

# NFTs et droits d'auteur

Les Non Fungible Tokens (NFTs) ont une importance grandissante dans des secteurs qui sont concernés par le droit d'auteur, comme l'art, les jeux ou les métavers. Ce domaine du droit est donc particulièrement impacté par ce nouveau phénomène. Cet article tente de répondre aux principales questions qui se posent dans ce contexte, comme la protection de l'auteur en cas de création d'un NFT ou le transfert de droits patrimoniaux lors du transfert d'un NFT.

<b>I. Introduction</b>	56
<b>II. Jetons non fongibles, Non Fungible Tokens (NFTs)</b>	56
1. Notion	56
2. NFTs: Cas d'applications et utilité	57
<b>III. NFTs et droit d'auteur</b>	59
1. Un NFT est-il une œuvre selon l'art. 2 al. 1 LDA?	59
2. La création d'un NFT est-elle une utilisation de l'œuvre selon l'art. 10 LDA?	60
3. Est-ce que des droits patrimoniaux (art. 12 al. 1 LDA) sont transmis lors de la vente d'un NFT?	62
<b>IV. Conclusion</b>	65

## Citation:

CHRISTINA JOLLER / BRUNO PASQUIER / DANIEL KRAUS,  
NFTs et droits d'auteur, sui generis 2023, p. 55

Christina Joller, MLaw, avocate, greffière au Tribunal de l'arrondissement du Lac. Bruno Pasquier, Prof. en droit privé, UniDistance Suisse et ZHAW, avocat. Daniel Kraus, Prof. en droit de l'innovation à l'Université de Neuchâtel, avocat.

URL: [sui-generis.ch/228](https://sui-generis.ch/228)

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.228>

Ce(tte) œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution – Partage dans les Mêmes Conditions 4.0 International.

# I. Introduction

- 1 En mars 2021, l'œuvre *Everydays: The first 5000 days* de l'artiste Beepl a été vendue pour la somme de 69 millions de dollars américains dans le cadre d'une vente aux enchères organisée par Christie's. Ce qui peut surprendre lors de cette vente n'est pas uniquement le prix exubérant, mais aussi l'objet de la vente. En effet, l'œuvre de Beepl est une œuvre digitale dont il n'existe pas d'original physique pouvant faire l'objet d'une vente. L'œuvre a été vendue sous la forme d'un jeton cryptographique unique, un Non Fungible Token (NFT). En 2021, l'engouement pour les NFTs a beaucoup augmenté<sup>1</sup>. De nombreux artistes ont créé et vendu des NFTs, mais également des marques de vêtements telles que Gucci et Dolce & Gabbana<sup>2</sup> ou encore des associations ou clubs sportifs tels que ceux de la NBA<sup>3</sup> ou les BSC Young Boys, un club de football bernois<sup>4</sup>.
- 2 Les NFTs soulèvent de nombreuses questions dans différents domaines du droit. Cet article se limite à discuter l'une des problématiques les plus importantes, à savoir l'application du droit d'auteur (cf. N 16 ss). Cette question a un intérêt particulier pour deux raisons. D'une part, chaque personne dispose des moyens techniques pour créer un NFT de n'importe quel contenu auquel elle a accès. Ainsi, certains artistes ont déjà rapporté avoir trouvé sur le marché des NFTs de leurs œuvres créés par des tiers<sup>5</sup>. Se pose dès lors la question de savoir si la création d'un NFT est un acte d'utilisation protégé par le droit d'auteur. D'autre part, les acheteurs d'un NFT ont un intérêt évident à partager des copies de l'œuvre représentée par le NFT s'ils souhaitent l'utiliser où le revendre. Il faut par conséquent se demander si des droits d'auteur sont transmis lors de l'achat d'un NFT.

## II. Jetons non fongibles, Non Fungible Tokens (NFTs)

### 1. Notion

- 3 L'expression Non Fungible Token suppose que les caractéristiques suivantes soient remplies (N 4 s.) un jeton (N 6) non fongible (N 7 s.) lié à un contenu, en principe digital.

