFT et plus précisément de la nature de la blockchain sur laquelle les NFT sont créés et transférés d'un portefeuille à un autre. L'inaltérabilité²⁰¹ de la blockchain dont bénéficie les NFT, a en effet pour conséquence d'empêcher toute modification ou suppression de ce dernier. Par conséquent, il est impossible pour le propriétaire d'un NFT de supprimer ce dernier ou de le modifier. Il s'agit ici d'une limite majeure au droit de disposer de la manière la plus absolue du NFT. La technologie nécessaire pour créer et faire circuler des NFT est donc un réel obstacle aux droits du « propriétaire » du jeton.

36. La possibilité de consentir à une sûreté sur un NFT. Être propriétaire suppose également de pouvoir consentir à une sûreté. A supposer que le NFT puisse être qualifié de bien, ce dernier serait incontestablement un bien incorporel. Cela induit de s'interroger sur le point de savoir si on pourrait nantir un NFT au sens de l'article 2355 du Code civil lequel dispose que « *Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs. Il est conventionnel ou judiciaire [...]* »²⁰². Admettre que le nantissement d'un NFT soit possible signifierait qu'on pourrait donner ce dernier en garantie d'une obligation. A priori on ne voit pas quels éléments caractéristiques du NFT feraient obstacle à ce que ce dernier puisse être nanti du moment que le bénéficiaire de la sûreté accepte le jeton non-fongible en garantie de ladite obligation.

²⁰⁰ N. BALAT, Cour de droit de la propriété intellectuelle et numérique, Master 2 Droit économique 2022-2023

²⁰¹ Bataille. L, Badiane. L, NFT : un actif numérique aux contours juridiques incertains, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, Lexis Nexis, n°40, 6 octobre 2022, 1324

²⁰² Article 2355 du Code civil

La seule limite à cette possibilité serait le fait que le NFT ne soit pas considéré comme un bien. Dans le cas contraire, si le NFT est considéré comme un bien meuble incorporel alors rien ne s'opposera à ce que ce dernier soit nanti. En pratique, rien ne semble s'opposer à ce qu'un NFT soit donné en tant que sûreté. Cela a d'ailleurs pu être abordé, certains prestataires de services acceptent que les NFT pour garantie les prêts qu'ils octroient²⁰³. Il s'agit donc d'une pratique qui commence à se répandre.

37. NFT, objet d'une nouvelle propriété ? Cette propriété immatérielle que représente bien les NFT est au cœur des préoccupations²⁰⁴ et intrigue. Une nouvelle propriété semble presque se dessiner avec les NFT. La common law a elle-même reconnu une nouvelle forme de propriété qui n'existait pas auparavant puisqu'à l'égard des NFT, trois décisions ont déjà reconnu le NFT comme une chose « in virtual possession »²⁰⁵, créant ainsi une troisième catégorie au sein de la common law pour les choses incorporelles et en l'espèce les NFT. Si ces décisions viennent créer une nouvelle forme de propriété, les juges ont reconnu qu'il existait bien un véritable droit de propriété sur les NFT.

38. La détermination de l'objet de propriété. Ce qui pose problème dans la reconnaissance de cette propriété réside dans le flou qui entoure cette dernière. Il faut bien délimiter l'objet de la propriété. Quand on parle de la propriété du NFT, à notre sens, on parle de la propriété du jeton et des droits qu'il va octroyer à son propriétaire sur un sous-jacent. Certains estiment que reconnaître la propriété classique sur un NFT n'est pas possible car cette propriété ne porte que sur le jeton et pas forcément sur le sous-jacent associé²⁰⁶.

Il faut d'abord objecter à cela que la propriété du sous-jacent en plus de celle du jeton, va dépendre des droits que va conférer ce dernier, lesquels seront inscrits dans le smart contract.

Il faut également distinguer selon que le sous-jacent en question est une simple image représentant un bien corporel ou s'il va s'agir d'une réelle œuvre, de vêtements pour un avatar, c'est-à-dire des fichiers qui pourraient être qualifiés de biens meubles incorporels. Lorsque le sous-jacent est la représentation d'un bien corporel, il apparaît évident que la propriété du bien corporel ne sera transférée que si le smart contract ou le contrat de cession le mentionne.

²⁰³ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles, *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°2, Novembre 2022, dossier 20

²⁰⁴ M-H. FABIANI, NFT, métavers et « méta propriété intellectuelle », *Gazette du Palais*, n°8, p 13, 8 mars 2022

²⁰⁵ N. MARTIAL-BRAZ, Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 31

²⁰⁶ J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1er juillet 2021

Dans l'hypothèse où le NFT ne transfère pas la propriété du sous-jacent associé, le NFT confèrera tout de même des droits au propriétaire du jeton et ce dernier sera donc propriétaire de droits et du jeton qui lui attribue ces droits. A supposer que le NFT soit considéré comme un bien meuble incorporel rien ne s'oppose à ce que ce dernier soit objet de propriété qu'il induise la propriété du sous-jacent auquel il est associé ou non. L'absence de propriété sur le sous-jacent ne nous semble pas un obstacle à la reconnaissance de la propriété classique. On peut tout à fait admettre que les deux propriétés coexistent²⁰⁷.

En revanche, la blockchain empêchant la suppression du jeton semble faire la singularité de la propriété des NFT. Si la propriété des données n'est pour l'heure pas reconnue en France, une partie de la doctrine n'est pas fermée à l'idée de reconnaître éventuellement une propriété des NFT²⁰⁸. On pourrait donc admettre un réel droit de propriété sur les NFT.

En réalité, il apparaît que l'on soit en présence de plusieurs propriétés dans le domaine des NFT créant des incertitudes et nécessitant des éclaircissements.

§2 – Un enchevêtrement de propriétés

39. Une pluralité d'actif sous-jacent. La propriété du NFT est d'autant plus difficile à concevoir en ce que ses liens avec le sous-jacent et les droits qu'il octroie sur ce dernier peuvent être divers.

Cela a pu être abordé, le NFT peut en effet tantôt renvoyer vers un sous-jacent qui est la représentation d'un bien corporel, dans ce cas le NFT peut potentiellement être la preuve du droit de propriété sur ce dernier, tantôt le NFT est associé à un sous-jacent œuvre numérique²⁰⁹ ; parfois il donne droit à une prestation de service ou bien un droit de créance. Cette multiplication des droits possibles que peut conférer le NFT ainsi que la diversité de sous-jacents pouvant être associés au jeton, laissent planer un flou autour de la nature de sa propriété et de l'objet de propriété.

40. Le sous-jacent, objet de propriété. Les sous-jacents peuvent donc prendre différentes formes. Ainsi il pourra s'agir de la représentation d'un bien incorporel, d'une œuvre numérique,

²⁰⁷ N. MARTIAL-BRAZ, Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification, *Revue de Droit bancaire et financier*, *op cit*

²⁰⁸ B. CASSAR, Données – Gouvernance des données, mars 2022

²⁰⁹ J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *op cit*

ou encore d'une image ou d'un tweet²¹⁰. Cette différence de nature du sous-jacent va avoir des conséquences en matière de propriété. Lorsque le sous-jacent va être une image ou un tweet il s'agit d'une chose non appropriée. Or une chose non-appropriée ne semble pas pouvoir faire l'objet d'un droit de propriété puisque ne peut être considérée comme un bien appropriable. D'un point de vue strict du droit des biens, il y aurait donc des sous-jacents qui pourraient être objet de propriété, lorsque le fichier sous-jacent peut être qualifié de bien meuble incorporel et d'autres qui ne pourraient pas.

41. La coexistence de plusieurs propriétés. Le domaine des NFT se voit être une matière où les propriétés s'entremêlent. Il n'y a pas forcément un seul propriétaire mais plusieurs propriétaires pour plusieurs objets de propriété. Lorsque le sous-jacent est une œuvre numérique il se peut que cette œuvre soit la représentation d'une œuvre physique. Dans ce cas, on va avoir une multiplication de propriétés et de propriétaires. La doctrine l'explique très bien en ce que « *La propriété du NFT est ici indépendante de celle du support, qui n'a pas quitté le musée florentin, et de celle de l'œuvre, qui est tombée dans le domaine public* »²¹¹.

L'œuvre d'art en question va alors être l'objet d'une « *propriété corporelle, d'un droit d'auteur et d'une propriété immatérielle* »²¹². Les NFT et notamment les NFT artistiques sont donc le socle d'un enchevêtrement de propriétés. La propriété classique et la propriété intellectuelle viennent s'entremêler avec pour certains auteurs, en toile de fond, l'émergence d'une nouvelle propriété immatérielle²¹³ représentée par l'association du NFT au sous-jacent.

A cet égard, l'idée d'une reconnaissance d'une nouvelle propriété immatérielle se propage à l'étranger, en témoigne les décisions qui ont reconnu une troisième forme de propriété dans les systèmes de common law²¹⁴, comme cela a pu être abordé. Pour l'instant, en France, rien n'indique que le législateur souhaiterait reconnaître une nouvelle forme de propriété. Il nous semble que le triptyque du droit de la propriété peut répondre à tout type de bien et qu'il n'est pas souhaitable ni nécessaire de reconnaître une nouvelle forme de propriété.

²¹⁰ J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1er juillet 2021

²¹¹ *Idem*

²¹² C. CARON, Les propriétés en millefeuille, *Communication Commerce électronique*, n°2, Février 2022, Repère 2

²¹³ *Idem*

²¹⁴ N. MARTIAL-BRAZ, Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification, *Revue de Droit bancaire et financier*, *op cit*

Les NFT sont donc source de ce qu'on pourrait appeler une « metapropriété »²¹⁵, c'est-à-dire des propriétés qui coexistent toutes entre elles et ont toutes finalement un lien entre elles. Cette pluralité de propriétés, semble synonyme d'une pluralité de droits. Le propriétaire du NFT, va en effet pouvoir bénéficier de droits divers selon ce que le smart contract mentionnera.

Section 2 - Quels droits pour le « propriétaire » du NFT ?

S'il a été vu que la propriété du NFT pourrait être assimilée d'une certaine manière à la propriété classique, il s'agit de s'interroger sur les droits dont va pouvoir jouir le propriétaire de ce NFT. Même si cette propriété est particulière en raison de l'inscription du jeton sur la blockchain, le NFT va pouvoir octroyer à son bénéficiaire un certain nombre de prérogatives (§1). Toutefois, il est nécessaire de se questionner sur le point de savoir s'il n'existe pas des limites techniques comme juridiques à l'exploitation du NFT par son propriétaire (§2).

§1 – Une pluralité de droits au bénéfice du « propriétaire » du NFT

42. Quels droits pour le propriétaire du NFT ? Quels droits ce propriétaire de NFT ou plutôt son détenteur si on considère qu'il ne s'agit pas d'une réelle propriété au sens classique du terme peut-il avoir sur ce dernier et sur le sous-jacent auquel il est associé ? Ce propriétaire va en effet acquérir un NFT, dont l'image du sous-jacent restera accessible aux tiers²¹⁶. Il s'agit alors de s'interroger sur les droits que ce dernier va posséder sur le jeton et le sous-jacent.

D'abord il faut souligner que les NFT peuvent conférer tant des droits réels que des droits personnels²¹⁷.

43. Droits réels et NFT. Le premier droit réel auquel on pense est évidemment le droit de propriété²¹⁸ qui a pu être abordé précédemment. Le NFT peut d'abord conférer un droit de propriété sur un sous-jacent, bien incorporel ou corporel. Même sans que ce dernier confère un droit de propriété sur un sous-jacent, celui qui l'acquiert devient lui-même « propriétaire » d'un jeton. Il arrive en effet dans certains cas, que le NFT ne confère aucun droit sur ledit sous-jacent,

²¹⁵ J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *op cit*

²¹⁶ M. VIVANT, NFT : le renouvellement du marché de l'art par la finance ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 39

²¹⁷ J. SENECHAL, 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*, n°4, Juillet 2022, dossier 33

²¹⁸ T. GIRARD-GAYMARD et C. DUBUCQ, Regard juridique sur les NFT, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°188, 1^{er} janvier 2022

bien incorporel ou corporel représenté par le fichier numérique associé, car le créateur n'aura lui-même aucun droit sur ce dernier par exemple²¹⁹. L'achat d'un NFT n'induit pas *de facto*, un droit de propriété sur le sous-jacent auquel il est associé. Dans d'autres cas, lorsque le smart contract le précise, le NFT est lié à la cession de droits réels sur le sous-jacent auquel il est associé²²⁰. Le NFT peut conférer tout type de droit réel sur le sous-jacent, tel que « *l'octroi d'une licence d'utilisation relatifs à un bien ou encore à la promesse d'un service numérique ou non numérique* »²²¹.

Il est toutefois difficile pour l'acheteur de connaître réellement les droits qui vont lui être cédés. Le constat général en effet est que les conditions de cession sur les plateformes ne sont pas claires et il est difficile pour l'acheteur de connaître les droits que lui confèrent le NFT, puisque rarement les vendeurs indiquent quels droits seront cédés²²². Ainsi, sur OpenSea les vendeurs n'ont aucune obligation d'informer l'acheteur des droits dont ce dernier va bénéficier lorsqu'il va acheter le NFT²²³. De ce point de vue cela questionne sur la validité d'un contrat de vente où les droits cédés ne sont pas indiqués. A cet égard, on peut se demander si l'obligation d'information posée à l'article 1112-1 du Code civil serait remplie ou si on pourrait encore invoquer la nullité du contrat pour erreur voire pour dol notamment lorsque l'acheteur a pu croire qu'il aurait certains droits sur le sous-jacent qu'il ne possède pas en réalité mais qu'il s'en aperçoit qu'une fois le NFT acquis. On ne voit pas ce qui pourrait empêcher l'application du droit commun des contrats à la vente de NFT dans l'hypothèse où les droits cédés n'étaient pas clairement précisés par le vendeur.

Il arrive également que le créateur du NFT limite les droits du futur acheteur en cédant par exemple seulement les « *droits d'utilisation ou de reproduction* »²²⁴. Le créateur du NFT peut également octroyer au bénéficiaire simplement une « *licence exclusive ou non exclusive de son actif numérique pour une durée limitée moyennant le versement d'une redevance* »²²⁵. Dans un tel cas il apparaît que le réel propriétaire reste ledit créateur qui cède certains droits sur son NFT pour une certaine durée. Ce possible aménagement des droits liés tant au NFT qu'au sous-jacent auquel il est lié démontre la malléabilité de ce nouvel objet juridique.

²¹⁹ J. SENECHAL, 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*, n°4, Juillet 2022, dossier 33

²²⁰ *Idem*

²²¹ *Idem*

²²² C. BOISMAIN, Les droits transmis avec les NFT, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°23, 1210, 9 juin 2022

²²³ *Idem*

²²⁴ M-P L'HOPITALIER et G. NADJOMBE. G, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *op cit*

²²⁵ *Idem*

44. Droits personnels et NFT. En ce qui concerne les droits personnels, on peut imaginer que le NFT puisse octroyer un droit de créance²²⁶. Le détenteur du NFT a alors un droit de créance envers une tierce personne mentionnée dans le smart contract.

On peut ainsi imaginer que le NFT peut conférer tout type de droit personnel. Les droits personnels vont naître d'un rapport d'obligation légal ou contractuel et vont offrir un droit contre une personne²²⁷, tel va donc être le cas d'un droit de créance. Dans ce cas le NFT indiquera que le détenteur du jeton aura un droit de créance sur la personne mentionnée dans le smart contract ; il peut s'agir d'une somme d'argent ou même d'une prestation de service.

Tout type de droits peuvent exister. Par exemple le restaurant new-yorkais Flyfish ne permettra son accès qu'aux détenteurs de NFT vendus à 8000 dollars²²⁸. Dans ce cas, le NFT donne le droit à une prestation de service. Le NFT pouvant conférer divers droits, on peut se demander si l'attribution de droits différents n'entraîne pas une différence de nature, variant selon le droit attribué par ce jeton.

Cette pluralité de droits que peut conférer un NFT questionne sur la qualification de ce dernier. S'il a pu être abordé une possible classification selon les usages ; on pourrait imaginer une classification selon que le NFT concède un droit personnel ou un droit réel à son « propriétaire ». Une large partie de la doctrine opte toutefois pour une catégorisation selon les usages plutôt que des droits conférés.

Cette « propriété » du NFT n'interroge pas seulement sur les droits dont va bénéficier le détenteur du jeton, mais également quant aux limites auxquelles va être confronté ce dernier dans l'exploitation de son jeton.

§2 – Quelles limites à l'exploitation du NFT par son « propriétaire » ?

Le détenteur du NFT peut-il tout faire une fois ce dernier acquis ? Peut-il le revendre ? Existe-t-il des limites à cette revente ?

45. Des limites tenant à la technologie. De manière générale, le fichier sous-jacent n'étant pas stocké sur la blockchain, l'auteur ou le vendeur gardant un accès à ce dernier pourrait très

²²⁶ T. GIRARD-GAYMARD et C. DUBUCQ, Regard juridique sur les NFT, *op cit*

²²⁷ G. LARDEUX, Cours de droit des biens, Licence de droit troisième année, Année 2020 - 2021

²²⁸ M. CHANOUX, Ultraluxe : l'évolution du concept de luxe, une approche par le marketing, *Juris tourisme* 2022, n°257, p23

bien le modifier voire le supprimer²²⁹. Ainsi, « *Un auteur a, par exemple et pour l'exemple, remplacé les œuvres associées vendues avec ses NFT par des images de tapis, en référence à l'escroquerie « rug pull »* »²³⁰. Il apparaît donc que l'acheteur d'un NFT, puisse se trouver dans une situation où le sous-jacent auquel est associé son NFT disparaisse voire soit modifié. A fortiori lorsque l'on sait que certaines plateformes précisent que le vendeur pourra potentiellement modifier le sous-jacent associé au NFT, il en est ainsi d'OpenSea, en revanche Centralized indique que le vendeur ne peut pas modifier l'œuvre²³¹. Dans un tel cas on peut se demander de quoi finalement le détenteur du NFT est propriétaire, puisque dans l'hypothèse où le sous-jacent disparaît le NFT se retrouve associé au vide, quelle est donc sa valeur pour son propriétaire ? Ce dernier qui avait pu acquérir ce NFT selon les droits que ce dernier pouvait lui apporter sur ledit sous-jacent se retrouve lésé.

L'acheteur pourrait-il alors invoquer la garantie des vices cachés prévue à l'article 1641 du Code civil lequel dispose que « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* »²³² ?

Dans l'hypothèse où le sous-jacent disparaît alors qu'il s'agissait par exemple d'une œuvre numérique dont le NFT auquel cette œuvre était associée conférait un droit de propriété sur cette dernière, quel devient l'usage du NFT dans un tel cas ? Il n'y en a plus, le propriétaire du NFT se retrouve simplement propriétaire d'un jeton qui n'a plus aucune valeur. Toutefois une telle hypothèse correspond-elle réellement à des défauts cachés ? Cela pourrait notamment dépendre du fait de savoir s'il était précisé que le sous-jacent pouvait être modifié voire supprimé par son créateur. Le cas échéant, l'acheteur du NFT aurait acheté ce dernier en connaissant les risques liés à une possible modification voire disparition du sous-jacent.

