

# L'enjeu des NFT pour les galeries d'art



**Béatrice Cohen**  
 Avocate au barreau de Paris  
 Membre de l'Institut Art & Droit

À l'ère du numérique et du métaverse, produire de l'art revient à repousser les limites de l'espace d'exposition et du cadre institutionnel. Avec les *non-fungible tokens* (NFT), le marché de l'art aurait-il entrevu sa nouvelle muse, le chaînon manquant pour une véritable appropriation du digital ?

Si la vente de l'œuvre numérique de Beeple à 69,3 millions de dollars l'a propulsé parmi les trois plus chers artistes vivants du monde, les galeries d'art s'accapareront-elles de ce nouveau médium, surtout si les artistes qu'elles représentent sont éloignés du monde digital ?

Pour rappel, les NFT sont des jetons non fongibles, impérissables et irremplaçables, stockés sur une blockchain et associés à des fichiers numériques contenant une image, une vidéo, une musique. Ce certificat d'unicité permet de rendre unique des œuvres numériques. Contrairement à la culture du libre et des « commons », l'engouement pour les NFT d'art s'explique par la création de « rareté numérique »

qu'elle génère, les œuvres étant également uniques, identifiées et non-fongibles.

Une telle saisine par les acteurs du marché de l'art emporte des considérations d'ordre juridique. À ce titre, la première difficulté repose sur la qualification juridique qui entrainera corrélativement le régime applicable. Construction balbutiante, le récent rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique<sup>1</sup> propose une assimilation 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*<sup>2</sup> ». Outre les risques et périls donc d'une technologie encore mal identifiée juridiquement, certaines institutions muséales ont d'ores et déjà fait le choix d'accueillir des expositions dédiées aux NFT. Aux États-Unis, le Seattle NFT Museum ne possède pas de toiles dans ses collections, mais des non-fungible tokens présentés au travers d'écrans. En France, durant l'été 2022,

le Centre Pompidou de Metz proposait de découvrir les œuvres NFT de Refik Anadol.

Dans cette dynamique, les galeries, partenaires des artistes, s'interrogent également. En ce sens, le Comité professionnel des galeries d'art qui « *ne peut faire l'impasse sur les NFT* », perçoit dans cet outil une « *source d'insécurité juridique*<sup>3</sup> ». Au-delà d'un cadre légal mouvant, la philosophie même de l'intermédiation semble être questionnée. Rappelons que le jeton est à la base enregistré dans une blockchain ayant l'éviction des tiers de confiance pour leitmotiv.

Gaëlle de Saint-Pierre, responsable des affaires juridiques et fiscales du Comité professionnel des galeries d'art, expose à juste titre lors du Colloque organisé par l'Institut Art & Droit que le NFT est un outil porteur certes, mais entouré d'inconnu. Elle rappelle, de surcroît, les trois principales missions des galeries dans leur accompagnement des artistes : « *productrices d'œuvres à leurs côtés, elles participent à la commercialisation, puis à la diffusion publique*<sup>4</sup> ».

1) Rapport de la mission sur les jetons non fongibles (« NFT » en anglais), 12 juillet 2022.

2) *Ibid* (1), p. 24.

3) Comité Professionnel des Galeries d'Art, les NFT : l'analyse du CPGA et l'accompagnement aux galeries, 30 octobre 2021.

4) Acte de colloque NFT et marché de l'Art : droit, pratique et avenir, Journal Spécial des Sociétés, mercredi 9 février 2022.

## La production et l'exposition de NFT artistiques

Si les arts numériques se développent depuis les années 60-70, l'engouement des galeries pour les œuvres digitales restait encore modéré jusqu'à récemment. La crise sanitaire a sans doute accéléré l'instauration d'un nouveau paradigme, celui de la digitalisation, imposant l'émergence de nouvelles pratiques, auxquelles les galeries traditionnelles éprouvent toutefois des difficultés à s'y adapter.

Au second semestre 2020, un tiers d'entre elles risquaient de ne pas pouvoir maintenir leur activité<sup>5</sup>. Assurément, pour la plupart, il s'agit de petites structures, 85 % des galeries d'art sont des TPE<sup>6</sup> et 52 % ont un chiffre d'affaires inférieur à 41 600 euros par mois. En cela, elles ne disposent pas toutes d'outils appropriés en raison des frais qui y sont liés. Il faut savoir en outre que la technologie sous-jacente au NFT, la blockchain, est énergivore, ce qui, corrélativement, a un impact tant financier qu'écologique et contraire à la politique environnementale édictée par le comité des galeries d'art<sup>7</sup>.

Frein économique et déontologique d'abord, du point de vue juridique, la production d'un NFT d'une œuvre protégée au sens du Code de la propriété intellectuelle suppose de répondre à des problématiques de droit d'auteur.



En effet, l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». Il en découle que toute représentation et reproduction d'une telle œuvre, sous réserve quelle soit originale, doit être autorisée par l'auteur sous peine de se rendre contrefacteur. La production d'un NFT implique de détenir des droits de représentation sur l'œuvre, dans la mesure où la vocation des fichiers numériques associés aux JNF est d'être communiqués au public, a minima sur une plateforme de mise en relation des vendeurs et des acheteurs ou sur l'espace numérique du détenteur (réseau social, métavers, galerie virtuelle).

