

BRUZZODUBUCQ
AVOCATS

REGARD JURIDIQUE SUR LES **NFT**

NON-FUNGIBLE TOKENS

Les non-fungible tokens (NFT) ou jetons non-fongibles sont des crypto-actifs. Ils ont la double particularité d'être créés à l'initiative d'une personne seulement et ne peuvent être achetés qu'à l'aide d'un autre crypto-actif.

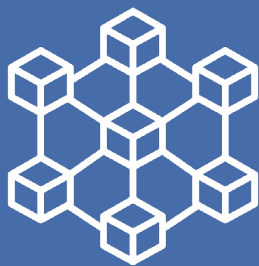
Ces caractères distinguent le NFT des autres crypto-actifs. En effet, un crypto-actif classique, tel le bitcoin, est acheté à l'aide d'une monnaie étatique. Par ailleurs, alors que l'émission du bitcoin est centralisée, graduelle et plafonnée (à 21 millions à horizon 2140), l'émission d'un NFT ne fait en principe l'objet d'aucune programmation. Elle dépend entièrement de la volonté de son émetteur.

Ceci étant dit, que signifie le caractère non-fongible des NFT ?

Avant de répondre à cette question, il convient d'évoquer ce qui motive l'apparition et la création des NFT. S'il fallait résumer l'esprit des NFT, nous dirions qu'il s'agit, pour leurs créateurs de produire de la rareté, et donc de la valeur, dans un monde numérique où l'ubiquité des données et leur caractère duplicable empêchent l'exclusivisme recherché par le propriétaire d'une chose.

Chacun connaît les termes de la loi de l'offre et de la demande. Sans même retenir une approche marginaliste, qui ménage une place importante à la psychologie des acteurs, l'on sait qu'à offre constante, l'augmentation de la demande entraîne une hausse des prix. Le NFT, actif unique, créé à la seule initiative d'un offrant, est en lui-même un bien dont l'offre est limitée. Cette offre ne peut rencontrer aucune demande, mais elle peut également rencontrer une demande qui, en toute hypothèse, se heurtera à l'unicité du NFT et son caractère non-fongible. Prenons un exemple tiré de l'économie réelle : le manuscrit d'un poème de Victor Hugo est unique. L'on peut certes le copier, mais l'original est, par hypothèse, singulier. C'est d'ailleurs ce qui peut rendre sa valeur inestimable, si l'on utilise la méthode des comparables. Difficile en effet de comparer ce qui n'est pas comparable.





La création des NFT est donc l'expression du classique fantôme propriétaire dans un univers numérique marqué par la pensée libertarienne. La création des NFT permet également de dépasser la logique échangiste qui caractérise principalement les crypto-actifs. Au-delà de la fonction monétaire traditionnellement associé aux crypto-actifs fongibles – ces derniers devenant des instruments de paiement à l'instar d'une monnaie – les NFT rompent ouvertement avec cette logique. Par hypothèse, un NFT, en dépit de la valeur qu'on lui reconnaît, n'est pas un instrument de paiement : il ne peut être échangé contre une unité équivalente car... il n'a pas d'équivalent !

Reste qu'en tant que token le NFT est, comme tout autre crypto-actif, non seulement un actif en lui-même mais encore une représentation numérique inscrite sur une blockchain.

Il se fait que le développement des NFT, récent et fulgurant à l'échelle de l'histoire de la blockchain, ne s'est accompagné d'aucune réflexion juridique. La présente étude tente donc d'entrevoir les questions de droit posées par les NFT, selon que sont concernés des droits réels (I) ou des droits personnels (II).

Cette distinction doit être justifiée. Il n'est pas question de distinguer selon qu'un NFT peut être qualifié de droit réel ou de droit personnel. Il nous semble en effet qu'en tant que bien immatériel, un NFT est une chose susceptible d'appropriation exclusive et peut faire l'objet d'un droit réel (de propriété). Un NFT, en tant que bien, est donc toujours un objet de propriété. C'est d'ailleurs pour cela qu'il fait l'objet de transactions entre utilisateurs de la blockchain dans laquelle ils sont inscrits. En réalité, il appert que le NFT, en tant que bien, gravite, au moins dans ses utilisations actuelles, dans l'orbite d'un autre droit, réel ou personnel.

NFT & DROITS RÉELS

Un NFT peut donc d'abord être attaché à un droit réel, principalement à un droit de propriété. Dans cette perspective, un NFT circule avec le bien dont il semble constituer l'accessoire au sens commun du terme. Pour mettre en évidence la fonction accessoire du NFT, prenons plusieurs exemples.