46. Règles de distribution, épuisement des droits et droits du propriétaire du NFT. Le propriétaire du NFT pourrait également voir son droit de propriété limité par l'application de la règle de l'épuisement des droits²³³ à la revente de NFT par son détenteur, en sa qualité de premier acquéreur. Une telle règle pose le principe selon lequel « *Dès lors que la première vente*

²²⁹ C. BOISMAIN, Les droits transmis avec les NFT, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°23, 1210, 9 juin 2022

²³⁰ *Idem*

²³¹ *Idem*

²³² Article 1641 du Code civil

²³³ J. CROUZET et T. GUICHOUX, L'épuisement du droit de distribution des produits virtuels commercialisés dans un métavers, *Communication Commerce électronique*, n°11, Novembre 2022, étude 20

d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les Etats membres de la Communauté européenne et les Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen »²³⁴. Si cet article L122-3-1 du Code de propriété intellectuelle s'appliquait aux NFT cela signifierait par exemple que dès lors qu'une marque commercialise un NFT, elle ne pourra plus s'opposer à sa revente. Toutefois il y a des conditions pour que cet article s'applique aux NFT.

Il faudra une première vente et que le NFT en question soit considéré comme un exemplaire matériel d'une œuvre. Les auteurs estiment qu'au regard de la jurisprudence le produit associé au NFT ne pourrait pas être considéré comme un exemplaire matériel²³⁵. Plus encore, on peut se questionner ici sur le point de savoir si le critère de la première vente est rempli notamment dans l'hypothèse où le paiement du NFT se réalise en cryptomonnaie. Pour certains auteurs en effet, dans un tel cas on ne parlerait pas de vente mais plutôt d'échange en ce que la condition de paiement propre au droit français en matière de vente serait intimement liée à celle de monnaie ayant cours légal²³⁶. La cryptomonnaie n'est pour l'instant pas reconnue comme une monnaie ayant cours légal il n'y aurait pas de vente dans un tel cas. En revanche, on pourrait estimer par un raisonnement *a contrario* que le paiement en monnaie ayant cours légal en échange d'un NFT constitue bien une vente sous réserve que toutes les conditions de validité du contrat soient remplies, dans ce cas le critère de « *première vente* » de l'article L122-3-1 du Code de propriété intellectuelle serait satisfait.

Toutefois, il apparaît que le produit associé au NFT ne soit pas considéré comme un exemplaire matériel d'une œuvre pour la doctrine qui déduit cela de la position de la jurisprudence. Ainsi, les entreprises qui commercialisent des NFT pour la première fois associés à des produits protégés par un droit de propriété intellectuelle ne se semblent pas se voir imposer la règle de l'épuisement des produits.

De même il semblerait que le droit de distribution au public ne s'applique pas non plus aux NFT au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne²³⁷ qui, dans une décision du 19 décembre 2019 a indiqué que le droit de la distribution au public ainsi que le principe d'épuisement des droits ne s'appliquaient pas aux copies immatérielles or pour

²³⁴ Article 122-3-1 du Code de propriété intellectuelle

²³⁵ J. CROUZET et T. GUICHOUX, L'épuisement du droit de distribution des produits virtuels commercialisés dans un métavers, *op cit*

²³⁶ N. BALAT, Cours de Droit de la propriété intellectuelle et du numérique, Année 2022-2023

²³⁷ CJUE 19 déc. 2019, aff. C-263/18, Tom Kabinet, D. 2020. 471

remplir ce critère il est nécessaire qu'il y ait un support tangible ce qui ne semble pas être le cas des NFT selon la doctrine²³⁸. Ce droit de distribution se définit comme le droit exclusif pour les 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* »²³⁹.

Il apparaît donc que le détenteur de NFT ne soit pas limité dans l'exploitation de ce dernier par les règles de distribution et de l'épuisement des droits sous réserve que le créateur du NFT ait eu les autorisations du propriétaire des droits de propriété intellectuelle dont ferait l'objet le sous-jacent associé audit jeton.

47. Un propriétaire limité dans l'exploitation de son NFT. Si le détenteur d'un NFT ne semble pas limité par les règles de distribution ou d'épuisement des droits il peut arriver que d'autres limites existent à la pleine jouissance de la propriété du NFT par son détenteur. Cela s'explique notamment par la singularité de cette propriété. Ainsi la société Pertimm a commercialisé des NFT dans le cadre du jeu Fortnite, représentant onze sites cannois notamment le Palais à l'occasion du Festival de Cannes de 2022²⁴⁰. Or les propriétaires de ces NFT ne peuvent pas les exploiter comme ils le souhaitent puisque ces derniers ont l'obligation de ne pas modifier les NFT « *pour préserver l'image de la ville, en revanche ils pourront y organiser, des salons, des festivals, comme par exemple celui du Palais* »²⁴¹. Il faut souligner en l'espèce que non seulement le propriétaire du NFT ne peut pas disposer du site dont il est le détenteur comme il le souhaite sous peine de nuire à l'image de la ville ; de plus ces NFT ne peuvent pas être transférés d'un Métaverse à un autre et en l'espèce d'un jeu à un autre²⁴².

A l'image des différents clouds connus également sous le nom d'informatique en nuage, qui peuvent être définis comme « *l'accès distant à des services informatiques proposés par un fournisseur* »²⁴³ et qui ne permettent pas pour l'heure aux consommateurs de changer de fournisseurs en transférant leurs données d'un cloud à un autre, les métaverses ne permettent pas pour l'heure, de transférer des NFT d'un métavers à un autre.

²³⁸ J. LAPOUSTERLE, J., Les NFT artistiques à l'épreuve des droits d'auteur, *op cit*

²³⁹ Dir. n° 2001/29/CE, art. 4, § 1

²⁴⁰ S. NAUMANN, Biens immobiliers, patrimoine historique et culturel de la France, NFTs et vente aux enchères : modeste tour d'horizon, *Revue Lamy droit des affaires*, n°185, 1er octobre 2022

²⁴¹ *Idem*

²⁴² *Idem*

²⁴³ A. FITZJEAN O COBHTHAIGH, Le cloud et la souveraineté numérique dans le nouveau monde, *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°1, Avril 2021

On le voit avec cette vente de NFT, le propriétaire d'un jeton non fongible peut se voir limiter dans l'exploitation de ce dernier de par la nature de ce que représente le sous-jacent, ici il s'agit d'une limite contractuelle. Le contrat de cession précise en effet que le propriétaire ne pourra pas modifier le NFT. Toutefois on peut ici objecter que cette interdiction de modifier le NFT peut être certes nécessaire à préciser, mais s'induit de la nature même de la blockchain, c'est-à-dire que même si le propriétaire souhaitait modifier le jeton il ne semble pas que cela soit possible en raison de son inscription en blockchain. En revanche, on pourrait envisager de modifier le sous-jacent, qui lui n'est pas stocké sur la blockchain d'où l'importance d'une telle précision.

L'autre limite à cette exploitation du NFT tient aux limites de la technologie elle-même qui ne semble pas offrir la possibilité d'exploiter le NFT acquis dans tous les univers.

Cette étude de l'environnement juridique particulier des NFT nécessaire à une meilleure compréhension de ces derniers peut alors laisser place à une tentative de qualifications des jetons non-fongibles.

PARTIE 2 – ESSAI DE QUALIFICATION JURIDIQUE DES NFT

La qualification du NFT alimente le débat doctrinal. L'impossibilité actuelle à qualifier cet objet juridique signifie-t-elle que l'on se trouve en présence d'un « vide juridique »²⁴⁴ ? Il ne semble pas que ce soit le cas. Avant de s'insurger face à l'inadaptation du droit face aux nouvelles technologies, il apparaît nécessaire d'analyser les différentes catégories juridiques existantes et de déterminer si les jetons non-fongibles peuvent se rapprocher de l'une d'entre elles, voire de plusieurs.

A cet égard, les NFT intéressent un certain nombre de domaines. Différentes branches du droit pourraient alors pallier les difficultés de qualification de ces jetons. On pense notamment au droit financier et au droit de la propriété intellectuelle. Dans une première partie, il conviendra alors de s'intéresser à une possible qualification des NFT par le droit spécial (Titre I), avant de voir dans une seconde partie que la solution aux difficultés d'assimilation du NFT à une catégorie juridique existante pourrait être résolue par le droit des biens (Titre II).

²⁴⁴ M. VIVANT, NFT : le renouvellement du marché de l'art par la finance ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 39

TITRE I – TENTATIVES DE QUALIFICATION PAR LE DROIT SPECIAL

Le droit financier comme le droit de la propriété intellectuelle sont intéressés par les jetons non-fongibles. Toutefois, ces derniers sont-ils en capacité d'assimiler ces derniers à une catégorie juridique existante ?

Dans une première partie, il s'agira de voir dans quelles mesures le droit financier peut répondre aux difficultés de qualifications des NFT (Chapitre I), avant de s'intéresser à l'appréhension de ces jetons par le droit de la propriété intellectuelle dans une seconde partie (Chapitre II).

CHAPITRE I – LES NFT VUS PAR LE DROIT FINANCIER

Non fongible token se traduit en français par le terme de jeton non-fongible. Cette traduction nous renvoie directement au droit financier. Les NFT soulèvent en effet la question de savoir si ces derniers peuvent être qualifiés de jeton numérique au sens des articles L54-10-1 et L552-2 du Code monétaire et financier²⁴⁵. L'article L54-10-1 du Code monétaire et financier inclut parmi la catégorie des actifs numériques, les jetons numériques ainsi que celles que l'on nomme les crypto-monnaies. Pourrait-on assimiler le NFT « *à un actif numérique au même titre qu'une cryptomonnaie* »²⁴⁶ ? Plus précisément, les NFT pourraient-ils être considérés comme des crypto-monnaies ? Dans le cas contraire ces derniers pourraient-ils relever d'une autre catégorie juridique posée par le droit financier ? On pense notamment à celle de titre financier.

A cet égard si dans un premier temps, il conviendra de s'intéresser à la possible qualification de jeton des NFT, qui semble être la qualification la plus évidente (Section 1), il conviendra dans un second temps d'analyser les différentes catégories relevant du droit financier qui pourraient également être assimilées aux NFT (Section 2).

²⁴⁵ V. VAMEROT, Actes de colloque – La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers, *Droit fiscal*, n°36, 8 septembre 2022

²⁴⁶ F. GOGUELAT, Actifs numériques – Pratique de la fiscalité des actifs numériques, *La revue fiscale du patrimoine*, Février 2023, n°2, Etude 4

Section 1 – Le jeton non-fongible, une dénomination impliquant la qualification de jeton au sens du CMF ?

Lorsqu'on entend parler des jetons non-fongibles, la première qualification qui apparaît appropriée à ce nouvel objet juridique est celle du jeton numérique défini à l'article L552-2 du Code monétaire et financier. Outre leur dénomination, il semble que certains éléments communs puissent en effet rapprocher ces deux objets (§1). Toutefois, le régime juridique des jetons numériques tel qu'il a été créé par la loi PACTE pourrait être un des obstacles à la qualification de jeton du NFT (§2).

§1 – La possible assimilation du NFT au jeton

48. La notion de jeton, une notion récente. La notion de jeton numérique introduite à l'article L552-2 du Code monétaire et financier, a été créée par la loi PACTE n°2019-486 du 22 mai 2019, à l'occasion de l'introduction d'une nouvelle catégorie juridique, celle d'actif numérique²⁴⁷ visé par l'article L54-10-1 du CMF.

49. Définition du jeton numérique. L'article L552-2 du Code monétaire et financier définit le jeton numérique comme « *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* »²⁴⁸.

La catégorie de jetons a été créée dans le cadre des Initial Coin Offerings (ICO)²⁴⁹. Les ICOs permettent « *à des entités, qui n'ont pas forcément la personnalité morale, de lever des fonds, sur internet, par l'émission, non de titres financiers, mais de jetons, en ayant recours à une blockchain* »²⁵⁰. Les jetons visés par l'article L552-2 du Code monétaire et financier et émis dans le cadre de ce type d'opération sont les *utility tokens*.

Les *utility tokens* ou jetons d'usage sont des jetons qui « *octroient un droit d'usage à leur détenteur en leur permettant d'utiliser la technologie et/ou les services distribués par l'émetteur de l'ICO* »²⁵¹. Il faut toutefois relever le fait que l'article L552-2 du Code monétaire

²⁴⁷ V. VAMEROT, Actes de colloque – La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers, *Droit fiscal*, n°36, 8 septembre 2022

²⁴⁸ Article L552-2 du Code monétaire et financier

²⁴⁹ V. VAMEROT, Actes de colloque – La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers, *op cit*

²⁵⁰ P. PAILLER, La distinction des tokens et des titres financiers, *Revue de Droit bancaire et financier*, Mai 2020, n°3, Dossier 10

²⁵¹ *Idem*

et financier ne vise pas expressément ces jetons. Certes cet article a été introduit dans le cadre de ce type d'opération mais ce dernier ne mentionne pas expressément que la définition des jetons qu'il donne ne s'applique que pour les *utility tokens*. Là, se trouve une brèche à une potentielle qualification de jeton des NFT.

50. Similitudes entre les jetons numériques classiques et les jetons non fongibles. A première lecture on pourrait penser que rien ne s'oppose à ce que le NFT puisse être qualifié de jeton au sens de l'article L552-2 du Code monétaire et financier. Cet article introduit une définition large²⁵² qui laisse penser qu'elle pourrait accueillir les NFT. Le NFT en effet, va représenter sous forme numérique un ou plusieurs droits qu'il s'agisse d'un droit de propriété sur un sous-jacent, ou qu'il s'agisse d'une prestation de service, ce dernier peut représenter tout type de droit tout comme les jetons. Or une partie de la doctrine estime que le NFT ne représente pas toujours des droits²⁵³.

Par conséquent, les NFT n'entreraient dans la définition donnée par l'article L552-2 du Code monétaire et financier que lorsque ces derniers remplissent les mêmes fonctions que les *utility tokens*, c'est-à-dire lorsqu'ils vont conférer un droit à l'égard de l'émetteur ; par exemple le « droit à des prestations de services ou des livraisons de bien »²⁵⁴. Le problème de l'assimilation des NFT viendrait des situations dans lesquelles le NFT ne remplit qu'une fonction de certificat d'authenticité et serait associé à une chose non appropriable, et donc ne conférerait aucun droit sur le sous-jacent selon cette doctrine²⁵⁵. Une autre partie de la doctrine estime toutefois que même dans ce cas, le NFT pourrait représenter un droit, celui de créer de la propriété là où il n'y en aurait normalement pas²⁵⁶.

De manière plus modérée, certains estiment que sans conférer un droit de propriété sur une chose non appropriable, le NFT accorderait « un droit exclusif de jouissance sur le sous-jacent »²⁵⁷. Ainsi, le détenteur d'un NFT portant sur un tweet ne serait pas propriétaire de ce tweet car il ne s'agit pas d'une chose appropriable, toutefois il aurait un droit exclusif de jouissance de ce dernier.

²⁵² D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

²⁵³ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Daloz IP/IT 2022*, p260

²⁵⁴ T. GIRARD-GAYMARD et R. GARCIA, Fiscalité des NFT : réflexion au confluent de la propriété intellectuelle, du droit financier et du droit fiscal, *Les Nouvelles Fiscales*, n°1307, 1^{er} avril 2022

²⁵⁵ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *op cit*

²⁵⁶ M. TORELLI et G. HAAS, Non Fungible Tokens (NFT) : un outil efficace de protection des marques, *Revue Lamy droit des affaires*, n°175, 1^{er} novembre 2021

²⁵⁷ T. GIRARD-GAYMARD et R. GARCIA, Fiscalité des NFT : réflexion au confluent de la propriété intellectuelle, du droit financier et du droit fiscal

En adoptant ce dernier point de vue, que le sous-jacent soit une chose appropriable ou non, on pourrait admettre que le NFT représenterait toujours des droits, qu'il remplisse une fonction de certificat d'authenticité ou d'*utility token*. Par conséquent, sur ce point, rien ne ferait obstacle à une possible qualification de jeton classique des NFT. Toutefois, il ne nous semble pas souhaitable d'admettre que de la propriété puisse être créée sur une chose non-appropriable sauf à admettre que cela puisse être possible que dans le cadre des NFT. Le droit des biens et donc la notion est en effet construite sur l'appropriabilité des choses.

51. La fongibilité, élément de qualification du jeton classique ? L'article L552-2 du Code monétaire et financier ne fait pas référence à une quelconque exigence de fongibilité. On note en effet, que la non-fongibilité n'est pas mentionnée comme un critère de définition du jeton numérique²⁵⁸. Est-ce à dire que la non-fongibilité du NFT n'est pas un obstacle à l'assimilation de ce dernier au jeton classique ? A cela on pourrait répondre que puisque la loi ne distingue pas les jetons selon qu'ils sont fongibles ou non fongibles²⁵⁹, pourquoi faudrait-il exclure les NFT de la qualification de jeton numérique au sens de l'article L552-2 du Code monétaire et financier ? Là où la loi ne distingue pas, on ne devrait pas distinguer. Si on adopte une telle lecture de l'article L552-2 du Code monétaire et financier une fois de plus rien ne s'opposerait à la qualification de jeton des jetons non-fongibles.

A priori, il n'y a pas d'obstacle catégorique à ce que les jetons non-fongibles soit assimilés à la définition posée par l'article L552-2 du Code monétaire et financier sauf lorsque les NFT pointent vers une chose non-appropriable. Toutefois, ne pourrait-on pas admettre cette qualification pour certains jetons et adopter une autre qualification pour les NFT associés à des choses non appropriables ?

De plus, une partie de la doctrine estime que la catégorie des jetons numériques n'est pas fermée et le contenu « *n'est ni limitatif, ni exhaustif et ne s'épuise pas dans les jetons d'utilité* »²⁶⁰. Par conséquent si l'article L552-2 du Code monétaire et financier a été créé dans

²⁵⁸ D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

²⁵⁹ P. PAILLER, Non Fungible Tokens ou NFT : quelle régulation en droit financier ?, *Revue de droit bancaire et financier*, n°2, Mars 2022, alerte 35

²⁶⁰ V. VAMEROT, Actes de colloque – La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers, *Droit fiscal*, n°36, 8 septembre 2022

le cadre des *utility tokens*, ce texte n'est pas fermé à accueillir d'autres catégories de jetons. Le NFT serait-il « finalement, un jeton comme un autre ? »²⁶¹.

Ce propos est à limiter en ce qu'il existe certains obstacles à une telle qualification qu'il est nécessaire d'aborder.

§2- Les obstacles à la qualification de jeton

Un certain nombre d'éléments semblent en effet faire obstacle à la qualification de jeton en ce qui concerne les NFT. La principale limite à cette qualification réside dans l'inadaptation du régime des jetons classiques aux NFT.