---

1 Cf. Chainalysis, *The 2021 NFT Market Report*.  
2 ANDREA FELSTED, *Luxury Sees Billions in Rolex, Hermes and Gucci NFTs*, *The Washington Post* du 17 décembre 2021.  
3 Cf. NBA Topshot.  
4 Cf. BSC Young Boys.  
5 don't give up, skeleton sur Twitter : I tried to ignore whole #NFT hysteria but WHAT THE FUCK I don't give any permission (ESPECIALLY to random jerks) to make tokens from my content and I feel so angry.

### a) Un Jeton

Un jeton (*token*) est une information digitale enregistrée dans un registre distribué. Ce jeton peut être transféré en utilisant la technique de la *blockchain*<sup>6</sup>. Chaque jeton est attribué à une adresse *blockchain* (qui peut être déduite de la clé publique), qui est contrôlée par l'utilisateur détenant la clé privée relative à cette adresse. Les informations sur le registre sont donc pseudonymes : le nom et le prénom de l'utilisateur n'apparaissent pas, mais ce dernier peut être identifié, si un lien peut être établi avec son adresse *blockchain*<sup>7</sup>. L'utilisateur peut, en signant la transaction avec sa clé privée, transférer un jeton à une autre adresse blockchain et donc à un autre utilisateur.

Les jetons peuvent avoir différentes fonctions<sup>8</sup>. Il est tout d'abord possible que des jetons ne soient pas liés à un droit. Ils peuvent néanmoins avoir une valeur. Il en va ainsi des cryptomonnaies. Dans la mesure où les utilisateurs reconnaissent une valeur à une information (le jeton), sa transmission permet de transférer une valeur. Il est aussi possible que les utilisateurs veuillent transférer un droit destiné à suivre le sort du jeton. Ainsi, le transfert du jeton peut, si telle est la volonté des parties, avoir pour conséquence de transférer des créances, des actions ou encore des droits de propriété. Parfois, des formalités font obstacle à un transfert purement digital de certains droits<sup>9</sup>.

### b) Non fongible

Les NFTs sont caractérisés, comme leur nom l'indique, par leur caractère *non fongible*. Cette expression est bien connue dans le droit civil. Une chose non fongible a des caractéristiques particulières et n'est, comme un costume

---

6 PINAR CAGLAYAN AKSOY / ZEHRA ÖKZAN ÜNER, *NFTs and Copyright: challenges and opportunities*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2021, p. 3 ; ALEXANDER LOMBARD, *Smart Property and the Blockchain, Tokenisation and Transfer of Tokenised Assets under Swiss Law*, in : Dal Molin-Känzlin / Schneuwly / Stojanovic (édit.), *Digitalisierung – Gesellschaft – Recht*, Zurich / St. Gall, 2019, p. 247 ; cf. aussi MIRJAM EGGEN, *Was ist ein Token*, *AJP* 2018, p. 559.

7 En réalité, il est ainsi souvent facile d'établir un lien entre une personne et une adresse blockchain. Par exemple, si une personne commande un produit et paye avec une cryptomonnaie, le vendeur, qui connaît l'identité de l'acheteur peut savoir qui détient l'adresse *blockchain*. Il existe plusieurs techniques pour anonymiser les informations enregistrées sur le registre distribué.

8 Cf. notamment les catégories de la FINMA, basées sur la fonction économique des jetons (FINMA, *Guide pratique pour les questions d'assujettissement concernant les initial coin offerings (ICO)*, édition du 16 février 2018). La FINMA distingue entre les jetons de paiement (cryptomonnaies), les jetons d'utilité qui représentent un droit d'utilisation de certains services et les jetons d'investissement qui représentant des valeurs patrimoniales.

9 Pour les actions et la nécessité d'une déclaration écrite cf. p. ex. BRUNO PASQUIER / JEAN-MARIE AYER, *Formungültige Aktienübertragung auf der Blockchain*, *Anwaltsrevue* 2019, p. 196 ss. L'introduction des règles sur les droits-valeurs inscrits aux art. 973<sup>d</sup>ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations [CO ; RS 220]) en 2021 permettent cependant un transfert sans déclaration écrite.

fait sur mesure ou l'original d'un tableau, pas librement interchangeable avec d'autres choses du même genre<sup>10</sup>. Cette définition semble également pertinente pour les NFTs. Ces jetons sont en effet uniques et indivisibles. Par opposition, les jetons fongibles, comme les cryptomonnaies, sont interchangeables et divisibles<sup>11</sup>. Ainsi, si deux utilisateurs détiennent chacun 0.5 Bitcoin, ils disposent exactement de la même valeur. Au contraire, un jeton unique peut être différencié d'un autre jeton.