Soit un artiste numérique. Son œuvre, fixée sur un support matériel (hardware) ne peut être représentée qu'à l'aide d'un logiciel (software). En tant qu'information, elle peut faire l'objet d'une copie instantanée et illimitée, sans que l'œuvre initiale n'en soit altérée. L'on reconnaît ici le caractère non-rival des biens numériques : leur utilisation par primus ne compromet pas l'usage simultané que peut en faire secundus. S'il est difficile d'empêcher la copie et la circulation de l'œuvre numérique, de même qu'il est impossible de discerner le vrai du faux en matière d'art numérique, comment le créateur ou propriétaire d'une œuvre numérique peuvent-ils certifier l'originalité de celle-ci ? Car, entre deux GIF identiques circulant sur les réseaux, l'un est l'original, l'autre une copie, sans que l'on sache sur lequel des deux il faut imputer l'originalité.

Une même réflexion peut être menée à propos d'un bien corporel, tel une chaussure de sport.

Comment secundus peut-il être certain que la chaussure qu'il a achetée à primus a bien été fabriquée par la marque et n'est pas une contrefaçon ?

Dans ces deux situations, il existe une incertitude relative à l'originalité ou l'authenticité d'une chose. Le NFT, attaché à la chose, entre alors en scène. En présence de biens a priori identiques et substituables, le NFT permet de séparer le bon grain de l'ivraie. Entre deux biens fongibles, c'est-à-dire équivalents, le NFT, bien non-fongible, permet de dire lequel des deux est authentique. Ainsi entre deux œuvres numériques identiques, celle à laquelle est attachée un NFT, bien unique par essence, donne à la chose à laquelle il est attaché un caractère unique.

Quid juris, à présent ? Dans le cadre d'une vente ou d'une cession, le vendeur est tenu notamment d'une obligation de délivrance, définie à l'article 1604 Code civil comme « le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ». C'est dire que le vendeur doit mettre son acheteur en mesure d'exercer pleinement ses droits de propriété sur la chose qu'il a été convenu de vendre. La délivrance doit donc porter sur la chose vendue, telle que définie par les contractants. L'obligation de délivrance conforme du vendeur lui empêche de s'évader de ce qui a été stipulé dans l'acte de vente. Par exemple, viole son obligation de délivrance conforme le vendeur d'une voiture d'occasion avec un kilométrage supérieur à celui affiché au compteur (Civ. 1ère, 16 juin 1993, n° 91-18.924). Une même solution est retenue lorsque le vendeur cède un bien non-conforme à des normes administratives (délivrance d'un véhicule automobile volé, dont la carte grise a été falsifiée Civ. 1ère, 29 mai 1996, n° 94-15.263) ou à l'usage recherché par l'acquéreur (délivrance d'un véhicule inapte au transport de personnes handicapées, alors qu'il avait été explicitement commandé pour cet usage : Civ. 1ère, 17 juin 1997, n° 95-13.389).

Matériellement, la délivrance se manifeste par une mise en possession de l'acheteur. S'agissant des biens meubles corporels, l'article 1606 du Code civil prévoit que la délivrance se fait principalement par la tradition réelle (la remise matérielle de la chose entre les mains du vendeur).

S'agissant des biens incorporels, néanmoins, la mise en possession est par hypothèse impalpable. C'est pourquoi le droit de la vente prévoit ce que certains nomment la délivrance symbolique de la chose. L'article 1606 prévoit en effet que la délivrance peut s'effectuer par la remise des clés des bâtiments qui contiennent la chose. La remise des clés est le symbole de la délivrance. Il en va de même de l'apposition de la marque de l'acheteur sur des arbres dans une coupe de bois. Cette marque signifie la délivrance du bois.

À propos des droits incorporels, l'article 1607 du Code civil dispose que « la tradition (...) se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur ». Par exemple, l'obligation de délivrer les actions s'exécute par la signature des ordres de mouvement de ces titres.

Autrement dit, la délivrance peut s'opérer par la remise d'un titre ou d'un objet symbolisant sa mise en possession.

S'agissant d'un bien numérique, d'une œuvre tout particulièrement, le transfert des informations codant ce bien peut ne pas signifier transfert de la propriété – par hypothèse exclusive – du bien, car ce transfert peut n'être qu'une copie desdites informations. D'où l'emploi du NFT, jeton unique, permettant de certifier l'authenticité du bien numérique cédé.