52. Un régime inadapté aux NFT. La qualification de jeton au sens de l'article L552-2 du Code monétaire et financier implique l'application du régime auquel sont soumis les actifs numériques. Or si on admet la qualification d'actif numérique et plus précisément de jeton des NFT, ce régime peut-il être transposé auxdits jetons non fongibles ?

Il a été précisé précédemment que la catégorie d'actif numérique et plus spécifiquement celle des jetons numériques aurait été créée uniquement pour « *les jetons d'utilité émis dans le cadre d'une opération d'Initial Coin Offering (ICO)* »²⁶². Tout le régime juridique et notamment le régime fiscal des jetons a donc été construit autour des spécificités de *utility tokens*. Cela interroge sur le point de savoir si les spécificités de ce régime pourraient être un obstacle à la qualification de jeton des NFT en raison de l'inadaptation de leur régime.

A cet égard, en matière de cession de jetons numériques, l'article 150 VH bis du Code général des impôts s'applique. Toutefois cet article ne s'applique qu'en cas de cession d'actif en contrepartie d'une monnaie ayant cours légal²⁶³. Or cela a pu être abordé, certains NFT sont « *achetés* », si on peut parler de cession, en cryptomonnaie. La qualification même de cession faisant débat, puisqu'on peut se demander s'il ne s'agirait pas plutôt d'un échange lorsque « *l'achat* » est réalisé en cryptomonnaie. L'article 1582 du Code civil actuellement dispose en effet que « *La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé* »²⁶⁴. Or, en droit français la notion de paiement est liée à celle de monnaie ayant cours légal²⁶⁵. Tel n'est pas le cas des

²⁶¹ P. PAILLER, Non Fungible Tokens ou NFT : quelle régulation en droit financier ?, *Revue de droit bancaire et financier*, n°2, Mars 2022, alerte 35

²⁶² V. VAMEROT, Actes de colloque – La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers, *Droit fiscal*, n°36, 8 septembre 2022

²⁶³ *Idem*

²⁶⁴ Article 1582 du Code civil

²⁶⁵ N. BALAT, Cour de droit de la propriété intellectuelle et numérique, Master 2 droit économique, 2022-2023

cryptomonnaies, et on le sait, toutes les plateformes ne permettent pas l'achat de NFT en monnaie ayant cours légal. Cette affirmation est d'autant plus vraie que le futur article 1582 de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux soumet la vente à un paiement en somme d'argent²⁶⁶. A cet égard l'article 1343-3 du Code civil dispose que « *le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros* »²⁶⁷.

Par conséquent, ces éléments laissent supposer que lorsque le « *paiement* » d'un NFT s'effectue en cryptomonnaie, comme par exemple le bitcoin, l'opération en question ne serait pas une vente mais un échange qui se définit de la manière suivante : « *L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* »²⁶⁸. Ainsi, l'article 150 VH bis qui ne s'applique qu'en cas de cession d'actif numérique ne pourrait pas s'appliquer aux NFT dans l'hypothèse où ce dernier pourrait être qualifié de jeton, en présence d'un « *paiement* » en cryptomonnaie. Cette première inadaptation du régime des jetons montre la difficulté de l'assimilation de cette qualification aux NFT, sauf à ce que le régime des jetons soit adapté aux jetons non fongibles et à leur particularité.

53. La fongibilité, au cœur du débat de qualification des NFT. Si la fongibilité n'apparaît pas dans la définition des jetons au sein de l'article L552-2 du Code monétaire et financier, il faut toutefois préciser que les *utility tokens* sont normalement fongibles. Les *utility tokens* sont en effet, par principe, « *de même nature et interchangeables* »²⁶⁹. Ainsi il apparaît compliqué d'appliquer le régime de l'actif numérique au NFT alors que ce dernier est basé sur la fongibilité et a été construit pour des opérations et des jetons bien déterminés.

Même si la fongibilité des NFT peut être débattue d'un point de vue substantiel et que l'article L552-2 du Code monétaire et financier n'en fait pas un critère d'appartenance à la catégorie des jetons, le législateur ne visait pas les NFT lorsqu'il a adopté l'article L552-2 du Code monétaire et financier²⁷⁰. Ainsi, si on s'en tient à la volonté du législateur cette catégorie n'a pas été créée initialement pour y inclure les jetons non fongibles. Elle répondait avant tout à un besoin d'encadrer la technique des Initial Coin Offering portant sur les *utility tokens*.

²⁶⁶ J-M. BRUGUIERE, L'avant-projet de réforme des contrats spéciaux, l'incorporel et les technologies nouvelles, *Revue des contrats*, n°1, 1^{er} mars 2023, p 52

²⁶⁷ Article 1343-3 du Code civil

²⁶⁸ Article 1702 du Code civil

²⁶⁹ V. VAMEROT, Actes de colloque – La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers, *Droit fiscal*, n°36, 8 septembre 2022

²⁷⁰ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1er juillet 2022

54. Des fonctions différentes, obstacle à la qualification de jeton. A ces éléments il faut ajouter que les jetons numériques visés par les articles L552-2 et L54-10-1 du Code monétaire et financier n'ont pas les mêmes fonctions que les jetons non fongibles. Si on énumère les différentes fonctions des actifs, on considère que ces derniers ont soit une fonction de paiement, soit une fonction d'investissement, soit une fonction de placement²⁷¹. Il semble que les jetons numériques remplissent une fonction d'investissement, ce qui est le cas notamment des jetons émis dans le cadre des ICOs, tandis que les NFT auraient plutôt une fonction de placement²⁷², tel va être le cas notamment des NFT artistiques par exemple. Le régime des jetons est donc basé sur cette fonction d'investissement tandis que les NFT remplissent une tout autre fonction, celle de placement.

55. Une définition du jeton inadapté à la nature du NFT. Une partie de la doctrine estime que la définition de jeton induit que le droit soit incorporé dans ce dernier et que la transmission dudit jeton soit « *l'équivalent de la transmission du bien* »²⁷³ ; or le NFT ne permettrait pas à lui seul le transfert du sous-jacent²⁷⁴. Il est vrai en ce sens que si le smart contract ne le précise pas le sous-jacent associé au NFT n'est pas nécessairement transmis avec ce dernier. Il est même parfois difficile d'identifier les droits qu'octroient le NFT à leur titulaire²⁷⁵.

Par conséquent, si certains éléments laissent entendre que le NFT pourrait correspondre à la définition de jeton posée par le Code monétaire et financier, l'inadaptation et la raison d'être de leur régime laisse sous-entendre que certaines adaptations sont nécessaires et que le NFT ne peut être pour l'instant considéré comme un « *jeton comme un autre* »²⁷⁶. Certains auteurs estiment d'ailleurs, que la qualification d'actif numérique du NFT n'est « *ni souhaitable ni nécessaire* »²⁷⁷. Or, au-delà de se demander si cette qualification est souhaitable, le constat est que les jetons et les NFT ont certaines similitudes. Il n'est donc pas possible d'affirmer catégoriquement que le NFT ne pourrait pas être assimilé à un jeton sous réserve que le

²⁷¹ R. VABRES, Les NFT : quelle réglementation fiscale ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 35

²⁷² *Idem*

²⁷³ D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

²⁷⁴ *Idem*

²⁷⁵ R. VABRES, Les NFT : quelle réglementation fiscale ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, *op cit*

²⁷⁶ P. PAILLER, Non Fungible Tokens ou NFT : quelle régulation en droit financier ?, *Revue de droit bancaire et financier*, n°2, Mars 2022, alerte 35

²⁷⁷ D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Le jeton Revue de Droit bancaire et financier*, *op cit*

législateur adapte le régime juridique de ce dernier. On pourrait même envisager que seulement certains NFT soient qualifiés de jetons. Toutefois, si on ne choisit pas une qualification juridique selon un régime, le régime juridique s'induit de cette qualification. Ainsi, si le législateur décidait de qualifier les NFT de jeton il serait dans l'obligation d'apporter certaines modifications aux dispositions en vigueur.

Cette catégorie d'actif numérique ne permettant pas d'adopter une qualification unique du NFT, le droit financier pourrait toutefois répondre au besoin de d'identification de ce nouvel objet juridique à l'aide d'autres qualifications.

Section 2 – Les possibles qualifications du NFT envisageables par le droit financier

Les jetons ne sont pas les seuls actifs numériques. La loi PACTE a en effet introduit une seconde catégorie d'actifs numériques, celle des monnaies virtuelles. Il apparaît alors opportun de s'intéresser à une possible qualification des NFT en tant que monnaie virtuelle (§1). L'article L54-10-1 du Code monétaire et financier qui énumère ces actifs numériques, exclut de ces derniers, les jetons « *remplissant les caractéristiques des instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1* ». A cet égard, certains jetons vont notamment être considérés comme des instruments financiers au sens de l'article L211-1 du Code monétaire et financier et donc se voir appliquer le régime incombant à cette qualification. On pense notamment aux titres financiers., On peut alors se demander si les NFT pourraient eux-mêmes correspondre aux caractéristiques des titres financiers (§2).

§1 – Le NFT, une monnaie virtuelle ?

56. Les monnaies virtuelles, des actifs numériques. La première catégorie d'actif numérique s'illustre dans les jetons numériques. Toutefois il y a une seconde catégorie parmi ces actifs au sens de l'article L54-10-1 du Code monétaire et financier, il s'agit des cryptomonnaies ou monnaies virtuelles. Lorsque cette catégorie d'actif numérique a été créée, elle ne visait pas les NFT, puisque ces derniers n'existaient pas à ce moment-là²⁷⁸ ou plutôt n'étaient pas encore connus, et ne soulevaient pas les interrogations juridiques qu'ils soulèvent à ce jour. Or, le NFT étant devenu une utilisation répandue de la blockchain, il s'agit de se demander si ces derniers pourraient être qualifiés de cryptomonnaies ou monnaies virtuelles.

²⁷⁸ D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

57. Monnaie virtuelle et NFT, des points communs interrogeant sur une possible assimilation. Les monnaies virtuelles ou cryptomonnaies peuvent se définir en vertu de l’alinéa 2 de l’article L54-10-1 du Code monétaire et financier comme « *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* »²⁷⁹. A priori, lorsqu’on entend parler de monnaie et de NFT, il nous semble que ces deux objets juridiques ne sont pas assimilables. Pourtant à regarder de plus près la définition des cryptomonnaies, les NFT ressemblent plus à des monnaies qu’il n’y paraît. Le NFT peut en effet être considéré comme une représentation numérique, il n’est pas non plus émis ou garantie par une banque centrale ou une autorité publique, n’est pas attaché à une monnaie ayant cours légal, et n’a pas le statut juridique d’une monnaie.

Toutefois, pour être considérée comme une monnaie la représentation numérique doit être acceptée comme un moyen d’échange. Est-ce le cas du NFT ?

Il nous semble qu’il ne faut pas être catégorique et exclure totalement le fait que le NFT ne soit pas considéré comme un moyen d’échange. Pour l’instant la fonction du NFT n’est pas en effet, d’assurer le paiement de bien et donc d’être considéré comme un moyen d’échange mais qu’est-ce qui empêcherait d’envisager que le NFT puisse être considéré comme une monnaie virtuelle avec laquelle les détenteurs de NFT pourraient « acheter » d’autres biens ?

58. La fongibilité, au cœur de la qualification de monnaie virtuelle. Une fois encore, la non-fongibilité du NFT d’un point de vue objectif, semble faire défaut pour admettre une telle qualification. A l’image du jeton numérique, la définition des monnaies virtuelles n’exige pas une fongibilité de l’objet en cause. Toutefois, le propre des monnaies est d’être fongible. Ainsi un bitcoin a la même valeur qu’un autre bitcoin, et c’est en cela que ces derniers sont considérés comme des monnaies virtuelles et donc des moyens d’échange. Or, un NFT représentant le droit d’accéder à un restaurant prestigieux n’aura pas forcément la même valeur qu’un NFT artistique représentant une œuvre numérique. Sauf à adopter une conception subjective de la fongibilité, le NFT n’est pas par essence fongible.

²⁷⁹ Article L54-10-1, Alinéa 2 du Code monétaire et financier

De plus, l'article L54-10-1 du Code monétaire et financier exige qu'on soit en présence d'une représentation numérique d'une valeur. On ne voit pas quelle valeur le NFT représenterait.

59. Des fonctions différentes. Les jetons et les NFT remplissent des fonctions différentes. Cela vaut également pour les monnaies virtuelles. On l'a dit les actifs numériques peuvent avoir trois fonctions différentes : une fonction de paiement, d'investissement ou de placement²⁸⁰. La fonction des monnaies virtuelles correspond à une fonction de paiement. Ces monnaies virtuelles vont être utilisées en effet, en tant que moyen d'échange²⁸¹ et donc remplissent une fonction de paiement, lorsque les NFT remplissent une fonction de placement. Avec les NFT on ne cherche pas à payer un bien ou un service, on souhaite acquérir un sous-jacent ou des droits sur ce dernier afin de placer son argent et potentiellement revendre ces droits plus chers lorsque le cours des NFT augmentent. Le NFT « *n'a pas été conçu pour faire fonction de monnaie* »²⁸². La fonction de monnaie est même opposée à celle des jetons non-fongibles puisque les NFT sont là pour créer de la rareté. Les NFT n'ont pas été créés initialement pour servir de monnaie et donc de moyen d'échange.

Par conséquent, sans affirmer catégoriquement que le NFT ne peut être considéré comme une monnaie virtuelle, il semble que cette qualification ne soit pas la plus appropriée au regard des caractéristiques du NFT et de la définition de monnaie virtuelle posée par le Code monétaire et financier. Il s'agit alors de s'intéresser à une autre catégorie du droit financier, celle de titre financier prévue à l'article L211-1 du Code monétaire et financier.

§2 – L'éventuelle qualification de titre financier

60. Un jeton peut être considéré comme un titre financier. L'article L54-10-1 du Code monétaire envisage la possibilité pour les jetons classiques d'être qualifiés d'instrument financier au sens de l'article L211-1 dudit code. Le jeton classique peut en effet être qualifié dans certains cas de titre financier. L'article L54-10-1 du Code monétaire et financier dispose que « *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*

²⁸⁰ R. VABRES, Les NFT : quelle réglementation fiscale ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 35

²⁸¹ Article L54-10-1 du Code monétaire et financier

²⁸² D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 et des bons de caisse mentionnés à l'article L. 223-1 »²⁸³. Par conséquent, dans l'hypothèse où un jeton ne remplit pas les critères de l'article L552-2 du Code monétaire et financier mais correspond à la définition de l'instrument financier, ce dernier sera soumis au régime d'ordre public²⁸⁴ de ces instruments. Il faut alors s'intéresser au point de savoir si les NFT pourraient eux-mêmes être qualifiés d'instrument financier qui comprennent « *les titres financiers et les contrats financiers* »²⁸⁵. On exclura ici les contrats financiers qui semblent pouvoir être écartés d'une possible assimilation aux NFT et il s'agit de s'intéresser au point de savoir si les jetons non fongibles pourraient être qualifiés de titres financiers.

61. Une possible qualification de titre financier pour les NFT. Les titres financiers sont définis à l'articles L211-1 du Code monétaire et financier comme « *1. Les titres de capital émis par les sociétés par actions ; 2. Les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse ; 3. Les parts ou actions d'organismes de placement collectif* »²⁸⁶.

La non-fongibilité, critère essentiel du NFT pourrait être un obstacle à la qualification du NFT en tant que titre financier. Or, pour une partie de la doctrine la fongibilité n'est pas « *un critère absolu du titre financier* »²⁸⁷. Les titres financiers sont en principe fongible par catégorie d'émission, car procèdent d'une émission collective, toutefois ils ne le sont pas tous nécessairement notamment lorsqu'ils font l'objet d'une émission fractionnée²⁸⁸. La non-fongibilité du NFT ne serait pas l'élément excluant la qualification de titre financier. Ainsi certains auteurs estiment qu'il ne faut pas exclure catégoriquement les NFT de l'application de la réglementation du droit financier qui est d'ordre public²⁸⁹ et notamment de celle relatives aux titres financiers.

D'autant que les NFT fractionnés font leur apparition et réintègrent donc une part de fongibilité en ce domaine caractérisé par la non-fongibilité. La doctrine fait justement remarquer que « *la proposition amendée par le Parlement européen ainsi que dans celle du*

²⁸³ Article L54-10-1 du Code monétaire et financier

²⁸⁴ P. PAILLER, Les NFT et la réglementation financière, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 36

²⁸⁵ Article L211-1 du Code monétaire et financier

²⁸⁶ *Idem*

²⁸⁷ P. PAILLER, Les NFT et la réglementation financière, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 36

²⁸⁸ *Idem*

²⁸⁹ P. PAILLER, Non Fungible Tokens ou NFT : quelle régulation en droit financier ?, *Revue de droit bancaire et financier*, n°2, Mars 2022, alerte 35

Conseil, dans sa version du 1^{er} avril 2022, le considérant 8 précise que « les parts fractionnées d'un crypto-actif unique et non fongible ne doivent pas être considérées comme uniques et non fongibles »²⁹⁰. Avec cette catégorie de NFT la non-fongibilité ne semble plus un obstacle à la qualification de titre financier.

Toutefois ces NFT fractionnés ne représentent qu'une infime partie des NFT, qui, pour la majorité, sont considérés comme non-fongible.

62. L'exclusion des NFT de la catégorie de titre financier. Ce qui ressort en principe de ces titres financiers est une fois de plus la fongibilité, qui ne caractérise pas les NFT. Même si en cas d'émission fractionnée les titres financiers ne sont alors pas inéluctablement fongibles, la majorité des titres sont de nature fongible. De même pour les NFT fractionnés, qui ne représentent qu'une minorité de NFT.

Comme pour les monnaies virtuelles ou les jetons, ces derniers n'ont pas la même fonction que les NFT puisqu'ils remplissent une fonction d'investissement.

Enfin, cette assimilation pourrait être discutée en raison des actifs sous-jacents²⁹¹. Les titres financiers ne sont par principe pas associés à un sous-jacent. Ces derniers vont pour la plupart, en effet, donner des droits financiers et politiques à leurs titulaires dans une société même s'il existe les titres de créances. On retrouve cette différence de fonction et d'utilité. Leur fonctionnement et leur physionomie sont opposés.

Par conséquent, il apparaît difficile de rattacher les NFT à une quelconque catégorie du droit financier. On ne peut exclure catégoriquement ces derniers de ces classifications, car ils présentent avec ces dernières des points communs notamment pour les NFT fractionnés. Les spécificités du jeton non-fongible laissent tout de même penser que les catégories du droit financier ne sont pas adaptées, pour l'heure à ce dernier. Si l'on devait rapprocher les NFT d'une qualification juridique, il s'agirait sans doute des jetons définis par l'article L552-2 du Code monétaire et financier, qui apparaît être la définition pouvant accueillir plus probablement que les autres le jeton non fongible. Toutefois le régime juridique des jetons reste pour l'heure, inadéquat pour les NFT.