### c) lié à un contenu, en principe digital

- 7 Pour être qualifiés de NFTs, les jetons non fongibles doivent cependant présenter une caractéristique supplémentaire. Le jeton doit avoir un lien avec un actif digital ou physique (cf. les exemples sous N 9 ss)<sup>12</sup>. Le processus de création d'un NFT, par lequel le jeton est créé et le lien avec le contenu physique ou digital est établi, est appelé *minting* (qui pourrait être traduit par frappe ou frapper). Lors de ce processus, un *smart contract* génère un jeton au numéro d'identification unique, enregistré sur une *blockchain*<sup>13</sup>. L'adresse *blockchain* qui a ordonné la création du NFT y est également enregistrée. Lors de la vente du NFT, l'adresse *blockchain* du nouveau détenteur sera également inscrite sur la *blockchain*. De cette façon, la chaîne des détenteurs, peut être établie à tout moment<sup>14</sup>. Le *smart contract* peut par ailleurs être programmé pour exécuter des tâches supplémentaires. Ainsi, il est souvent programmé de manière à ce qu'un pourcentage du prix de vente soit versé au créateur du NFT lors de chaque revente de ce dernier, correspondant, du point de vue du droit d'auteur, à l'exercice d'un droit de suite<sup>15</sup>.
- 8 La question se pose de savoir comment le lien avec l'actif digital ou physique peut être créé. Il faut, dans ce contexte, différencier entre les NFTs *on-chain* et *off-chain*. Dans le premier cas, les données relatives au fichier, notamment jpg., sont enregistrées directement sur la *blockchain*.<sup>16</sup>

10 BÉNÉDICT FOËX, in: Pichonnaz/Foëx/Piotet, Commentaire romand, Code civil II, Bâle 2016, Introduction aux articles 641-645 N 34; STEPHAN WOLF / WOLFGANG WIEGAND, in: Geiser/Wolf (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7<sup>ème</sup> éd., Bâle 2023, Vor Art. 641 ff. N 25 s. (cit. BSK ZGB II-EDITEUR-E). Cf. aussi ENZO BASTIAN, Le NFT : de l'œuvre d'art à l'instrument financier, *sui generis* 2023, p. 13, qui considère que l'appellation non-fongible n'est pas adéquate.

11 Pour une approche critique par rapport à la fongibilité du BTC cf. MICHEL JOSÉ REYMOND, Mises au point sur la notion de Non Fungible Token, *Jusletter* du 31 mai 2021, p. 3 s.

12 MAGDA AREF / LUCA FABIAN / SIMON WEBER, Digitale Originale dank NFTs?, *GesKR* 2021, p. 387; BASTIAN (n. 10).

13 Le plus souvent, il s'agit de la *blockchain* Ethereum. Cf. ERC-721 Non-Fungible Token Standard.

14 AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 389 s.; AKSOY/ÜNER (n. 6), p. 5.

15 Cf. Non-fungible token (NFT); GHAITH MAHMOOD GHAITH / JORDAN NAFTALIS / WENQIAN YE, NFTs: What Are You Buying and What Do You Actually Own?, *NFTs: What Are You Buying and What Do You Actually Own?*, *The Fashion Law* du 18 Mars 2021.

16 DEVIN FINZER, The Non-Fungible Token Bible: Everything you need to know about NFTs, *OpenSea Blog* du 10 janvier 2020,