À propos de la délivrance d'un bien corporel, une même question d'authenticité peut se poser : la paire de chaussures vendue est-elle conforme à ce qui est vanté par le vendeur ? Le NFT, transféré avec la paire, garantit l'authenticité du bien.

L'utilité du NFT est donc définitive, mais est-il pour autant attaché, en droit, à la chose qui en est le sous-jacent ? Autrement dit, le NFT est-il l'accessoire d'une chose, principale ? La question se pose car l'article 1615 du Code civil dispose que « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ». Si le NFT est l'accessoire du bien vendu, le vendeur devra alors en transférer la propriété au vendeur.

Si le NFT était un accessoire de la chose, il entrerait très probablement dans la catégorie des accessoires juridiques de celle-ci. Les accessoires juridiques englobent 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. Entrent dans cette catégorie : le certificat d'origine d'un cheval de course (Civ. 1ère, 26 novembre 1981, n° 79-16.298) ; la carte grise du véhicule automobile (Civ. 1ère, 22 janvier 1991, n° 89-12.593 ; Civ. 1ère, 29 mai 1996, n° 94-15.263) ; le carnet d'entretien et le procès-verbal du service des mines, relatifs à un tracteur (Com., 11 décembre 2001, n° 99-10.595) ; l'autorisation préfectorale pour l'installation d'un système d'alarme (Civ. 1ère, 27 oct. 1981, n° 80-10.863) ; le certificat d'authenticité d'une œuvre d'art (CA Paris, 25ème ch., sect. A, 11 janvier 1990, Juris-Data n° 1990-020029).

Le NFT serait donc un accessoire de la chose. Mais la symbolique qui lui est attachée et que nous avons évoquée fait de lui quelque chose de plus. Le sens dont le NFT est chargé permet de le regarder, non plus comme un accessoire, mais comme un instrument probatoire. L'on sait la place qu'occupe la blockchain dans les modes de preuve (voy. not. Th. Douville, « Blockchains et preuve », D. 2018, p. 2193).

En matière de vente, précisons que la délivrance étant l'exécution d'une obligation (celle du vendeur), elle s'analyse en un paiement. Afin de prouver l'exécution de son obligation conformément à l'article 1353 du Code civil, le vendeur peut utiliser le NFT afin de prouver que la chose qu'il a vendue est bien authentique, en tant que son historique est connaissable via la blockchain dans laquelle il est inscrit.

C'est ici qu'un rapprochement peut être fait entre fichier public et NFT. Puisque le NFT est un crypto-actif permettant de retracer l'origine d'une chose, il se rapproche des fichiers utilisés par l'Administration pour certains biens. Ainsi du fichier tenu par les services de la publicité foncière, qui consiste en un registre sur lequel sont inscrites jour par jour, et par ordre numérique, les remises d'actes, décisions judiciaires, bordereaux et documents relatifs aux biens immobiliers (voy. spéc. art. 2453 du Code civil). Ainsi également du fichier des immatriculations de véhicules (art. L. 330-1 et s. du Code de la route).

A l'instar d'un certificat d'immatriculation (CA Poitiers, 2ème ch. 20 novembre 2018, n° 17/02059 jugeant que la preuve de la propriété est rapportée par la production d'un certificat d'immatriculation), le NFT, inscrit dans un registre sécurité, constitue à la fois une preuve de propriété et, par sa remise à l'acheteur, une preuve de délivrance.

Remarquons enfin que l'utilisation des NFT dans la circulation des droits de propriété évince, comme ailleurs dans les secteurs utilisant la blockchain, les traditionnels tiers de confiance chargés de s'assurer de garantir les transactions. La certification du bien vendu résultant d'un NFT s'appuie sur la blockchain. Elle produit donc, à l'instar des autres utilisations de la blockchain, un effet d'éviction des tiers de confiance traditionnellement mandatés pour authentifier les caractéristiques d'une chose. Exit, désormais, les experts d'art en matière numérique, dès lors que l'auteur lui-même peut émettre un NFT qui suivra l'œuvre d'art en quelque main qu'elle se trouve et qui attestera de son authenticité.