²⁹⁰ P. PAILLER, Les NFT et la réglementation financière, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 36

²⁹¹ J. SCAGLIA, Vademecum de la fiscalité des NFT, Entre incertitude juridique et pistes de réflexion, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n°4, 30 janvier 2023, 145

Il faut alors s'intéresser à une autre branche du droit pour analyser si une catégorie juridique de ce droit pourrait être assimilée aux NFT de manière plus appropriée.

CHAPITRE II – LES NFT AU REGARD DU DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

Le droit financier éprouvant des difficultés à qualifier les jetons non-fongibles, il faut se tourner vers le droit de la propriété intellectuelle pour espérer déceler une qualification adéquate pour les NFT ou qui engloberait un plus grand nombre de cas d'usages de ces jetons. Ainsi pourrait-on considérer que le NFT est une œuvre de l'esprit ou le support de cette œuvre (Section 1) ? Ces qualifications sont envisageables, toutefois, une grande partie de la doctrine semble indiquer que le NFT pourrait remplir les fonctions d'un certificat d'authenticité, lequel a pour rôle d'authentifier une œuvre (Section 2).

Section 1 – Liens entre NFT et œuvre de l'esprit

Les NFT entretiennent des liens très étroits avec le domaine de l'art. Ces liens renvoient aux notions d'œuvre de l'esprit et de droit d'auteur. A cet égard, il convient de se demander si les NFT pourraient eux-mêmes être qualifiés d'œuvre de l'esprit (§1), dans le cas contraire ces derniers pourraient-ils être considérés comme les supports des œuvres (§2) ?

§1 – Le NFT, une œuvre de l'esprit ?

63. Une liste non-exhaustive des œuvres de l'esprit. Une partie de la doctrine estime que « *Le droit ne saisit pas pleinement le potentiel artistique des jetons numériques* »²⁹². Est-ce à dire que le NFT, en raison de son rapport étroit à l'art devrait être qualifié d'œuvre de l'esprit ?

L'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle énumère une liste d'œuvres de l'esprit. Parmi cette liste ne figure pas les NFT. Toutefois, cette liste n'est pas limitative ce qui se constate par l'emploi de l'adverbe « *notamment* » ; de plus figure parmi cette liste les logiciels. On peut alors s'interroger sur le point de savoir si le NFT ne pourrait pas être assimilé à un logiciel au sens de l'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle.

²⁹² T. GIRARD-GAYMAR et D. YBERT DE FONTENELLE, Droit de suite et Non Fungible Tokens : comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'auteur, *Recueil Dalloz* 2022, p 669

64. Le NFT, un logiciel au sens de l'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle ? L'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle, en son 13° cite en tant qu'œuvre de l'esprit « *Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire* »²⁹³. A cet égard, le NFT, en tant que ligne de code et plus précisément en tant qu'empreinte numérique²⁹⁴ peut-il être considéré comme un logiciel au sens de cet article ?

L'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle ne donne pas de définition du logiciel. En revanche, la jurisprudence est venue éclaircir cette notion. Ainsi, dans un arrêt en date du 17 octobre 2012, la Cour de cassation a pu indiquer que pour être considéré comme une œuvre de l'esprit et être original, il faut démontrer que « *les choix opérés par son auteur résulteraient d'un effort créatif portant l'empreinte de sa personnalité ou porteraient la marque d'un apport intellectuel propre et d'un effort personnalisé de son auteur* »²⁹⁵ et ce « *au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante, la matérialisation de cet effort résultant en une structure individualisée* »²⁹⁶. Le NFT ne semble pas présenter un effort créatif de son créateur, qui ne s'attache qu'à inscrire une ligne de code sur la blockchain. Il apparaît donc difficile de considérer que le NFT témoigne d'un réel effort créatif de son créateur, leur création résultant d'un « *processus de codage informatique automatisé et contraignant* »²⁹⁷, mais n'allant pas au-delà de cette logique. Si le NFT ne pourrait pas être assimilé à un logiciel au sens de l'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle, ce dernier créait de la rareté ; ne pourrait-on pas trouver ici l'originalité nécessaire afin de caractériser une œuvre de l'esprit et par conséquent entraîner la qualification d'œuvre de l'esprit des jetons non fongibles ?

65. Le NFT, une nouvelle manifestation d'œuvre de l'esprit ? L'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas limitatif, ce qui peut ouvrir la voie à de nouvelles œuvres de l'esprit, tel pourrait être le cas du NFT qui pourrait alors être protégé par le droit d'auteur²⁹⁸. Dans une question écrite, le sénateur Jérôme Bascher n'a pas exclu la possibilité de qualifier

²⁹³ Article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle

²⁹⁴ A. FAVREAU, Métavers et propriété intellectuelle, *Propriété industrielle*, n°6, Juin 2022, Etude 12

²⁹⁵ Cass. 1re civ., 17 oct. 2012, n° 11-21.641

²⁹⁶ L. BATAILLE et L. BADIANE, NFT : un actif numérique aux contours juridiques incertains, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, Lexis Nexis, n°40, 6 octobre 2022, 1324

²⁹⁷ *Idem*

²⁹⁸ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1er juillet 2022

les NFT d'œuvre de l'esprit notamment en raison de l'évolution du droit et de la subjectivité qui ressort de leur définition²⁹⁹, et qui reste donc ouverte à l'ajout de nouvelles œuvres.

La qualification d'œuvre de l'esprit réside dans la condition d'originalité et dans l'acte créatif³⁰⁰. Il faut un réel processus créatif pour pouvoir qualifier un objet d'œuvre de l'esprit. Ce processus créatif pourrait-il résulter du processus de codage sur la blockchain ? Rappelons que le NFT est un jeton unique car il n'existe pas de ligne de code qui aura les mêmes caractéristiques que ce dernier. Le constat global de la doctrine est que des lignes de code matérialisant un hyperlien renvoyant vers un fichier numérique n'a aucune forme d'originalité et « *ne peut pas être le siège d'un droit d'auteur* »³⁰¹. D'autant qu'admettre qu'une ligne de code présente une certaine originalité ouvrirait la voie à toute sorte de potentielle œuvres de l'esprit. De plus, le processus de codage n'apparaît pas comme manifestant un quelconque processus créatif. Par conséquent, le NFT ne semble pas présenter une quelconque originalité et ne résulte pas d'un tel processus³⁰². Il faut toutefois mesurer le propos, en ce que la définition de l'œuvre de l'esprit peut évoluer et est une notion subjective. Le législateur pourrait donc dans les prochaines années ajouter à la liste non limitative des œuvres de l'esprit de l'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle les NFT.

On pourrait également se demander si l'originalité ne résiderait non pas dans le processus de codage mais dans l'éventuelle œuvre associée au NFT. Il faut objecter à cela que si le NFT est associé à une œuvre numérique, il ne faut pas confondre le jeton et ladite œuvre. Le NFT « *en pointant dans son code source vers l'œuvre permet sa représentation, mais il n'est pas l'œuvre pour autant* »³⁰³.

Il apparaît donc difficile d'assimiler les NFT aux œuvres de l'esprit. En revanche, il est opportun de souligner que si le NFT n'a pas l'air de correspondre à la qualification d'œuvre de l'esprit, le sous-jacent auquel il est associé peut dans certains cas, appartenir à cette catégorie³⁰⁴. On pense ici aux NFT artistiques. Sous réserve que ce sous-jacent remplisse la condition de

²⁹⁹ A. FAVREAU, Métavers et propriété intellectuelle, *Propriété industrielle*, n°6, Juin 2022, Etude 12

³⁰⁰ *Idem*

³⁰¹ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1er juillet 2022

³⁰² J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Dalloz IP/IT 2022*, p260

³⁰³ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Dalloz IP/IT 2022*, p260

³⁰⁴ T. GIRARD-GAYMAR et D. YBERT DE FONTENELLE, Droit de suite et Non Fungible Tokens : comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'auteur, *Recueil Dalloz 2022*, p 669

l'originalité³⁰⁵ qui va se manifester par une « démarche créatrice consciente »³⁰⁶, ce dernier pour être qualifié d'œuvre de l'esprit indifféremment de « son genre, sa forme d'expression, son mérite ou sa destination »³⁰⁷.

En principe, les créateurs de NFT ne devraient donc pas bénéficier « d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »³⁰⁸ consacré à l'article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle en ce que les NFT ne semblent pas correspondre à des œuvres de l'esprit. Certains auteurs indiquent qu'une partie de la doctrine souhaiterait assimiler les NFT aux œuvres de l'esprit pour leur appliquer le régime fiscal des œuvres d'art³⁰⁹. Or, « une éventuelle décision d'appliquer la fiscalité de l'œuvre d'art aux NFT artistiques ne pourrait résulter que d'une extension du régime de l'une aux autres, et non d'une identité de nature entre l'œuvre et le NFT »³¹⁰. Qualifier un objet selon le régime juridique ou fiscal que l'on souhaite lui appliquer n'est en effet pas souhaitable.

Si la majorité des auteurs excluent la qualification d'œuvre de l'esprit, ce qui nous semble justifié, d'autres ont pu indiquer que l'utilisation du NFT en tant que support de l'œuvre n'influerait pas sur la qualification de cette dernière³¹¹. Or, peut-on qualifier le NFT de support de l'œuvre de l'esprit ?

§2 – Le NFT, support de l'œuvre ?

A défaut d'être considéré comme l'œuvre de l'esprit elle-même, le NFT pourrait-il être considéré comme le support de l'œuvre de l'esprit ? Le NFT pourrait-il être au sous-jacent, ce que le tableau est à la peinture³¹² ? Le support de l'œuvre numérique peut prendre diverses formes « que ce soit via l'accès à un service en ligne, tel qu'une galerie virtuelle, ou un espace de stockage, tel qu'une clé USB ou une carte mémoire »³¹³. Est-ce à dire que le NFT, en tant

³⁰⁵ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1er juillet 2022

³⁰⁶ T. GIRARD-GAYMAR et D. YBERT DE FONTENELLE, Droit de suite et Non Fungible Tokens : comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'auteur, *op cit*

³⁰⁷ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *op cit*

³⁰⁸ Article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle

³⁰⁹ A. FAVREAU, Métavers et propriété intellectuelle, *Propriété industrielle*, n°6, Juin 2022, Etude 12

³¹⁰ J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1er juillet 2021

³¹¹ T. GIRARD-GAYMAR et D. YBERT DE FONTENELLE, Droit de suite et Non Fungible Tokens : comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'auteur, *Recueil Dalloz 2022*, p 669

³¹² J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Dalloz IP/IT 2022*, p260

³¹³ C. ZERBIB et W. O'RORKE, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *Propriété industrielle* n°5, mai 2021, étude 11

que ligne de code pourrait être l'une des formes possibles que peut prendre le support d'une œuvre ?

66. Le NFT, nouveau support de l'œuvre de l'esprit ? Certains estiment que le NFT pourrait être le support de l'œuvre numérique en ce que « *En matière artistique, l'utilisation de cette technologie est notamment destinée à garantir l'authenticité d'une création ou de sa reproduction, tout en constituant le support de ce qui pourrait être qualifié, selon le cas, d'œuvre de l'esprit. La fixation d'une œuvre dans un NFT s'inscrirait donc dans l'inexorable mouvement de renouvellement des procédés de fixation par le progrès technique* »³¹⁴.

A cet égard, il est vrai que le NFT contient un lien qui renvoie au sous-jacent associé. Le NFT va désigner le sous-jacent de différentes façons par une « *simple référence « écrite », désignation par une URL qui renvoie à un fichier numérique, désignation par un hash, etc.* ».³¹⁵ En ce sens, on pourrait dire que le NFT supporte l'œuvre puisqu'il va désigner cette dernière, généralement par un lien URL qui renverra au fichier numérique. Toutefois, il semble y avoir quelques obstacles à la qualification du NFT en tant que support.

67. La qualification de support : une qualification inadaptée aux NFT. Si on ne regarde pas attentivement le fonctionnement des NFT on pourrait dire que ces derniers sont composés du sous-jacent et par conséquent que le NFT pourrait être le support de ce dernier et potentiellement le support d'une œuvre de l'esprit.

En réalité, il apparaît compliqué d'admettre que le NFT puisse être considéré comme le support de l'œuvre en ce que l'œuvre est en réalité supportée sur le serveur hébergeant³¹⁶. Le NFT n'est qu'une ligne de code qui renvoie par un lien URL à cette œuvre. Toutefois cette dernière n'est pas stockée sur la blockchain, mais bien sur un serveur tel qu'un cloud par exemple. Il pourrait peut-être en être différemment si le smart contract pouvait accueillir directement le sous-jacent³¹⁷. Il semble donc difficile d'admettre une telle qualification en ce que dans la grande majorité des cas le NFT ne contiendra qu'un lien vers l'œuvre numérique ou sa reproduction³¹⁸. Le NFT ne se confondrait donc pas avec le support de l'œuvre, il ajoute

³¹⁴ T. GIRARD-GAYMAR et D. YBERT DE FONTENELLE, Droit de suite et Non Fungible Tokens : comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'auteur, *op cit*

³¹⁵ 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, 1^{er} décembre 2021

³¹⁶ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Dalloz IP/IT 2022*, p260

³¹⁷ *Idem*

³¹⁸ L. BATAILLE et L. BADIANE, NFT : un actif numérique aux contours juridiques incertains, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, Lexis Nexis, n°40, 6 octobre 2022, 1324

plutôt et accompagne « *le support dématérialisé pour lui donner une valeur économique plus importante* »³¹⁹.

Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique va également dans ce sens en ce qu'il estime que le NFT ne serait pas le support de l'œuvre. Toutefois, il assimile les NFT à un support dans l'hypothèse où l'œuvre serait reproduite directement dans le jeton et qu'il s'agirait d'un crypto-art natif³²⁰.

On pourrait alors s'interroger sur le point de savoir si dans un tel cas le NFT ne pourrait pas être considéré comme le support de l'œuvre. Or, dans toutes ces analyses, on oublie que le sous-jacent n'est pas forcément une œuvre de l'esprit. Le sous-jacent ne sera pas une œuvre de l'esprit lorsque le NFT le sous-jacent sera simplement une image ou un tweet. Si le sous-jacent n'est pas une œuvre de l'esprit, le NFT ne peut donc pas être le support de cette dernière. Par conséquent, même si on admettait que le NFT puisse être qualifié de support de l'œuvre de l'esprit, ce qui ne semble pas être le cas, cette qualification ne prendrait pas en compte toutes les hypothèses du NFT mais seulement une partie de ses utilisations possibles. Il s'agit donc une fois de plus, d'une qualification qui n'est adaptée qu'à une certaine utilisation des NFT.

En conséquence, le NFT ne semble pas correspondre à la qualification du support en ce que ce dernier, même en présence d'un sous-jacent œuvre de l'esprit, ne supporte pas directement ce dernier mais renvoie par un lien à ce fichier. Dans l'hypothèse où ce dernier serait directement incorporé au NFT, cette qualification n'est pas satisfaisante pour l'ensemble des possibles usages qui peuvent être faits de ces jetons, en ce que tous les sous-jacents ne sont pas des œuvres de l'esprit.

Il convient alors de s'intéresser à différentes catégories juridiques plus appropriées à la majorité des cas d'utilisation des NFT. A cet égard on peut se demander si le NFT ne répondrait pas plutôt aux caractéristiques d'un certificat d'authenticité.

Section 2 – Le NFT, un certificat d'authenticité ?

Le NFT ne semble correspondre ni à une œuvre de l'esprit ni au support de cette dernière. Le droit de la propriété intellectuelle connaît de d'autres catégories juridiques qui pourraient potentiellement être assimilées de manière plus appropriée à la nature du NFT. On

³¹⁹ A. FAVREAU, *Métavers et propriété intellectuelle*, *Propriété industrielle*, n°6, Juin 2022, Etude 12

³²⁰ V. SERFATY, *Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit*, *Dalloz IP/IT*, 2023, p 77

pense ici au certificat d'authenticité qui semble se rapprocher du NFT. Ce dernier « *a pour fonction d'attester de la paternité et de l'intégrité d'une œuvre* »³²¹. Le NFT n'atteste-t-il pas de l'originalité du sous-jacent qui lui est associé ?

Afin de répondre à cette question, il s'agira dans un premier temps de voir que certains éléments tendent à favoriser une assimilation du NFT au certificat d'authenticité (§1). Toutefois, dans un second temps, il sera opportun d'analyser comme pour les qualifications abordées précédemment, les obstacles à cette qualification du NFT (§2).

§1 – Des similitudes en faveur d'une assimilation du NFT au certificat d'authenticité

Le certificat d'authenticité a pour fonction d'authentifier une œuvre en attribuant cette dernière à l'auteur qui lui est associé. A cet égard, « *En matière d'art numérique, le NFT peut effectivement remplir cette fonction d'authentification dans la mesure où le fichier de métadonnées contient toutes les informations permettant l'identification de l'œuvre, et en particulier le nom de son auteur* ». ³²²

68. Une possible qualification tenant au caractère infalsifiable de la blockchain. Un certain nombre d'auteurs qualifient le NFT de certificat d'authenticité. Il s'agit de la première qualification envisagée par la majorité de la doctrine à l'apparition de ces jetons³²³. Pour certains, associé le NFT à un certificat d'authenticité de l'œuvre s'explique notamment en raison du caractère infalsifiable de la blockchain³²⁴. L'absence de possibilité de modifier les informations permet en effet de ne pas pouvoir les informations qui ont été enregistrées au moment de l'inscription du NFT sur la blockchain. Ainsi, selon cette partie de la doctrine, « *sa non-fongibilité et son inscription en blockchain constituent des garanties sans commune mesure là où un certificat classique pourrait être facilement copié* »³²⁵.

³²¹ V. SERFATY, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, *Daloz IP/IT*, 2023, p 77

³²² J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1er juillet 2021

³²³ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1er juillet 2022

³²⁴ V. SERFATY, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, *Daloz IP/IT*, 2023, p 77

³²⁵ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Daloz IP/IT* 2022, p260

Le NFT va en effet permettre d'identifier le créateur du jeton mais également son propriétaire avec certitude grâce à son inscription en blockchain ainsi que certifier et garantir l'authenticité du fichier sous-jacent³²⁶.

69. L'absence d'exigibilité de la qualité d'expert pour l'émetteur du certificat. De plus le certificat d'authenticité, même s'il aura plus de valeur lorsque la personne émettrice sera un « *sachant* »³²⁷, il peut être émis par n'importe qui³²⁸. Ainsi, le fait que les NFT ne soit pas nécessairement émis par un expert de l'art ne semble pas un obstacle à la qualification de ce dernier en tant que certificat d'authenticité. Le NFT remplira *a fortiori* cette fonction de certificat d'authenticité lorsqu'une marque émettra elle-même des NFT, ou lorsqu'une personne émettra un jeton représentant son image³²⁹.

Si ces éléments tendent en faveur d'une possible qualification de certificat d'authenticité pour les jetons non fongibles, cette potentielle nature juridique ne semble toutefois pas satisfaisante en tout point.