En ce sens, l'article L. 122-2 du code précité confère à l'auteur un droit de représentation, c'est-à-

dire un droit de « communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque », et l'article L. 122-3 définit la reproduction comme « la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte » pouvant « s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique ».

En application de ces dispositions, force est de constater que la production d'un jeton non fongible, qui a vocation à être cédé, permet de communiquer l'œuvre au public d'une manière indirecte. La galerie qui voudrait accompagner l'artiste dans la production de NFT sur ses œuvres devra nécessairement justifier d'une cession de ces droits patrimoniaux de ce dernier pour réaliser une telle mission.

5) Comité professionnel des galeries d'art, impact de la crise sanitaire covid-19 sur l'économie des galeries d'art.

6) Très petites entreprises.

7) Préconisations en matière de responsabilité environnementale du comité des galeries d'art.

Il est à distinguer ainsi deux types d'œuvres pouvant être produites en NFT : les digitales et les numérisées. Dans le premier cas, il serait simplement nécessaire de les intégrer dans le fichier associé au jeton. Dans le second, une numérisation est préalable à la production. Il conviendra d'être vigilant dans cette dernière conception à ce que ladite opération soit correctement réalisée, car une numérisation de mauvaise qualité risquerait de dénaturer l'œuvre initiale et ainsi de porter atteinte au droit moral de l'auteur, l'artiste bénéficiant du droit au respect de son œuvre (article L.121-1 du CPI).

Autre sujet intimement lié à la commercialisation, des incertitudes s'étaient cristallisées autour de la question du droit de suite programmable au sein du NFT, notamment sur le caractère d'ordre public. Le rapport est éloquent et invite à dissocier le droit de suite légal, précisant qu'il est d'ordre public, et ce que l'on nomme abusivement être un droit de suite, à savoir les royalties<sup>8</sup>. La technologie des NFT pourrait être un outil pertinent pour les galeries qui pourraient contrôler la circulation des œuvres en intégrant dans les NFT des licences de reproduction ou de représentation.

## La commercialisation de NFT auprès du public

Les marketplaces constituent le canal de vente privilégié pour la

commercialisation de NFT. Ces plateformes ont l'avantage de proposer aux galeries la technologie idoine à la production de NFT, telle l'ancrage, l'horodatage ou les smart contracts.

Certains artistes sont tentés de commercialiser directement leurs créations sans l'intermédiation des galeries, mais c'est oublier le travail indispensable des galeristes de conseil et de valorisation de leurs créations, de communication, de création de catalogues, ou d'expositions.

L'association de galeries et des marketplaces est possible dans le strict respect des droits d'auteur. Les conditions générales de vente de ces plateformes doivent être conformes aux dispositions du Code de la consommation, mais également aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle. Effectivement, le transfert de propriété du support n'implique pas le transfert des droits existants sur l'œuvre. En vertu de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, le professionnel doit informer le consommateur du périmètre des droits qui lui sont réellement conférés.

Une autre problématique liée à la vente de NFT en galerie se pose quant à la TVA (taxe sur la valeur ajoutée). Traditionnellement, ces intermédiaires peuvent opter pour les régimes dérogatoires sur la marge réelle ou forfaitaire. Si la première demeure du droit commun aux assujetti revendeur de biens d'occasion, d'œuvres d'art, d'objets de collection ou d'antiquité, la

seconde concerne spécifiquement les œuvres d'art, article 297 A du Code général des impôts. À la lumière du rapport, il apparaît que le NFT ne peut être qualifié d'œuvre d'art tant du point de vue du Code de la propriété intellectuelle<sup>9</sup>, qu'au sens du droit fiscal<sup>10</sup>, l'excluant de *facto* des dispositifs.

En outre, les galeries d'art doivent également identifier les clients et les objets vendus. Elles participent en cela à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, et suivent les lignes directrices TRACFIN (traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins) et la DGDDI (direction générale des douanes et droits indirects) qui ne les mentionnent pas. Il y a de véritables risques à l'évolution des NFT hors champ de la réglementation<sup>11</sup>.

Si l'engouement pour les NFT artistiques est réel, la technologie n'est pas parfaite. Récemment, cinq personnes ont été mises en examen pour le vols de NFT via une technique de hameçonnage représentant un préjudice de 2,5 millions d'euros. D'autres crypto-collectionneurs ont acheté des NFT d'œuvres contrefaisantes...

Ainsi, de la saisine des NFT par les galeries d'art découle de nombreuses problématiques juridico-financières. L'enjeu est donc désormais de tendre vers davantage de sécurisation de cette technologie pour en libérer et démocratiser pleinement son usage.

2022-9113

8) *Ibid* (1), pp. 44 et 45.

9) *Ibid* (1), p. 19.

10) *Ibid* (1), p. 61 à 63.

11) Rapport d'activité et analyse, Tracfin, 2021.