L'utilisation des NFT en matière artistique permet aux juristes spécialistes du marché de l'art de se libérer des traditionnels débats relatifs à l'intensité de l'obligation de l'expert (tantôt de moyens, tantôt de résultat) ; à l'obligation de consulter les experts de l'artiste ou les titulaires du droit moral ou encore à l'obligation de retracer la provenance de l'œuvre (TGI Paris, 1ère ch. sect. 1, 12 septembre 1990, JurisData n° 1990-049063). La fausseté du certificat d'authenticité, qui engage en principe la responsabilité de l'expert l'ayant délivré (CA Paris, 1ère ch., sect. G, 18 février 1998, RG n° 95/28020) est une hypothèse à reléguer dans la catégorie des œuvres dont la création ne s'est pas accompagnée de l'émission d'un NFT. Peut-être, néanmoins, la jurisprudence aura-t-elle à juger du piratage de la blockchain ayant conduit à l'émission d'un NFT attestant, à tort, de l'authenticité d'une œuvre. La question se posera d'un éventuel partage de responsabilité entre le responsable de la blockchain (s'il est identifiable) et surtout du vendeur-fausseur de jeton numérique.

**NFT &
DROITS
PERSONNELS**

Une autre application du NFT concerne les droits personnels, c'est-à-dire les droits dont une personne, le créancier, dispose à l'encontre d'une autre, le débiteur.

Dans certaines de ses utilisations actuelles, les NFT ont été utilisés comme accessoire de droits personnels. Prenons un exemple ayant récemment défrayé la chronique, celui de la joueuse de tennis Oleksandra Oliynykova. La presse s'est fait l'écho d'une récente opération d'autopromotion au terme de laquelle la compétitrice a mis aux enchères une partie de son bras, exactement une surface de 15 x 8 cm. Le meilleur enchérisseur disposerait d'un droit « exclusif et à vie » sur la parcelle achetée, susceptible d'être revendu, et donnant droit de faire tatouer un message sur la parcelle acquise. L'entourage de la joueuse indique que d'autres émissions de NFT pourraient, à l'avenir, permettre au public d'influencer certaines décisions de gestion de la carrière de la joueuse, comme le choix de ses tenues ou de ses partenariats.

Commençons par expliquer en quoi consiste cette utilisation pour le moins inattendue de la blockchain. Il s'agit, pour une personne, de créer et d'émettre un actif numérique, le NFT, octroyant à son titulaire un droit sur la personne de son émetteur. Un rapprochement peut être fait avec ce que les juristes d'affaires connaissent bien à propos des émissions obligataires. Une personne morale – une société – peut créer et émettre des titres de créances – des obligations – donnant un droit – celui d'être remboursé – à leur titulaire, l'obligataire. Cette comparaison nous semble la plus éclairante et la plus opératoire pour comprendre en quoi consiste l'émission de NFT par une personne. Il nous est en effet défendu de prendre aux mots les abus de langage commis par certains journalistes, qui laissent penser qu'il s'agirait pour la joueuse Oliynykova de « vendre » son bras.

Il est en effet inconcevable en droit français de considérer que le corps humain puisse, en tant que tel, faire l'objet d'un droit patrimonial (art. 16-1 al. 3 du Code civil). Une transaction portant directement sur un élément du corps humain serait contraire à l'article 1162 du Code civil, qui exige la conformité du contenu et du but du contrat à l'ordre public (voy. également l'ancien article 1128 du Code civil).

Il est donc plus convenable de voir dans le NFT le support d'un droit de créance – droit personnel – du détenteur du NFT à l'encontre de son émetteur.

L'acheteur du NFT et son émetteur seraient donc unis par un rapport d'obligation. Sa source est le NFT. Celui-ci est certes un bien, un actif immatériel, mais il est surtout, dans la situation que nous envisageons, l'instrumentum du contrat qui lie l'émetteur à l'acheteur du NFT. En vertu de l'article 1101 du Code civil, « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Or, il y a inscrit dans le NFT un accord de volonté entre son émetteur et son acheteur. Plus exactement, l'émission de NFT peut être analysée en une offre (art. 1114 du Code civil) – offre de sponsoring pour le cas de la joueuse Oliynykova – et son achat peut être analysé en une acceptation (art. 1118 du Code civil).

Se pose ensuite la question de la signification du droit perpétuel que semble avoir souhaité Oleksandra Oliynykova. Celle-ci, lors de l'émission du NFT, a indiqué au public que ce NFT octroiera à son détenteur un droit « à vie ». Cette indication n'aurait de sens que dans un rapport réel, entre un propriétaire et sa chose, la propriété ne se perdant pas par le non-usage (art. 2227 du Code civil). Or, il est exclu de voir dans la relation entre l'émetteur et l'acheteur d'un NFT portant sur un élément du corps humain un rapport réel, puisque, par hypothèse, le rapport de droit se situe entre deux personnes, une chose, un actif immatériel, s'interposant simplement entre elles.