§2 – Des obstacles à la qualification de certificat d'authenticité du NFT

Si le NFT remplit certaines fonctions propres au certificat d'authenticité, cette qualification semble tout de même en pratique difficile à admettre.

70. L'absence de totale fiabilité des informations stockées sur la blockchain. La doctrine estime en effet que la seule information fiable serait celle « *relative à l'émetteur du jeton et des droits associés, dans la mesure où les autres informations, faute de tiers vérificateurs des contenus des fichiers sous-jacents, ne sont pas certifiées* »³³⁰. Certes, il semble difficile de modifier le nom de l'émetteur du jeton. En revanche, qu'est-ce qui empêche ce dernier d'inscrire des droits qui ne seraient finalement pas cédés dans l'acte de cession du NFT ?

Le smart contract sur lequel sont inscrites les informations relatives au jeton n'est juridiquement pas reconnu comme un contrat ; par conséquent les informations qui y sont inscrites n'ont aucune valeur juridique. Ainsi, la fiabilité des informations inscrites sur le jeton

³²⁶ A. SAUVIAT, NFT et droits de propriété intellectuelle, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°192, 1er mai 2022

³²⁷ C. CARON, Le passeport de l'authenticité, *Communication Commerce électronique*, n°6, Juin 2021, repère 6

³²⁸ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Daloz IP/IT 2022*, p260

³²⁹ J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1er juillet 2021

³³⁰ V. SERFATY, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, *Daloz IP/IT*, 2023, p 77

n'est pas absolue *a fortiori* en l'absence de tiers vérificateurs puisqu'il est possible d'inscrire des informations erronées sur la blockchain³³¹.

71. Le NFT, un certificat d'authenticité sans valeur ? Les certificats d'authenticité n'ont de valeur qu'en fonction de celui qui l'émet³³². Un certificat d'authenticité n'a en effet de véritable valeur que lorsqu'il est rédigé par un « *sachant* »³³³ qui va avoir « *des compétences reconnues sur le marché de l'art* »³³⁴. Certes tout le monde peut authentifier une œuvre, mais elle n'aura pas de véritable valeur lorsque c'est un simple inconnu qui l'authentifie.

Tel peut être le cas de l'émetteur du NFT puisque tout le monde peut émettre des NFT sur la blockchain, du professionnel de l'art à une personne physique qui souhaiterait juste émettre un NFT donnant des droits sur un de ses biens. Le problème survient notamment lorsque les NFT sont revendiqués en tant que produit de certaines marques. Dans l'affaire MetaBirkin le problème était que l'émetteur n'était pas Hermès et que ce dernier n'avait d'ailleurs pas eu l'autorisation de la marque pour émettre un NFT représentant un produit bien connu de la marque. Dans un tel cas comment avoir confiance en ledit émetteur alors que le rôle d'un certificat d'authenticité est normalement d'attester de l'authenticité du bien ou de l'œuvre.

Il faut ajouter que le certificat d'authenticité est normalement délivré par l'auteur de l'œuvre ou un expert engageant sa responsabilité³³⁵. Or en matière de NFT pour vérifier que l'émetteur premier du NFT est bien le créateur de l'œuvre il faudra que l'artiste « *prenne des mesures techniques, telles que la publication de son adresse blockchain, de nature à vérifier la provenance du NFT* »³³⁶. Or, si cela est rare, il se peut en plus que l'émetteur du NFT ne soit pas le créateur de l'œuvre mais simplement une personne qui a pu obtenir les droits nécessaires à sa reproduction vers lequel renvoie le NFT. L'émetteur du NFT ne sera donc pas de facto l'auteur³³⁷ de l'œuvre associée.

L'authenticité du jeton incombe à cet égard, à l'acheteur de ce dernier sur OpenSea³³⁸. Quelle est donc la valeur d'un certificat d'authenticité qui n'authentifie pas certainement l'œuvre à laquelle il est rattachée ? D'autant que même si les NFT sont émis par des maisons

³³¹ *Idem*

³³² J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Daloz IP/IT 2022*, p260

³³³ C. CARON, Le passeport de l'authenticité, *Communication Commerce électronique*, n°6, Juin 2021, repère 6

³³⁴ *Idem*

³³⁵ C. ZERBIB et W. O'RORKE, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *Propriété industrielle* n°5, mai 2021, étude 11

³³⁶ *Idem*

³³⁷ J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1er juillet 2021

³³⁸ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Daloz IP/IT 2022*, p260

spécialisées, le nom de l'émetteur ne sera jamais certain, sauf à ce que son adresse blockchain soit communiquée³³⁹. La blockchain n'empêche donc pas une personne de créer un NFT sur une œuvre protégée³⁴⁰.

72. Une qualification restreinte au domaine de l'art. Il faut ajouter que comme pour l'hypothèse du support, qualifier les NFT de certificat d'authenticité n'est pas une qualification appropriée à l'ensemble des usages qui peuvent être faits des NFT. Si on admettait que les NFT étaient des certificats d'authenticité cela reviendrait à limiter ces derniers au seul domaine de l'art puisque lesdits certificats ont pour fonction de certifier le fait que l'œuvre a bien été créée par l'artiste visé³⁴¹. Or le sous-jacent n'est pas toujours une œuvre numérique. Cela a été dit le sous-jacent peut être de toute nature. A cela on pourrait objecter que le NFT pourrait être une nouvelle sorte de certificat d'authenticité qui permettrait de certifier au-delà des œuvres les émetteurs des droits que confèrent le NFT. Il pourrait par exemple certifier que le tweet émis est bien celui de Trump, puisque pour rappel ce dernier a vendu l'un de ses tweets sous forme de NFT. Toutefois, le NFT n'identifie pas seulement l'émetteur du jeton, ses fonctions vont au-delà. Il va identifier également le titulaire du NFT et donc celui qui est titulaire des droits³⁴² que ce dernier concède.

Par conséquent, si par certains éléments caractéristiques du NFT, ce dernier pourrait être assimilé à un certificat d'authenticité, il existe certains obstacles à une telle qualification notamment en ce que les informations sur la blockchain peuvent être falsifiées. Ce dispositif ne signifie pas que les informations inscrites ne peuvent pas être erronées. De plus admettre une telle qualification réduirait les NFT au domaine de l'art, sauf à admettre que cette qualification ne soit applicable qu'aux NFT artistiques.

Si le droit de la propriété intellectuelle et le droit financier peinent à se saisir des NFT, on peut se demander si le droit des biens ne pourrait pas réussir là ces branches du droit ont échoué, c'est-à-dire dans une qualification applicable à tous les jetons non fongibles.

³³⁹ *Idem*

³⁴⁰ J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1er juillet 2021

³⁴¹ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1er juillet 2022

³⁴² *Idem*

TITRE II – LE DROIT DES BIEN AU SECOURS DES DIFFICULTES DE QUALIFICATION

Le droit des biens pourrait être la branche du droit apte à assimiler le NFT à une catégorie juridique existante. Certains n'ont aucun doute, les NFT sont des « *biens incorporels* »³⁴³. Serait-ce donc la seule certitude juridique relative aux NFT ?

Il s'agira alors d'analyser dans une première partie, si le NFT, ligne de code pourrait être qualifié de bien meuble incorporel (Chapitre 1). Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a pu indiquer que le NFT pourrait être considéré comme une sorte de titre de propriété. Il conviendra alors de s'intéresser à cette possible nature juridique assimilable au NFT et donc de voir si ce dernier pourrait en effet être qualifié de titre de propriété en raison de sa possible force probante sans égal dans une seconde partie (Chapitre 2).

CHAPITRE I – LE NFT : UN BIEN MEUBLE INCORPOREL, SEULE CERTITUDE JURIDIQUE ?

Lorsqu'on « *achète* » un NFT on peut se demander ce qu'on achète. Achète-t-on seulement le jeton qui est associé à un sous-jacent ? Achète-t-on le jeton et le sous-jacent ? Parfois, certains parlent d'un « *achat du vide* »³⁴⁴ tant il est de difficile de déterminer ce que l'on acquiert. Afin de mieux comprendre cet « *achat* » il apparaît nécessaire de s'intéresser au fait de savoir si le NFT est dissociable du sous-jacent auquel il est associé (Section 1), voire si ce dernier peut être qualifié de bien (Section 2).

Section 1 – Le NFT, une valeur dissociable de celle du sous-jacent ?

Il ne fait aucun doute que le NFT est une chose incorporelle. Les choses incorporelles peuvent se définir comme « *celles qui ne sont pas dotées d'une corporalité et qui ne sont perceptibles à ce titre que par la pensée de l'homme* »³⁴⁵. En revanche, « *toutes les choses ne sont pas des biens [...] ne sont des biens que celles qui peuvent être appropriées* »³⁴⁶. Afin de déterminer si le NFT peut être une chose qualifiable de bien, encore faut-il que ce dernier puisse

³⁴³ M. TORELLI et G. HAAS, Non Fungible Tokens (NFT) : un outil efficace de protection des marques, *Revue Lamy droit des affaires*, n°175, 1er novembre 2021

³⁴⁴ M. VIVANT, NFT : le renouvellement du marché de l'art par la finance ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 39

³⁴⁵ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2ème édition, 2019

³⁴⁶ G. MEMETEAU, *Droit des biens*, Collection Paradigme, 12^{ème} édition, 2020

être un objet distinct du sous-jacent auquel il est associé (§1). De plus, une chose doit nécessairement avoir une valeur patrimoniale³⁴⁷ afin d'être qualifiée de bien ; il s'agira alors d'analyser si les jetons non-fongibles sont susceptibles d'avoir une valeur patrimoniale (§2).

§1 – NFT et sous-jacent, des objets distincts

Pour que le NFT soit qualifié de bien, encore faut-il que ce dernier puisse être distingué du sous-jacent auquel il renvoie. Afin de déterminer si le NFT peut être qualifié de bien meuble incorporel, il s'agit donc préalablement de déterminer si ce dernier est dissociable du sous-jacent auquel il est associé. Il s'agit en effet de se questionner sur le point de savoir si le NFT et le sous-jacent doivent être distingués l'un de l'autre ou s'ils doivent être assimilés³⁴⁸, c'est-à-dire former un tout indivisible.

73. NFT et actif sous-jacent forment-ils un seul et même bien ? Afin de déterminer si le NFT peut se distinguer du sous-jacent ou si les deux ne forment qu'un seul et même bien, il faut tenir compte des différentes natures possibles du sous-jacent et des droits attribués par le NFT sur ce dernier. De plus, une partie de la doctrine assimile le sous-jacent au bien corporel qui peut être représenté par ce dernier. Or, ici nous adoptons une conception stricte du sous-jacent. Dans notre conception le sous-jacent « désigne le bien incorporel défini par les métadonnées associées au NFT »³⁴⁹.

Par conséquent, lorsque l'on parle de sous-jacent on vise le fichier numérique auquel renvoie le lien URL contenu dans le NFT et non le potentiel bien corporel représenté numériquement. Cette précision est importante en ce qu'il faut bien distinguer les différents objets de propriété. Le NFT peut octroyer des droits sur un bien corporel, toutefois, dans notre analyse, lorsque l'on vise le sous-jacent on parle du fichier numérique associé à ce jeton. Le NFT ne transférera la propriété du bien corporel représenté par le fichier numérique auquel est associé le jeton que si cela est précisé dans le smart contract, encore faut-il que le vendeur de NFT possède des droits sur ce bien³⁵⁰.

³⁴⁷ *Idem*

³⁴⁸ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

³⁴⁹ V. VAMEROT, Actes de colloque – La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers, *Droit fiscal*, n°36, 8 septembre 2022

³⁵⁰ L. BATAILLE et L. BADIANE, NFT : un actif numérique aux contours juridiques incertains, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, Lexis Nexis, n°40, 6 octobre 2022, 1324

74. Deux objets distincts. Il semble tout de même que le NFT et le sous-jacent soient deux entités distinctes. D'autant que la propriété du sous-jacent ne dépendra que de ce qui est mentionné dans le smart contract ; la propriété du NFT n'entraîne donc pas de facto la propriété du sous-jacent³⁵¹. Par conséquent, si la propriété de l'un n'entraîne pas la propriété de l'autre c'est donc bien qu'il y a deux choses distinctes : le jeton et le sous-jacent dont le lien permettant d'y accéder est contenu dans les métadonnées du NFT.

Ce qui est certain c'est que si le NFT ne forme pas un seul et même bien avec le sous-jacent, leurs valeurs sont intrinsèquement liées. Il est difficile de vendre un NFT qui accorde des droits sur un sous-jacent sans avoir de droits sur ce dernier³⁵². Toutefois le NFT a-t-il une valeur distincte de celle du sous-jacent ?

§2 – Quelle valeur pour le NFT ?

75. Une valeur distincte de celle du bien représenté par le sous-jacent. Dans l'hypothèse où le sous-jacent est une représentation numérique d'un bien corporel, le NFT qui ne transmet pas dans tous les cas la propriété du bien représenté pourrait avoir une valeur indépendante de ce bien physique³⁵³. Par exemple, si une personne physique décide de créer un NFT qui serait la représentation de la table qui lui appartient, ce dernier pourrait très bien conserver la propriété de cette table et vendre le NFT associé à un fichier sous-jacent représentant la table. Dans un tel cas le bien et le NFT ont une valeur distincte. Toutefois le NFT a-t-il une valeur distincte du fichier numérique associé au jeton ? A fortiori, ce fichier numérique matérialisant l'image de la table, bien meuble corporel, peut-il être considéré a-t-il lui-même une valeur ?

76. NFT et sous-jacent : des valeurs distinctes mais liées. Certains auteurs indiquent que dans l'hypothèse où le NFT représente un bien matériel qui va rester entre les mains de son propriétaire, le sous-jacent et le NFT ont une valeur distincte or lorsque le fichier « *minter* » correspond à un certificat d'entretien d'un véhicule, le NFT n'a aucune valeur distincte du sous-jacent, à savoir le véhicule³⁵⁴. Toutefois avec une telle conception on considère que le sous-jacent va être le bien corporel représenté ou auquel renvoie le NFT. De plus dans l'exemple du

³⁵¹ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

³⁵² D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

³⁵³ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

³⁵⁴ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

certificat d'authenticité, avec cette conception, on pourrait penser que le certificat d'authenticité « *minter* » est le NFT lui-même. Or, le certificat est le fichier numérique lié au NFT, qui est le jeton inscrit sur la blockchain. Ces exemples démontrent l'importance de distinguer les différents objets juridiques en cause dans le domaine des NFT et de comprendre quelle est la valeur de ce jeton et l'objet de propriété lorsqu'on acquiert le NFT.

Il semble qu'on puisse affirmer que si la propriété de l'un n'entraîne pas la propriété de l'autre, « il est bien évident que la valeur du bien NFT est très dépendante, d'une part, des droits conférés sur le sous-jacent et, d'autre part, de la valeur du sous-jacent. Il y a donc « *un lien nécessaire entre les deux biens et, partant, entre les deux droits* »³⁵⁵. Ainsi, certes le NFT a une valeur propre, toutefois il n'a de valeur que parce qu'il va accorder des droits sur un sous-jacent, fichier numérique auquel il renvoie qui va pouvoir être une œuvre numérique, un acte juridique, des accessoires pour un avatar dans un jeu vidéo.

Certains auteurs voient une réelle valeur dans le NFT en ce que « *les NFT transcendent la vacuité du virtuel pour y produire de la valeur. Économiquement, la finalité est ainsi de créer de la rareté dans le monde numérique qui sera comparable à celle du support matériel de l'œuvre dans le monde physique où il se présente comme un bien rival* »³⁵⁶. Il ressort globalement des articles doctrinaux que les NFT aurait une valeur et créerait même de la valeur là où il n'y en a normalement pas, c'est-à-dire lorsque le sous-jacent n'est pas une chose appropriable.

La valeur du NFT dépend encore des droits qu'il va conférer à détenteur cela signifie que « *ce n'est pas la même chose, s'agissant d'une œuvre de l'esprit, de jouir d'un jeton représentant un droit de propriété incorporel sur une banale reproduction numérique, fût-elle unique, ou d'un jeton représentant un droit de propriété incorporel sur un exemplaire original d'un œuvre nativement numérique [...] La valeur du NFT varie également en fonction de l'existence ou non d'une licence d'utilisation et de l'étendue des droits qu'elle confère au propriétaire du NFT* »³⁵⁷. Le NFT a donc une valeur distincte du sous-jacent mais cette dernière va varier selon les droits qu'il va conférer sur ce dernier notamment s'il y a transfert de propriété de ce dernier, également selon les droits qu'il va conférer sur le bien corporel dont le sous-

³⁵⁵ *Idem*

³⁵⁶ V. SERFATY, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, Dalloz IP/IT, 2023, p 77

³⁵⁷ V. VAMEROT, Actes de colloque – La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers, Droit fiscal, n°36, 8 septembre 2022

jacent est la représentation, de la valeur du sous-jacent lui-même, ou encore de la notoriété du vendeur³⁵⁸.

Si le NFT est donc un bien distinct du sous-jacent et peut avoir une valeur patrimoniale, il peut alors potentiellement être qualifié de bien. Toutefois, pour que ce dernier puisse être qualifié de bien, encore faut-il qu'il soit appropriable. De plus son incorporelité pourrait-elle être un obstacle à une telle qualification ?

Section 2 – Une ligne de code peut-elle être un bien ?

Le Code civil ne distingue pas les biens selon qu'ils sont corporels ou incorporels³⁵⁹. Toutefois lorsque le Code civil a été adopté, les biens visés étaient ceux qui étaient corporels. L'incorporelité des NFT pourrait-elle être un obstacle à leur qualification de bien ?

Cela soulève la question de savoir si une chose incorporelle peut être appropriable et plus encore si une ligne de code peut elle-même faire l'objet d'une appropriation³⁶⁰. Il s'agira alors de voir si une ligne de code peut être qualifiée de bien (§1), avant de voir si les NFT peuvent être appropriées, critère indispensable pour une qu'ils soient considérés comme des biens (§2).

§1 – Une évolution de la catégorie juridique des biens en faveur des NFT

L'incorporelité des NFT peut-elle être un obstacle à ce que ces derniers soient considérés comme des biens ? Plus précisément, une ligne de code peut-elle être assimilée à une telle catégorie ?

Si certains auteurs, très minoritaires, sont contre admettre la propriété des choses incorporelles estimant qu'elles ne sont pas appropriables³⁶¹, d'autres y sont favorables³⁶².

77. Les arguments contre une qualification de bien du NFT. La doctrine estime que le NFT « *ne représente pas le bien et ne permet pas plus de créer un nouveau bien totalement distinct du sous-jacent* »³⁶³. Certains auteurs considèrent en effet que « *Le NFT n'est donc pas*

³⁵⁸ J. SENECHAL, 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, n°4, Juillet 2022, dossier 33

³⁵⁹ C. GRIMALDI, Droit des biens, LGDJ, Lextenso, 2ème édition, 2019

³⁶⁰ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

³⁶¹ A.-C. RENOARD, Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts : Renouard, 1838

³⁶² N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

³⁶³ D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

un bien ayant une valeur en lui-même. C'est le support acquis qui a une certaine valeur. On ne spéculé pas sur l'augmentation de la valeur du NFT mais sur celle du bien sous-jacent ou du droit acquis. Le titulaire du NFT peut ainsi avoir les mêmes droits que le propriétaire du sous-jacent ou seulement certains d'entre eux »³⁶⁴.