Le droit « à vie » de l'acheteur de NFT ne peut donc se comprendre qu'en tant que créance à durée indéterminée, soumise à la prohibition des engagements perpétuels (art. 1210 et 1780 du Code civil). C'est dire qu'en vertu du droit commun du contrat, l'émetteur comme l'acheteur de NFT pourrait mettre fin à leur relation contractuelle, dans les conditions de l'article 1211 du Code civil. Ceci étant dit, la jurisprudence pourrait ne pas trouver grand-chose à redire à la stipulation d'un droit « à vie » issu de l'achat du NFT. Elle a par exemple jugé que « le bail ayant pour terme le décès des locataires ou de leurs enfants, ne peut être considéré comme perpétuel » (Civ. 3ème, 30 novembre 1983, n° 82-13.223). L'on sait qu'en ce domaine tout est question de type de contrat conclu et de l'âge des contractants au jour de la conclusion du contrat.

Une question n'est cependant pas pleinement résolue, relativement à la transmissibilité du rapport d'obligation. L'on sait qu'il est désormais possible de céder sa qualité de contractant à un tiers (art. 1216 du Code civil). Oleksandra Oliynykova semble en avoir accepté l'augure, en autorisant la cession ultérieure du NFT au profit d'un nouvel acheteur qui, à son tour, aura le droit d'exiger une prestation de la part de la joueuse. Quid néanmoins de la transmissibilité à cause de mort ? En l'absence de stipulation contraire, la saisine des héritiers concerne tous les droits du défunt (art. 724 du Code civil) et engloberait donc les droits issus du NFT. La transmission active du rapport d'obligation pourrait donc être admise.

Mais qu'en est-il de la transmission passive ?

Si le NFT oblige la joueuse à se faire tatouer un message, qu'advierait-il en cas de décès de cette dernière ? Ses héritiers seraient-ils débiteurs à leur tour d'une telle obligation ? Si l'obligation a déjà été exécutée du vivant de la joueuse, la question ne se pose pas. Si en revanche l'obligation n'avait pas encore été exécutée du vivant de la joueuse, la réponse serait probablement négative : l'intuitu personae qui s'attache à l'obligation souscrite par la joueuse semble s'opposer à sa transmission. Cette réflexion est en tout cas l'occasion de ranimer un débat similaire rencontré à propos de la transmission universelle du versant passif l'obligation de non-concurrence !

Quid, enfin, si l'émetteur du NFT n'exécute pas la prestation promise dans le cadre de l'émission ? Puisque le NFT peut être analysé en un contrat, l'acheteur du NFT pourra mobiliser les sanctions de l'article 1217 du Code civil, et notamment la résolution du contrat. Cette sanction emportera restitution du NFT à son émetteur et remboursement du prix payé par l'acheteur. La question sera plus complexe en cas de cession ultérieure du NFT à un tiers. Si ce dernier intente l'action en résolution – action qui lui est par hypothèse ouverte puisqu'il est le nouveau cocontractant de l'émetteur – de quel prix obtiendra-t-il restitution ? Du prix qu'il a payé au cédant ? Ou bien du prix payé par le cédant à l'émetteur du NFT ? Par hypothèse, l'action du dernier acheteur du NFT n'est pas dirigée contre son cédant, premier acheteur du NFT. Ce n'est donc pas la cession de contrat qui est en cause, mais l'exécution du contrat cédé. En vertu de la règle d'opposabilité des exceptions inhérentes à la dette (art. 1216-2 al. 1 du Code civil), le dernier acheteur du NFT prenant la place de son cédant dans les liens contractuels qui l'unissaient à l'émetteur, ne peut obtenir remboursement que de la somme à laquelle le NFT a été vendu pour la première fois.

En conclusions, les NFT sont des actifs immatériels uniques inscrits sur une blockchain. En tant que biens incorporels, ils gravitent dans l'orbite des droits réels – au premier rang desquels l'on trouve le droit de propriété – et dans celle des droits personnels. Tantôt accessoire ou mode de preuve d'un droit, tantôt instrumentum d'un acte source de droit, le NFT a ceci de remarquable qu'il signifie la place singulière qu'occupe son titulaire dans un rapport de droit déterminé.