Or, comme cela a pu être précisé précédemment il semble que le NFT puisse avoir une valeur indépendante du sous-jacent, puisque l'achat de l'un n'entraîne pas de facto la cession de l'autre, c'est donc bien que le NFT peut être acquis indépendamment du sous-jacent tout en conférant des droits sur ce dernier. De plus lorsque le NFT renvoie à une image ou une vidéo, il sera associé à une chose non appropriable donc une chose qui n'est pas censée avoir de valeur. Le NFT a donc une réelle valeur dans ce cas.

78. Les arguments en faveur de la qualification de bien du NFT. Une partie de la doctrine estime que le NFT peut être « *un bien valorisable et, partant, appréhendable et appropriable* »³⁶⁵. Certains n'ont en effet aucun doute, le NFT est un bien et affirme que l'achat d'un NFT consiste en « *l'acquisition d'un bien incorporel : le « jeton » ou NFT* »³⁶⁶. Lesquels ajoutent que la disparition du sous-jacent, sur lequel le NFT accorde des droits, entraîne de facto la « *disparition* » du NFT³⁶⁷ du moins la disparition de sa valeur puisque ce dernier ne peut pas être détruit sur la blockchain. Cela prouve le lien étroit entre le NFT et le sous-jacent associé et notamment le fait que la valeur du NFT est liée au sous-jacent. Toutefois ce lien entre le NFT et le sous-jacent ne semble pas être un obstacle à la qualification de bien du NFT.

Pour la doctrine le fait que le NFT soit une ligne de code ne semble pas un obstacle. Ainsi, Maître Haas et Maître Torelli lors de leur analyse pour déterminer si un NFT pouvait être un jeton au sens de l'article L552-2 du Code monétaire et financier ont indiqué que « *Tout d'abord, le jeton doit constituer un bien incorporel. Tel sera, a priori, le cas du NFT. En effet, sur le plan technique, le NFT constitue une ligne de code sur une blockchain donnée* »³⁶⁸.

Si on adopte une interprétation par analogie, on peut faire remarquer que le jeton, avant d'être qualifié de bien meuble incorporel par la loi PACTE avait été qualifié de bien par la

³⁶⁴ D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

³⁶⁵ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

³⁶⁶ A. SAUVIAT, NFT et droits de propriété intellectuelle, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n°192, 1er mai 2022

³⁶⁷ D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

³⁶⁸ M. TORELLI et G. HAAS, Non Fungible Tokens (NFT) : un outil efficace de protection des marques, Revue Lamy droit des affaires, n°175, 1er novembre 2021

jurisprudence³⁶⁹. Le Conseil d'Etat avait notamment adopté une telle position dans une décision du 25 avril 2018³⁷⁰. Ainsi, même si la loi reste muette quant à la qualification des NFT, on peut envisager que la jurisprudence pourrait prochainement se prononcer en faveur d'une qualification de bien meuble incorporel à l'instar des jetons visés par l'article L552-2 du Code monétaire et financier. D'autant qu'au sens technique, le NFT est un jeton, on pourrait donc pas envisager d'adopter la même qualification de bien meuble incorporel pour le jeton, actif numérique et les NFT.

Dans le même sens le Conseil des ventes volontaires a indiqué que les NFT constituaient « *une catégorie particulière de biens incorporels* »³⁷¹. Toutefois, Maître L'Hopitalier et Maître Nadjombre ont pu indiquer que « *Un NFT n'est qu'un code renvoyant à un fichier numérique créé sur la blockchain suivant un procédé exclusivement informatique. Cette particularité du NFT rend difficilement transposable le régime juridique applicable à la majorité des biens incorporels.* »³⁷². Pour ces auteurs, les NFT seraient certes des biens meubles incorporels, mais pas comme les auteurs en ce qu'il est une simple ligne de code rendant difficilement applicable le régime des biens incorporels. A cet égard, il a pu être vu précédemment qu'une partie du régime de la propriété classique pouvait être transposable aux NFT mais que certains points pouvaient poser problème notamment l'inscription du jeton sur la blockchain. En faveur de cet argument, il faut souligner le fait que les jetons visés par l'article L552-2 du Code monétaire et financier, ont été qualifiés de biens meubles incorporels alors même qu'ils fonctionnent également sur la blockchain. On peut donc envisager que le NFT soit considéré comme un bien meuble incorporel malgré son inscription en blockchain.

79. Une qualification de bien meuble incorporel applicable seulement à certains NFT ?

Alternativement, certains auteurs estiment que certains NFT pourraient être considérés comme des NFT tandis que d'autres ne le seraient pas notamment quand ils remplissent une fonction de titre de propriété ou de preuve d'authenticité³⁷³. Dans d'autres situations ce dernier aurait

³⁶⁹ J. SCAGLIA, Vademecum de la fiscalité des NFT, Entre incertitude juridique et pistes de réflexion, La Semaine Juridique Edition Générale, n°4, 30 janvier 2023, 145

³⁷⁰ CE, 25 avr. 2018, n° 417809 à 418033

³⁷¹ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n°194, 1er juillet 2022

³⁷² M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n°194, 1er juillet 2022

³⁷³ V. DE BONNAFOS, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles, Revue pratique de la prospective et de l'innovation, n°2, Novembre 2022, dossier 20

« une valeur intrinsèque et séparée de l'actif sous-jacent »³⁷⁴ et pourrait donc être assimilé à un bien meuble incorporel. Il ne faut donc pas exclure la possibilité de qualifier seulement certains NFT de bien meuble incorporel. Toutefois, il faudra ultérieurement si la qualification de bien du NFT est réellement un obstacle à sa qualification de titre de propriété.

A notre sens, il ne semble y avoir aucun obstacle résidant dans l'incorporalité du NFT pour que ce dernier puisse être qualifié de bien meuble incorporel. D'autant qu'on observe une extension de la catégorie de biens, l'espérance légitime ou encore une créance³⁷⁵ ont pu être qualifiés de biens. Le NFT étant distinct du sous-jacent auquel il est associé rien n'empêche donc que ce dernier puisse être qualifié de bien. Toutefois, pour que ce dernier puisse faire l'objet d'une telle qualification, encore faut-il que ce dernier soit appropriable.

§2 – Le NFT, une chose incorporelle appropriable ?

Pour établir si le NFT encore faut-il puisse être objet de propriété, c'est-à-dire qu'il faut que le NFT ait une valeur et qu'il soit appropriable³⁷⁶.

80. Les choses qui ne sont pas appropriables. Il y a des choses qui ne sont appropriables et donc qui ne peuvent pas être considérées comme des biens. A cet égard, l'article 714 du Code civil dispose que « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous »³⁷⁷. Par conséquent, les choses communes ne peuvent pas être des biens car elles ne sont pas appropriables. Toutefois, le NFT n'est pas une chose commune, il a un propriétaire et est commercialisé. L'article 714 du Code civil n'apparaît donc pas s'appliquer au NFT et être un obstacle à sa qualification de bien.

81. L'appropriabilité du NFT. Afin d'être appropriable un bien devra pouvoir circuler, changer de mains³⁷⁸. A cet égard, les NFT circulent, ils sont commercialisables et peuvent changer de propriétaire. L'incorporalité des NFT ne semble pas être un obstacle à cette appropriabilité tant que la propriété de ce dernier peut être transférée.

³⁷⁴ *Idem*

³⁷⁵ G. LARDEUX, Cours de Droit des biens, Licence 3 de Droit, Année 2020-2021

³⁷⁶ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

³⁷⁷ Article 714 du Code civil

³⁷⁸ V. SERFATY, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, Dalloz IP/IT, 2023, p 77

A cet égard, le législateur a modifié l'article L320-1 du Code de commerce par l'article 5 de la loi n°2022-267 du 28 février 2022, en englobant dans la vente aux enchères des meubles les ventes de NFT. Par conséquent, avec cette loi le législateur fait « *à la fois faire de ces valeurs numériques artistiques des meubles incorporels, mais aussi, en assurant leur transmissibilité, dire en creux que ceux-ci sont appropriables* »³⁷⁹. Le législateur est donc lui-même favorablement indirectement à une qualification des NFT de bien meuble incorporel.

Rien ne semble donc faire obstacle à l'appropriabilité des NFT. Si les NFT apparaissent comme des biens meubles incorporels en raison de leur inscription sur la blockchain, rien ne s'oppose à une telle qualification. Toutefois, les NFT semblent présenter un certain intérêt probatoire. Cette fonction pourrait-elle entrer en contradiction avec cette qualification de bien meuble incorporel ? Le NFT pourrait-il être considéré comme un titre de propriété ?

CHAPITRE II - LE NFT, UN TITRE DE PROPRIETE ?

Le NFT atteste incontestablement des droits que son propriétaire détient sur un sous-jacent. Pourrait-il être alors considéré comme un instrument probatoire et plus précisément un titre de propriété en ce qu'il prouverait que son détenteur est bien propriétaire du sous-jacent auquel il est associé ? Toutefois peut-on considérer que le NFT sera toujours un titre de propriété lorsque le sous-jacent n'est pas transféré avec ce dernier ou que ledit sous-jacent est une chose non appropriable ?

Certains affirment que le NFT créerait alors de la propriété sur des choses normalement appropriables. Il s'agira dans ce cas de voir dans quelles mesures le NFT pourrait être considéré un nouveau titre de propriété (Section 1). Dans un second temps, il conviendra d'analyser que le sous-jacent et le NFT dans la majorité des cas semblent être utilisés comme un principal et un accessoire, à charge toutefois de déterminer lequel est le principal et lequel est considéré comme l'accessoire (Section 2).

Section 1 – Le NFT : l'émergence d'un nouveau titre de propriété ?

Si dans un premier temps, il conviendra de voir que le NFT se révèle être un véritable instrument probatoire en ce que ce dernier prouve notamment la propriété de son détenteur sur un sous-

³⁷⁹ V. SERFATY, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, Dalloz IP/IT, 2023, p 77

jacent ou les droits que ce dernier possède sur ce fichier (§1) ; il s'agira dans un second temps d'analyser si le NFT peut être à la fois un bien meuble incorporel et un titre de propriété (§2).

§1 – Le NFT, un véritable instrument probatoire

82. Le NFT, instrument de preuve de la propriété de son détenteur sur le sous-jacent.

Le NFT peut se révéler être un réel instrument probatoire et plus précisément il peut permettre de prouver la propriété de son détenteur sur le sous-jacent.

Une partie de la doctrine est favorable à une telle qualification. De plus, l'industrie du luxe semble également penser que la blockchain et plus précisément les NFT pourraient métamorphoser les titres de propriétés notamment en assurant « *une meilleure traçabilité de leur produit et une optimisation de leur authentification* »³⁸⁰. Certains auteurs affirment à cet égard que le NFT serait « *destiné à garantir la propriété d'un actif tokenisé, et lié de manière unique à ce dernier soit parce qu'il contient un lien vers cet actif, soit parce que ce dernier est directement incorporé dans le NFT* »³⁸¹.

Dans sa fonction de titre de propriété, le NFT prouve donc l'acquisition d' « *une œuvre numérique, un terrain sur le métavers, une carte d'adhérent, éventuellement numéroté, à un club. Il acquiert le droit d'accès à un festival, à un événement éventuellement accompagné de prérogatives, une carte de jeu à laquelle des prérogatives peuvent être attachées* »³⁸². Le NFT en permettant de prouver les droits détenus sur un sous-jacent semble bien plus se rapprocher d'un titre de propriété que d'un certificat d'authenticité³⁸³. Le NFT ne va pas permettre de transférer la propriété du sous-jacent simultanément à celle du jeton, toutefois il va permettre de prouver que la cession du sous-jacent a eu lieu et que le propriétaire du NFT détient également les droits sur le sous-jacent³⁸⁴.

83. Une force probante incontestable en raison de l'inscription du NFT sur la blockchain. En ce sens, une partie de la doctrine indique que « *La tokenisation permet*

³⁸⁰ A. TRESCASES, L'assurance face aux NFT, Responsabilité civile et assurances, n°12, Etude 12, Décembre 2022

³⁸¹ L. BATAILLE et L. BADIANE, NFT : un actif numérique aux contours juridiques incertains, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, Lexis Nexis, n°40, 6 octobre 2022, 1324

³⁸² D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

³⁸³ M-P. L'HOPITALIER et G. NADJOMBE, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n°194, 1er juillet 2022

³⁸⁴ D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

d'inscrire un titre de propriété dans un écosystème décentralisé sans intermédiaire, empêchant la falsification des transactions et permettant l'identification du propriétaire du token de manière certaine grâce à un procédé cryptographique »³⁸⁵. La tokenisation permettrait alors de créer une nouvelle forme de titre de propriété totalement dématérialisé avec les avantages qu'offrent la blockchain. Plus qu'un titre de propriété le NFT pourrait être considéré plus largement comme un instrument probatoire. Ce dernier ne prouve pas toujours la propriété du sous-jacent en faveur du détenteur du jeton, puisque parfois le NFT ne confère que certains droits sur le sous-jacent telle qu'une licence d'utilisation même si dans la majorité des cas le jeton permettra de prouver la propriété du sous-jacent. Sa fonction principale est donc probatoire³⁸⁶.

Le problème actuellement est que même si le NFT semble se rapprocher d'un instrument probatoire, la preuve sur la blockchain n'est reconnue que comme un commencement de preuve par écrit³⁸⁷. La force probante des jetons non fongibles est donc pour l'instant très amoindrie par l'absence de reconnaissance en tant que preuve de la blockchain. Sur ce point, le système juridique français est en retard par rapport à la législation italienne qui a reconnu la blockchain comme preuve³⁸⁸.

84. L'absence de cession du sous-jacent, obstacle à la reconnaissance du NFT en tant que titre de propriété. Si la cession du sous-jacent n'est pas mentionnée expressément, la cession du NFT n'entraînera pas transfert de propriété de ce dernier³⁸⁹. Si le vendeur ne précise pas, l'acquéreur ne devient propriétaire que d'un jeton inscrit sur la blockchain ? Par conséquent, dans quelles mesures considérer le NFT comme un titre de propriété si le propriétaire de ce dernier n'est pas le même que celui du sous-jacent dans l'hypothèse où sa cession n'aurait pas été prévue ? Dans ce cas, sur quel objet de propriété porte le titre de propriété matérialisé par le NFT ?

³⁸⁵ C. ZERBIB et W. O'RORKE, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *Propriété industrielle* n°5, mai 2021, étude 11

³⁸⁶ D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

³⁸⁷ C. ZERBIB et W. O'RORKE, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *Propriété industrielle* n°5, mai 2021, étude 11

³⁸⁸ C. ZERBIB et W. O'RORKE, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *Propriété industrielle* n°5, mai 2021, étude 11

³⁸⁹ C. BOISMAIN, Les droits transmis avec les NFT, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°23, 1210, 9 juin 2022

Dans ce cas il semble alors difficile d'affirmer que le NFT est un titre de propriété puisqu'il n'y a plus d'objet de propriété. Il n'est la preuve que de sa propre propriété grâce aux informations inscrites sur la blockchain mais son propriétaire n'aura pas de droit sur le sous-jacent associé.

Des difficultés se posent également lorsque le NFT renvoie à une chose non appropriable.

85. Le NFT créateur d'objet de propriété ? La doctrine précise que lorsqu'on acquiert le NFT il y a nécessairement « vente d'un bien ou d'un droit sur un bien »³⁹⁰ mais encore faut-il que ce dernier soit appropriable, quelle est la fonction du NFT dans l'hypothèse où le sous-jacent sera une image, une vidéo ou encore un tweet ?

A cet égard, une partie des auteurs estiment que le NFT créerait de la propriété « *à partir d'une chose incorporelle qui, elle, n'est pas nécessairement appropriée* »³⁹¹ et donc serait un titre de propriété même si l'objet de propriété est parfois difficile à identifier³⁹². Il s'agit en tout cas de la position d'une partie de la doctrine qui pense que l'intérêt du NFT serait de « *créer de la propriété là où elle n'existe pas* »³⁹³. Dans cette conception, le NFT serait bien un titre de propriété et créerait de la propriété sur une chose qui n'est normalement pas appropriable comme par exemple une image ou une vidéo, ou bien un tweet.

Afin d'être objet de propriété une chose doit être appropriable. Or un tweet ou une image ne sont pas appropriables en ce qu'une personne ne peut pas être propriétaire de son image ou de son tweet³⁹⁴. Dans ce cas, le NFT pourrait-il être qualifié de titre de propriété alors même que la chose, « objet de propriété » ne peut pas être considérée comme un bien appropriable ?

Admettre que des images, des tweets ou encore des vidéos puissent être considérés comme des choses appropriables ouvrirait la qualification de biens pour ces derniers, or il a toujours été admis en droit des biens qu'une image n'est pas objet de propriété. Par conséquent, sauf à admettre que ces choses pourraient être appropriables que dans le cadre de leur

³⁹⁰ D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, Revue de Droit bancaire et financier, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

³⁹¹ J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1er juillet 2021

³⁹² J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1er juillet 2021

³⁹³ J. PROST et A. JEAN-BAPTISTE, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Daloz IP/IT 2022*, p260

³⁹⁴ J-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, B. GLEIZE et A. MAFFRE BAUGE, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1er juillet 2021

association à un NFT, on ne peut admettre que ces choses soient appropriables et donc objet de propriété et par conséquent que le NFT soit une preuve de la propriété sur ces dernières.

Si on envisage que le NFT soit un titre de propriété peut-il être encore considéré comme un bien incorporel ?

§2 – Le NFT, bien et titre de propriété, des qualifications incompatibles ?

86. Des incompatibilités tenant au droit international privé. Par exemple en droit international privé, si le NFT est un titre de propriété donc un instrument probatoire, la loi applicable sera celle des juridictions saisies³⁹⁵ ou « *celle applicable à la validité formelle de l'opération contractuelle* »³⁹⁶ portant sur le NFT. S'il est un bien il s'agira de la loi du pays de situation. Le problème étant que si on considère que le NFT est à la fois un bien et un titre de propriété, quelle règle de conflit de lois appliquée en cas de doute sur la loi applicable au litige ? D'autant que la loi du lieu de situation est impossible à déterminer pour un NFT sauf à considérer que le lieu de situation du NFT sera le lieu du portefeuille où il est stocké et donc sera rattaché au lieu de domicile du détenteur du NFT.

87. L'absence de valeur du titre de propriété. Dire qu'un NFT est à la fois un bien et un titre de propriété peut en effet avoir ses limites. Un titre de propriété et plus précisément un instrument probatoire peut-il avoir une valeur ? La doctrine n'est pas de cet avis³⁹⁷. Or un bien a nécessairement une valeur. Donc le NFT aurait à la fois une valeur et à la fois il n'en aurait pas car il serait un instrument probatoire. Cela paraît paradoxal. Toutefois pourquoi cet instrument probatoire ne pourrait pas à la fois accorder les droits sur un sous-jacent et à la fois prouver ces droits ? Dans un tel cas il pourrait avoir une valeur puisque lorsqu'on l'acquiert, on acquiert des droits sur un sous-jacent et à la même occasion il permet de prouver la titularité de ces droits. Ainsi qu'est-ce qui s'opposerait à ce que le NFT, ligne de code soit un bien qui prouve et accorde des droits sur un autre bien ?

Le NFT fait l'objet d'une commercialisation et on parle bien de cession et d'acquisition de NFT³⁹⁸. Si le NFT a une valeur c'est potentiellement, car ce dernier est également un bien

³⁹⁵ Y. EL HAGE, La réglementation des NFT à la lumière du droit international privé : réglementation étatique ou extra-étatique ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 38

³⁹⁶ Y. EL HAGE, La réglementation des NFT à la lumière du droit international privé : réglementation étatique ou extra-étatique ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 38

³⁹⁷ D. LEGAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

³⁹⁸ D. LEGAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

meuble incorporel. La valeur du NFT, objet de propriété renforce l'idée que ce dernier pourrait être considéré à la fois comme un bien et à la fois comme un titre de propriété et plus largement comme un instrument probatoire. A cet égard, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique qui a publié un rapport, vient confirmer cette hypothèse en ce que le NFT pourrait être à la fois un titre de propriété et un bien. Il a en effet indiqué que le NFT « est assimilable à un bien meuble incorporel, qui correspond à un titre de propriété sur le jeton inscrit dans la blockchain, auquel peuvent être associés d'autres droits sur le fichier numérique vers lequel il pointe »³⁹⁹. Il semble que cette formulation soit assez maladroite puisque comment le NFT peut être un titre de propriété sur un jeton inscrit sur la blockchain alors que le NFT est lui-même le jeton. Il semblerait que ce rapport nous laisse entendre que le NFT puisse être un bien meuble incorporel sans exclure la qualification de titre de propriété inscrit sur la blockchain⁴⁰⁰ et être associé à des droits portant sur le sous-jacent, fichier numérique.

Les NFT pourraient à la fois être des biens et à la fois représenteraient des droits⁴⁰¹, plus encore ils prouveraient que son détenteur est bien titulaire de ces droits. Le NFT peut faire l'objet d'usages différents. On pourrait admettre qu'il ait plusieurs fonctions : une fonction de bien meuble incorporel et une de titre de propriété ou d'instrument probatoire.

Des problèmes peuvent toutefois se poser si le créateur ou l'acquéreur du NFT n'a pas « régulièrement acquis en même temps les droits portant sur le sous-jacent, il y a fort à craindre pour lui que la détention du NFT ne lui donne aucun droit et que, donc son NFT n'ait aucune valeur lui-même »⁴⁰². Si aucun droit n'est détenu sur le sous-jacent, il apparaît difficile pour le NFT d'être considéré comme un titre de propriété.

Par conséquent, les NFT ont une fonction probatoire indiscutable⁴⁰³ notamment lorsque le sous-jacent est transféré simultanément au jeton et que le jeton confère des droits sur ce sous-jacent. Toutefois, cette qualification peut trouver ses limites lorsque ce dernier renvoie à un sous-jacent non-appropriable. En revanche, la qualification de titre de propriété ou d'instrument

³⁹⁹ Rapport de la mission sur les jetons non fongibles, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, juillet 2022

⁴⁰⁰ V. SERFATY, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, Dalloz IP/IT, 2023, p 77

⁴⁰¹ M. TORELLI et G. HAAS, Non Fungible Tokens (NFT) : un outil efficace de protection des marques, *Revue Lamy droit des affaires*, n°175, 1er novembre 2021

⁴⁰² D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

⁴⁰³ D. LEGEAIS, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, juillet 2022, dossier 32

probatoire si on adopte une conception plus large de cette fonction probatoire, semble englober une grande majorité de NFT et de leurs usages. Toutefois dans cette conception qui du NFT ou du sous-jacent est le principal ?

Section 2 – Le NFT, titre de propriété : principal ou accessoire ?

Si on admettait que le NFT puisse être un titre de propriété, cela aurait pour conséquence que le NFT et le sous-jacent entretiendrait des liens d'accessoire et de principal. Toutefois une telle affirmation supposerait de déterminer lequel serait le principal et lequel serait l'accessoire⁴⁰⁴. Serait-ce le NFT le bien principal, en ce que sa cession, si cela est mentionné, va entraîner la cession du sous-jacent ? Ou lorsqu'on acquiert le NFT est-ce d'abord le sous-jacent qu'on souhaite acquérir et par conséquent le NFT n'est que l'accessoire qui prouve la propriété de ce dernier ?

§1 – Le NFT, accessoire de l'actif sous-jacent ?

88. La théorie de l'accessoire et du principal appliquée aux NFT. Pour certains le NFT serait l'accessoire du bien auquel il renvoie « au sens commun du terme »⁴⁰⁵. Il s'agit de la position de la majorité de la doctrine s'orientant vers une qualification de titre de propriété du NFT. Ainsi le professeur Martial-Bras et le professeur Legeais indiquent que « La valeur du NFT suivrait celle du sous-jacent et, donc, le principal dans cette hypothèse pourrait être le sous-jacent et le NFT l'accessoire. On le constate, il n'y a aucune évidence »⁴⁰⁶. Ainsi, ces derniers tout en indiquant que le NFT pourrait être l'accessoire du sous-jacent auquel il est lié, précise qu'il n'y aucune certitude à cet égard. Le flou juridique entourant les NFT nous invitent en effet à la prudence, et à ne pas tirer de conclusion ferme.

Certains, pour déterminer l'accessoire et le principal dans cette relation entre le NFT et le sous-jacent en appellent aux notions « d'accessoire qualitatif »⁴⁰⁷ et « d'accessoire quantitatif »⁴⁰⁸. A cet égard, le professeur Sénéchal estime alors que « Si l'on considère le NFT comme une ligne de code qui fait office de certificat et énonce un certain nombre d'informations

⁴⁰⁴ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

⁴⁰⁵ T. GIRARD-GAYMARD et C. DUBUCQ, Regard juridique sur les NFT, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°188, 1er janvier 2022

⁴⁰⁶ N. MARTIAL-BRAZ et D. LEGEAIS, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, *Revue de Droit bancaire et financier*, Lexis Nexis, n°4, Juillet 2022, dossier 30

⁴⁰⁷ J. SENECHAL, 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*, n°4, Juillet 2022, dossier 33

⁴⁰⁸ J. SENECHAL, 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*, n°4, Juillet 2022, dossier 33

relatives au contrat portant sur l'objet contractuel composé d'un droit associé à un NFT, il y a lieu de penser que le NFT est l'accessoire, tant qualitatif que quantitatif, du droit réel ou du droit personnel qu'il complète »⁴⁰⁹. De ce point de vue, lorsqu'on acquiert un NFT on l'acquiert car il est l'accessoire du sous-jacent ou des droits portant sur le sous-jacent, qui seraient les véritables objets principaux de l'achat.

Le NFT envisagé comme l'accessoire du sous-jacent pourrait être envisagé lorsque la cession du sous-jacent est expressément mentionnée dans le smart contract. La doctrine estime que si le NFT est bien l'accessoire du sous-jacent vendu, ce dernier serait qualifié d'accessoire juridique, catégorie qui englobe « *l'ensemble des documents administratifs indispensables pour attester la qualité de propriétaire du vendeur, ou pour garantir les spécifications de la chose, ou encore pour permettre l'utilisation normale de celle-ci* »⁴¹⁰. En ce sens, les NFT permettent de retracer toutes les transactions ce qui peut être assimilé aux « *fichiers utilisés par l'Administration pour certains biens* »⁴¹¹.

Or de ce point de vue, certes le NFT pourrait être un moyen efficace de prouver la propriété du sous-jacent, bien incorporel voire du bien corporel représenté par le sous-jacent. Toutefois, peut-on qualifier le NFT de document administratif ? En l'absence, d'intervention législative il ne semble pas que le NFT, en tant que ligne de code puisse être regardé juridiquement comme un document administratif, notamment car ce dernier n'émane pas de l'administration.

89. Des difficultés d'identification de l'accessoire. La doctrine explique qu'il n'est pas toujours facile de déterminer quel est l'accessoire et quel est le principal dans la relation entre le NFT donnant des droits sur le sous-jacent et ledit sous-jacent en raison de la relativité de leurs valeurs⁴¹². Ainsi deux thèses pourraient être défendues. Le Maître de conférences Monsieur Vidal Serfaty, expliquant la conception du professeur Martial-Bras indique qu'il peut être « *tout aussi possible de considérer que ce sont le sous-jacent et les droits qui y sont attachés qui donnent sa valeur au jeton, tout comme peut être défendue la thèse inverse, celle d'une*

⁴⁰⁹ J. SENECHAL, 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*, n°4, Juillet 2022, dossier 33

⁴¹⁰ T. GIRARD-GAYMARD et C. DUBUCQ, Regard juridique sur les NFT, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°188, 1er janvier 2022

⁴¹¹ T. GIRARD-GAYMARD et C. DUBUCQ, Regard juridique sur les NFT, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°188, 1er janvier 2022

⁴¹² V. SERFATY, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, *Daloz IP/IT*, 2023, p 77

valeur du sous-jacent ordonnée à celle du NFT »⁴¹³. Toutefois, selon lui cette théorie de l'accessoire n'intervient que supplétivement puisque c'est au créateur du NFT d'établir les liens qui vont exister entre ce dernier et le sous-jacent⁴¹⁴, et plus précisément les droits qui vont être accordés sur celui-ci.

L'application de cette théorie de l'accessoire et du principal interroge sur le point de savoir si le transfert de l'un entraîne le transfert de l'autre.

§2 – Une théorie de l'accessoire et du principal impliquant un transfert automatique du sous-jacent avec le NFT ?

90. L'absence de transfert automatique. On peut en effet se demander si les droits attachés aux NFT sur le sous-jacent sont transmis dès lors qu'il y a transfert de propriété de ce dernier. A ces deux questions la réponse semble non, puisque on l'a vu, si le contrat de cession ou le smart contract ne le précise pas, il n'y aura pas transfert de propriété du sous-jacent. Par conséquent, il se peut que le NFT soit transmis seul sans le sous-jacent, ce qui complique l'application de cette théorie.

91. Le NFT, un faux accessoire ? De plus, un accessoire est censé suivre le principal, à l'image du contrat et de la caution. Par conséquent cette relation de principal et d'accessoire pourrait être remise en cause si le transfert de propriété de l'un n'entraîne pas celui de l'autre. D'autant que le NFT se voit être qualifié d'accessoire du sous-jacent dans la pensée doctrinale majoritaire, or, lorsqu'on acquiert le NFT c'est le jeton que l'on acquiert d'abord qui donne potentiellement des droits sur le sous-jacent et non l'inverse.

Dans l'hypothèse où la propriété du sous-jacent est transférée avec le NFT, ce dernier est à la fois « une preuve de propriété et, par sa remise à l'acheteur, une preuve de délivrance »⁴¹⁵. L'article 2276 du Code civil dispose que « En fait de meubles, la possession vaut titre »⁴¹⁶. Ainsi, les NFT pourraient être une nouvelle forme de preuve de la propriété des

⁴¹³ V. SERFATY, *Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit*, Dalloz IP/IT, 2023, p 77

⁴¹⁴ V. SERFATY, *Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit*, Dalloz IP/IT, 2023, p 77

⁴¹⁵ T. GIRARD-GAYMARD et C. DUBUCQ, *Regard juridique sur les NFT*, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°188, 1er janvier 2022

⁴¹⁶ Article 2276 du Code civil

biens meubles incorporels, quand le sous-jacent associé au jeton peut se voir assimilé à une telle catégorie.

Plus qu'un accessoire le NFT devient un véritable instrument probatoire⁴¹⁷, a fortiori car il fonctionne sur la blockchain dont les potentiels sont bien connus. Le problème avec la qualification du NFT en tant que titre de propriété et sa fonction d'accessoire et qu'on ne tient pas compte de l'hypothèse où le sous-jacent n'est pas une chose appropriable ni de la situation dans laquelle la propriété du sous-jacent n'est pas transférée. Dans ce cas-là peut-on encore parler d'accessoire et de principal ? Pourrait-on dire que le principal serait les droits conférés sur le sous-jacent et l'accessoire serait le NFT qui prouverait ces droits et suivrait la cession de ces derniers ? Comment admettre que le NFT puisse être un titre de propriété ou un titre de droits envers une chose qui ne peut pas être objet de propriété ? Le législateur pourrait-il admettre prochainement que de la propriété pourrait être créée sur ces choses dans le cadre uniquement de leur association à un NFT ?

⁴¹⁷ T. GIRARD-GAYMARD et C. DUBUCQ, Regard juridique sur les NFT, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°188, 1er janvier 2022

CONCLUSION

Les NFT bouleverse l'économie et le droit. Les juristes tentent d'appréhender ces nouveaux objets juridiques. Toutefois, ces derniers éprouvent des difficultés. La branche du droit qui doit appréhender ces jetons ne semble pas prédéfinie en ce que ces derniers touchent un ensemble de domaine : droit de la propriété intellectuelle, droit financier, droit des biens, droit fiscal, droit de la consommation. Aucune matière n'est épargnée par l'avènement des NFT.

Les NFT sont souvent mis en avant pour leur non-fongibilité permettant de créer de la rareté et de l'unicité là où il n'y en aurait normalement pas à partir de fichier numérique telle qu'une image, un tweet, une vidéo.

Les difficultés qu'éprouvent la doctrine tiennent d'abord à la détermination de l'objet à appréhender. Le NFT est un objet complexe d'abord par son inscription en blockchain. Si l'utilisation de la blockchain n'est pas nouvelle, la naissance des NFT a fait émerger une nouvelle facette de cette technologie du Web 3.0. La blockchain et son emploi en matière de NFT pose un certain nombre de difficultés en ce que pour l'instant cette dernière n'a aucune force probante. Les NFT héritent donc de cette absence de reconnaissance entraînant des problèmes de qualification. Peut-on considérer que le NFT est un instrument probatoire si la blockchain n'est pas reconnue comme un mode de preuve admissible ?

L'exercice de qualification de ces jetons non fongibles est d'autant plus compliqué que l'objet à qualifier est difficile à identifier. Un certain nombre d'incertitudes juridiques gravitent autour de cet objet. Certaines incertitudes tiennent au fait de savoir ce que l'on acquiert lorsqu'on « achète » un NFT et si on devient réellement propriétaire de ce jeton au sens de l'article 544 du Code civil. Les plateformes de vente de NFT entretiennent le doute quant à l'objet de propriété en n'obligeant pas toujours les vendeurs à préciser les droits que vont acquérir les acheteurs lorsqu'ils achètent un NFT. Achète-t-on seulement le jeton ? Achète-t-on le jeton et le fichier numérique auquel il est associé ? Acquiert-on le jeton, le fichier numérique et potentiellement le bien corporel représenté par ce fichier ?

La réponse à ces questions n'est pas toujours évidente et dépend essentiellement de ce qui sera mentionné dans le smart contract associé au NFT. Ce smart contract va en effet contenir un certain nombre d'informations telles que l'adresse de l'émetteur, la date d'émission, une possible rente contractuelle octroyée au créateur du NFT à chaque vente, ainsi que les droits conférés au détenteur du NFT. Ainsi, il se peut que le smart contract indique que le NFT ne confèrera aucun droit sur le sous-jacent à son détenteur, comme il se peut que ce dernier

transfert la propriété de ce sous-jacent simultanément à celle du NFT. Un réel flou entoure donc la propriété du NFT et notamment l'objet de cette propriété qui semble à la fois pouvoir être assimilée à la propriété classique au sens de l'article 544 du Code civil tout en étant assez singulière en raison des caractéristiques uniques du NFT.

Le NFT offre autant de possibilités qu'il offre de mystères. Ce dernier peut en effet faire bénéficier son détenteur d'un certain nombre de droits. De plus par son inscription en blockchain, la preuve de la titularité de ces droits pour le propriétaire du NFT est sans égal. Or, pour l'instant cette force probante n'est pas reconnue.

Dans cette recherche de l'objet de propriété du NFT et son utilité pour le détenteur, les incertitudes entourant ce jeton impacte de facto, l'exercice de qualification de ce dernier.

Le droit financier pourrait apporter des réponses en ce que dans une certaine mesure les NFT se rapprochent de certaines catégories de cette branche du droit. La première catégorie à laquelle on pense est évidemment celle des jetons. Or, le principal problème est que le régime de ces jetons ne semble pas adapté aux NFT d'autant que ces derniers ne représentent pas toujours des droits notamment lorsque le sous-jacent est une chose non-appropriable. Cette remarque remet toutefois en doute la notion même de propriété. Le NFT ne créerait-il pas de la propriété là il n'est pas censé y en avoir ? Cette solution n'est pas à exclure et serait le véritable apport des NFT : créer de la propriété là où il n'est pas censé y en avoir. Toutefois, admettre cela n'ouvrirait-il pas la porte à la qualification de bien de toutes les choses appropriables ou non appropriables ?

Les autres catégories du droit financier telles que les cryptomonnaies ou les titres financiers semblent quant à elles difficilement assimilables aux NFT.

Les liens entre les NFT et l'art étant très étroits, recourir au droit de la propriété intellectuelle aurait pu être une solution aux difficultés de qualification de ces derniers. Toutefois, la notion d'œuvre ou de support n'apparaissent pas comme adaptées aux caractéristiques du NFT. Le certificat d'authenticité se rapproche quant à lui des fonctions que le NFT remplit toutefois cette catégorie se limite plus particulièrement au domaine des œuvres d'art. Or, le NFT a un champ d'application bien plus vaste que le domaine de l'art et peut toucher un ensemble de domaine à l'instar des jeux vidéo, des sûretés, des prestations de service, du métavers.

Le droit des biens quant à lui est pleinement concerné par les NFT notamment car son intervention est déterminante afin de cerner l'objet de propriété lorsqu'on acquiert un NFT. Si

on pourrait admettre une possible qualification de bien meuble incorporel, celle de titre de propriété n'est pas à exclure pour certain NFT. Le NFT peut en effet se révéler comme un véritable instrument probatoire des droits que détient son propriétaire. Des difficultés surviennent également avec cette qualification en ce qu'admettre que le NFT puisse être considéré comme un titre de propriété implique que le sous-jacent soit également transféré dans le patrimoine du détenteur du NFT, or ce n'est pas toujours le cas. A cela il faut ajouter qu'il est difficile de considérer que le NFT puisse être considéré comme un titre de propriété lorsque la chose vers laquelle il renvoie n'est pas une chose appropriable.

Le constat global est qu'aucune qualification n'arrive à englober l'ensemble des utilisations possibles des NFT. Faudrait-il envisager de créer une catégorie *sui generis* ? Ou faudrait-il envisager le fait que le NFT puisse avoir plusieurs qualifications selon les utilisations et les droits conférés par ce dernier ?

A notre sens, il n'est pas nécessaire de créer une nouvelle catégorie juridique. Le droit semble apte à appréhender ces nouveaux objets juridiques, avec éventuellement quelques adaptations à ces nouvelles technologies. Toutefois, créer une nouvelle catégorie juridique à chaque fois qu'une nouvelle technologie apparaît n'est pas une solution convenable sauf à entraîner une surlégislation.

Toutefois, pour l'instant, le législateur n'est pas intervenu pour éclairer le juriste quant à la qualification à adopter. Il faudra donc attendre avant que ce dernier prenne position, à moins que l'effondrement du marché des NFT et des cryptomonnaies ne fasse disparaître ces nouveaux objets juridiques avant que ces derniers aient une qualification légale.

BIBLIOGRAPHIE

I- TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES

Article 16-1 du Code civil

Article 714 du Code civil

Article 1101 du Code civil

Article 1210 du Code civil

Article 1356 du Code civil

Article 1359 du Code civil

Article 1365 du Code civil

Article 1582 du Code civil

Article 1641 du Code civil

Article 1702 du Code civil

Article 1874 du Code civil

Article 2355 du Code civil

Article L110-3 du Code de commerce

Article L54-10-1 du Code monétaire et financier

Article L211-1 du Code monétaire et financier

Article L211-4 du Code monétaire et financier

Article 552-2 du Code monétaire et financier

Article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle

Article L112-1 du Code de la propriété intellectuelle

Article L122-8 du Code de la propriété intellectuelle

Article L122-3-1 du Code de propriété intellectuelle

Article 150 VH bis du Code général des impôts

II- OUVRAGES

BARBET-MASSIN. A, FLEURET. F, LOURIMI. A, O’RORKE. W, PION. C, *Droit des crypto-actifs et de la blockchain*, Droit et professionnels, LexisNexis, 2020

BARRAUD. B, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, Editions Harmattan, 2016

GRIMALDI. C, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2^{ème} édition, 2019

MEMETEAU. G, *Droit des biens*, Collection Paradigme, 12^{ème} édition, 2020

PIGNATARI. O, *Le support en droit d’auteur*, Larcier, 2013

III- COURS

BALAT. N, Cours de droit de la propriété intellectuelle et numérique dans le cadre du Master 2 Droit économique, 2022 – 2023

LARDEUX. G, Cours de droit des biens, Licence de droit troisième année, Division B, Année 2020 – 2021

LARDEUX. G, Cour de droit des sûretés, Licence de droit troisième année, Division B, Année 2020-2021

IV- RESOLUTIONS

PARLEMENT EUROPEEN, Résolution 2016/2007(INI), 26 mai 2016 sur les monnaies virtuelles

V- RAPPORTS

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles, Juillet 2022

VI- JURISPRUDENCE

Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2012, n° 11-21.641

CE, ass., 13 avr. 2018, n° 397047, Etablissement public du domaine national de Chambord c/ Société Les Brasseries Kronenbourg

CE, 25 avr. 2018, n° 417809 à 418033

VII- ARTICLES DE REVUE

BATAILLE. L et BADIANE. L, NFT : un actif numérique aux contours juridiques incertains, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, Lexis Nexis, n°40, 6 octobre 2022, 1324

BINET. J-R, Protection de la personne – Le corps humain – Article 16 à 16-14, Fascicule 12, *JurisClasseur Civil Code*, 11 décembre 2015 mis à jour le 4 août 2021

BERGEL. J-L, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984

BOISMAIN. C, Les droits transmis avec les NFT, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°23, 1210, 9 juin 2022

BRUGUIERE. J-M, FAUCHOUX. V, GLEIZE. B et MAFFRE BAUGE. A, Actualité du droit des technologies nouvelles, *Revue Lamy Droit civil*, n°194, 1^{er} juillet 2021

BRUGUIERE. J-M, L'avant-projet de réforme des contrats spéciaux, l'incorporel et les technologies nouvelles, *Revue des contrats*, n°1, 1er mars 2023, p 52

CARON. C, Le passeport de l'authenticité, *Communication Commerce électronique*, n°6, Juin 2021, repère 6

CARON. C, Les propriétés en millefeuille, *Communication Commerce électronique*, n°2, Février 2022, Repère 2

CASSAR. B, Données – Gouvernance des données, mars 2022

CHANOUX. M, Ultraluxe : l'évolution du concept de luxe, une approche par le marketing, *Juris tourisme 2022*, n°257, p23

CHANTEPIE. G, Contrats : effets – Durée du contrat, *Répertoire de droit civil*, Janvier 2018 actualisé en Avril 2023

CODEVELLE. F et CHIRCOP. C, Nike vs StockX ou l'utilisation des marques d'autrui pour la promotion de NFT : une pratique condamnable ?, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°193, 1^{er} juin 2022

CONTIVAL. A-S, Deuxième acte dans l'affaire des NFT « MetaBirkin » , *Dalloz Actualité*, 25 novembre 2022

CROUZET. J et GUICHOUX. T, L'épuisement du droit de distribution des produits virtuels commercialisés dans un métavers, *Communication Commerce électronique*, n°11, Novembre 2022, étude 20

DE BONNAFOS. V, Plaidoyer pour un cadre de droit souple applicable aux jetons non-fongibles, *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°2, Novembre 2022, dossier 20

DE L'ESTOILE. E et REGNIEZ. T, Les NFT pour financer la culture : un jeton sur l'avenir ?, Regards croisés sur l'économie, *Editions La Découverte*, n°30-31, pages 129 à 137, Janvier 2022

DOUVILLE. T, Blockchain et preuve, *Recueil Dalloz 2018*, p 2193

DURET-ROBERT. F, Spécialistes et certificats d'authenticité, *Dalloz action Droit du marché de l'art*, 2020-2021, chapitre 221, p 352 et suivants

EL HAGE. Y, La réglementation des NFT à la lumière du droit international privé : réglementation étatique ou extra-étatique ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 38

ELKAIM. J, SAND. C et SAHAND. S, Métavers : réflexions prospectives – propriété intellectuelle, fiscal et pénal, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°11, 17 mars 2022, 1105

ENSER. N, Sacem : cap sur les NFT, *Dalloz actualité*, 13 décembre 2022

FABIANI. M-H, NFT, métavers et « méta propriété intellectuelle », *Gazette du Palais*, n°8, p 13, 8 mars 2022

FAVREAU. A, Métavers et propriété intellectuelle, *Propriété industrielle*, n°6, Juin 2022, Etude 12

FERAL-SCHUHL. C, Régime actuel de la cryptologie, Chapitre 532, *Praxis Cyberdroit*, 2020-2021

FITZJEAN O COBHTHAIGH. A, Le cloud et la souveraineté numérique dans le nouveau monde, *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°1, Avril 2021

FRANCESCHI. M, Retour sur le phénomène des cryptos, *Jurisport 2022*, n°226, p10

FRISON-ROCHE. M-A, Analyse des blockchains au regard des usages qu'elles peuvent remplir et des fonctions que les officiers ministériels doivent assurer, *Defrénois*, n°25, p 23, 20 juin 2019

GIRARD-GAYMARD. T et DUBUCQ. C, Regard juridique sur les NFT, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°188, 1^{er} janvier 2022

GIRARD-GAYMAR. T et YBERT DE FONTENELLE. D, Droit de suite et Non Fungible Tokens : comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'auteur, *Recueil Dalloz 2022*, p 669

GIRARD-GAYMARD. T et R. GARCIA, Fiscalité des NFT : réflexion au confluent de la propriété intellectuelle, du droit financier et du droit fiscal, *Les Nouvelles Fiscales*, n°1307, 1er avril 2022

GLABAY. S, L'immobilier, le métavers et l'expert, *AJDI* 2022, p641

GOGUELAT. F, Actifs numériques – Pratique de la fiscalité des actifs numériques, *La revue fiscale du patrimoine*, Février 2023, n°2, Etude 4

GROFFE-CHARRIER. J, NFT et contrefaçon : l'affaire Metabirkin, *Dalloz actualité*, 9 mars 2023

HOT. P, Qui peut « tokeniser » La Joconde, *AJDA* 2022, p1663

LAPOUSTERLE. J, Les NFT artistiques à l'épreuve des droits d'auteur, *Dalloz IP/IT* 2023, p 84

LECOURT. A, Droit des sociétés et numérique – Numérique et constitution de la société, *Répertoire IP/IT et Communication*, Novembre 2020

LEGEAIS. D, La folie NFT, *Revue de Droit bancaire et financier*, *Lexis Nexis*, n°2, Mars 2022, repère 2

LEGEAIS. D, Les NFT sont-ils des actifs numériques ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, *Lexis Nexis*, n°4, juillet 2022, dossier 32

LEGEAIS. D, Blockchain, Fascicule 2160, *JurisClasseur Sociétés Traité*, 1^{er} janvier 2020

LE STANC. C, NFT, *Propriété industrielle*, n°3, Mars 2022, repère 3

L'HOPITALIER. M-P, NADJOMBE. G, NFT, opportunités économiques et défis juridiques, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1^{er} juillet 2022

MARTIAL-BRAZ. N et LEGEAIS. D, Démystifier les NFT : interrogations juridiques autour d'un phénomène numérique, *Revue de Droit bancaire et financier*, *Lexis Nexis*, n°4, Juillet 2022, dossier 30

MARTIAL-BRAZ. N, Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification, *Revue de Droit bancaire et financier*, *Lexis Nexis*, n°4, Juillet 2022, dossier 31

MONNET. C, PATOCKI-TOMAS. E et LAMRANI. G, Dépôts de marque visant les métavers et NFT, *Revue Lamy droit des affaires*, n°185, 1^{er} octobre 2022

NAUMANN. S, Biens immobiliers, patrimoine historique et culturel de la France, NFTs et vente aux enchères : modeste tour d'horizon, *Revue Lamu droit des affaires*, n°185, 1^{er} octobre 2022

PAILLER. P, La distinction des tokens et des titres financiers, *Revue de Droit bancaire et financier*, Mais 2020, n°3, Dossier 10

PAILLER. P, Non Fungible Tokens ou NFT : quelle régulation en droit financier ?, *Revue de droit bancaire et financier*, n°2, Mars 2022, alerte 35

PAILLER. P, Les NFT et la réglementation financière, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 36

PAPIN. E, 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, 1er décembre 2021

POLLAUD-DULIAN. F, Vingt fois sur le métier... : une énième réforme du marché de l'Art, *RTD Com*, 2022, p 276

PROST. J et JEAN-BAPTISTE. A, Les Non-Fungible Tokens saisis par le droit, *Dalloz IP/IT* 2022, p260

QUEMENER. M, La preuve numérique dans un cadre pénal, Fascicule 20, *JurisClasseur Procédure pénale*, 25 avril 2022

ROUDAUT. A, La ligue nationale de rugby se lance dans les NFT, *Jurisport* 2022, n°235, p11

SAUVIAT. A, NFT et droits de propriété intellectuelle, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°192, 1^{er} mai 2022

SCAGLIA. J, Vademecum de la fiscalité des NFT, Entre incertitude juridique et pistes de réflexion, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n°4, 30 janvier 2023, 145

SENECHAL. J, 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*, n°4, Juillet 2022, dossier 33

SERFATY. V, Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit, *Dalloz IP/IT*, 2023, p 77

SONTAG KOENIG. S, Métavers : vingt mille lieux dans la toile, *Dalloz actualité*, 27 janvier 2023

TORELLI. M et HAAS. G, Non Fungible Tokens (NFT) : un outil efficace de protection des marques, *Revue Lamy droit des affaires*, n°175, 1^{er} novembre 2021

TRESCASES. A, L'assurance face aux NFT, *Responsabilité civile et assurances*, n°12, Etude 12, Décembre 2022

VABRES. R, Les NFT : quelle réglementation fiscale ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 35

VALDELIEVRE. G, Cryptoactifs, blockchain : des transactions financières hors les banques ?, *Gazette du Palais*, n°4, p 39, 7 février 2023

VAMEROT. V, Actes de colloque – La qualification du NFT : enjeux pour l'imposition des plus-values des particuliers, *Droit fiscal*, n°36, 8 septembre 2022

VARET. V, PRES. X, KILLY. R, NFT : droit et marché, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°194, 1^{er} juillet 2022

VIVANT. M, NFT : le renouvellement du marché de l'art par la finance ?, *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2022, dossier 39

ZERBIB. C et O'RORKE. W, NFT : chaînon manquant ou maillon faible de l'art numérique ?, *Propriété industrielle*, n°5, mai 2021, étude 11

AUTEUR INCONNU, Le CSPLA lance une mission sur les « Non Fungible Tokens » (NFT), *Legipresse 2021*, p515

AUTEUR INCONNU, La SACEM conclut un accord avec la plateforme Pianity sur les NFT musicaux, *Legipresse 2022*, p 588

AUTEUR INCONNU, Signature par la Sacem et Pianity d'un accord sur les NFT musicaux, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°198, 1^{er} décembre 2022

VIII- ARTICLES DE PRESSE

CHEVALIER. E ET TCHIK Aidze. G, LE DROIT DU NFT : LES ENJEUX JURIDIQUES D'UN ENCADREMENT LÉGAL DES NFTS, *Village de la Justice*, 22 février 2022

MARCHAND. L, C'est quoi le Web3, cette nouvelle version d'Internet qui fait parler d'elle ?, *LesEchos*, 3 janvier 2022

PONTIROLI. T, MICA : le nouveau règlement européen sur les cryptoactifs en trois questions, *LesEchos*, 20 avril 2023

SABBAH. E, Luxe et NFT, bientôt une Fashion Week sur la blockchain ?, *Forbes*, 11 novembre 2021, <https://www.forbes.fr/luxe/luxe-et-nft-bientot-une-fashion-week-sur-la-blockchain/>

SOTRES. P, Comment créer un jeton, *Bitnovo.Blog*, 4 avril 2021

IX- SITOGRAFIE

<https://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-22103QE.htm>

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	3
SOMMAIRE.....	4
TABLE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS	5
INTRODUCTION	7
PARTIE I. L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DES NFT.....	14
TITRE I - L'ECOSYSTEME DES NFT	15
CHAPITRE I – DESCRIPTION DES NFT	15
Section 1 – Définition et caractéristiques des NFT	15
§1 – Du technique au juridique : quelle définition des NFT ?.....	15
§2 – Les attributs des NFT	19
Section 2 – Différents usages des NFT pour différentes qualifications juridiques ?	23
§1 – Les usages classiques des NFT	24
§2 – Une typologie par les usages non-exhaustive	26
CHAPITRE II – LES NFT DANS L'UNIVERS DU WEB 3.0	27
Section 1 – Blockchain et NFT : des destins juridiques liés	27
§1 – Qu'est-ce que la Blockchain ?	28
§2 – L'absence de reconnaissance légale des NFT : conséquence des problèmes juridiques entourant la Blockchain.....	30
Section 2 – Les smart contracts au service des NFT.....	33
§1 – La relation NFT et smart contracts au sein de la Blockchain	33
§2 – Une qualification juridique incertaine du smart contract impactant la vie contractuelle du NFT..	35
TITRE II - DE LA CREATION A LA PROPRIETE DU NFT : LES LIMITES DE LA TECHNOLOGIE FACE AU DROIT	37
CHAPITRE I - LA CREATION DU NFT	37
Section 1 – Les limites à la création du NFT	37
§1 – Des limites tenant au droit de la propriété intellectuelle	38
§2 – Le création du NFT confrontée au droit	40
Section 2 – Les droits du créateur du NFT.....	43
§1 – Un droit de suite légal au bénéfice du créateur du NFT ?	44
§2 – Un « droit de suite » contractuel au bénéfice du créateur du NFT.....	45
CHAPITRE II – LA « PROPRIETE » DU NFT	47
Section 1 - L'impossible reconnaissance de la propriété classique pour les NFT ?	47
§1 – La propriété classique à l'épreuve des NFT	47
§2 – Un enchevêtrement de propriétés.....	51

Section 2 - Quels droits pour le « propriétaire » du NFT ?	53
§1 – Une pluralité de droits au bénéfice du « propriétaire » du NFT	53
§2 – Quelles limites à l’exploitation du NFT par son « propriétaire » ?	55
PARTIE 2 – ESSAI DE QUALIFICATION JURIDIQUE DES NFT	60
TITRE I – TENTATIVES DE QUALIFICATION PAR LE DROIT SPECIAL	61
CHAPITRE I – LES NFT VUS PAR LE DROIT FINANCIER	61
Section 1 – Le jeton non-fongible, une dénomination impliquant la qualification de jeton au sens du CMF ?	62
§1 – La possible assimilation du NFT au jeton	62
§2- Les obstacles à la qualification de jeton.....	65
Section 2 – Les possibles qualifications du NFT envisageables par le droit financier	68
§1 – Le NFT, une monnaie virtuelle ?	68
§2 – L’éventuelle qualification de titre financier.....	70
CHAPITRE II – LES NFT AU REGARD DU DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE	73
Section 1 – Liens entre NFT et œuvre de l’esprit	73
§1 – Le NFT, une œuvre de l’esprit ?	73
§2 – Le NFT, support de l’œuvre ?.....	76
Section 2 – Le NFT, un certificat d’authenticité ?.....	78
§1 – Des similitudes en faveur d’une assimilation du NFT au certificat d’authenticité	79
§2 – Des obstacles à la qualification de certificat d’authenticité du NFT	80
TITRE II – LE DROIT DES BIEN AU SECOURS DES DIFFICULTES DE QUALIFICATION .83	
CHAPITRE I – LE NFT : UN BIEN MEUBLE INCORPOREL, SEULE CERTITUDE JURIDIQUE ?.....	83
Section 1 – Le NFT, une valeur dissociable de celle du sous-jacent ?	83
§1 – NFT et sous-jacent, des objets distincts.....	84
§2 – Quelle valeur pour le NFT ?	85
Section 2 – Une ligne de code peut-elle être un bien ?	87
§1 – Une évolution de la catégorie juridique des biens en faveur des NFT	87
§2 – Le NFT, une chose incorporelle appropriable ?.....	90
CHAPITRE II - LE NFT, UN TITRE DE PROPRIETE ?.....	91
Section 1 – Le NFT : l’émergence d’un nouveau titre de propriété ?.....	91
§1 – Le NFT, un véritable instrument probatoire	92
§2 – Le NFT, bien et titre de propriété, des qualifications incompatibles ?.....	95
Section 2 – Le NFT, titre de propriété : principal ou accessoire ?.....	97
§1 – Le NFT, accessoire de l’actif sous-jacent ?	97
§2 – Une théorie de l’accessoire et du principal impliquant un transfert automatique du sous-jacent avec le NFT ?	99

CONCLUSION.....	101
BIBLIOGRAPHIE.....	104