L'avantage des NFTs *on-chain* est que le fichier et les métadonnées sont en permanence liés au NFT<sup>17</sup>. L'enregistrement des données relatives au fichier sur la *blockchain* est toutefois peu praticable en raison de la faible capacité de stockage des *blockchains* et des coûts de transactions (*gas fees*) élevés que cela engendre.<sup>18</sup> En pratique, les NFTs *off-chain* sont la règle. Dans ces cas, les données relatives au fichier ne sont pas enregistrées sur la *blockchain*, qui contient uniquement un renvoi vers le fichier. Ce renvoi sera souvent indirect : l'information sur la *blockchain* renvoie à un fichier de métadonnées contenant des informations telles que le nom de l'œuvre, le nom de l'artiste et la date de création ainsi qu'un lien renvoyant à son tour vers une page web qui permettra d'accéder au contenu de l'œuvre (p. ex. l'œuvre digitale)<sup>19</sup>. Le fichier de métadonnées et/ou de l'œuvre peut être stocké sur des serveurs centralisés (p. ex. les serveurs de l'entreprise qui a mis en vente le NFT ou un cloud) ou, ce qui est souvent utilisé en pratique, dans une base de données décentralisée (notamment Interplanetary File System [ci-après : *IPFS*])<sup>20</sup>. Le désavantage de la méthode *off-chain* réside dans le fait que le fichier lié au NFT peut être effacé de la base de données auquel il est renvoyé. Le détenteur du NFT ne pourra dès lors plus accéder au contenu lié au jeton<sup>21</sup>. De plus, il existe des fonctionnalités qui permettent au créateur d'un NFT de modifier le lien qui pointe vers le contenu représenté par le NFT et ainsi de dissocier ce dernier du contenu représenté<sup>22</sup>.

## 2. NFTs: Cas d'applications et utilité

Les NFTs permettent d'obtenir de la rareté et de l'unicité dans un monde digital. Mais quels sont, concrètement, leur cas d'application et leur utilité ? Ci-dessous, nous tentons de répondre brièvement à cette question avec trois exemples. Nous traitons d'abord du domaine de l'art, puis de celui du jeu, qui nous semblent être, actuellement, les cas d'application principaux. Enfin, nous abordons le concept du métavers, qui est d'une actualité brûlante depuis que Meta (anciennement Facebook) a

17 FINZER (n. 16).

18 ANDRES GUADAMUZ, What do you buy when you buy an NFT, *TechnoLlama* du 28 mars 2021; AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 388. Dans certains NFTs *on-chain*, l'œuvre digitale est créée par le déploiement du smart contract, ce qui semble avoir pour conséquence de réduire la capacité de stockage nécessaire et donc les coûts (cf. RICARDO STUVEN, On-Chain Artwork NFTs et Larva Labs, *Autoglyphs*).

19 FINZER (n. 16); AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 388 s.; AKSOY/ÜNER (n. 6), p. 6 s.

20 AKSOY/ÜNER (n. 6), p. 7; cf. pour une explication en détail DAVID J. KAPPOS et al., NFTs, Incentives and Control: Technical Mechanisms and Intellectual Property Rights, *Stanford Journal of Blockchain Law and Policy* du 10 janvier 2023.

21 RICARDO STUVEN, On-Chain Artwork NFTs, *medium.com* du 29 janvier 2021.

22 KAPPOS et al. (n. 20).

annoncé orienter ses activités vers le développement d'un métavers<sup>23</sup>.

#### a) Art

10 Comme le montrent plusieurs exemples, les NFTs sont particulièrement bien adaptés au domaine de l'art digital. La collection des *CryptoPunks*, qui contient plusieurs images de punks pixelisés, a vu le jour en 2017 déjà. Chaque punk dispose d'un mix de caractéristiques uniques. Certains NFTs de *CryptoPunks* se vendent aujourd'hui à plusieurs millions de dollars américains et sont commercialisés par des maisons d'enchères reconnues tels que Christie's<sup>24</sup>. La vente de NFTs a connu une forte hausse en 2021. La vente d'un NFT de l'œuvre digitale *Everydays: The first 5000 days* de l'artiste *Beepl* qui s'est vendu à 69 millions de dollars américains a suscité beaucoup de commentaires<sup>25</sup>. L'artiste *Grimes* a également vendu des NFTs de ses œuvres digitales sur la plateforme *Nifty-Gateway*<sup>26</sup>. Des NFTs ont en outre été mis en vente par des artistes peintres tels que *Damien Hirst* ou *Wolfgang Beltracchi* ainsi que des groupes de musique tels que *Kings of Leon*<sup>27</sup>. Quiconque se rend sur une plateforme digitale telle que *opensea.io* peut constater la très grande quantité et la diversité d'œuvres digitales accessibles sous forme de NFTs.

11 La création d'un NFT pour commercialiser une œuvre d'art peut poursuivre différents intérêts :

— *Premièrement*, la création d'un NFT représente une possibilité supplémentaire de monétiser une œuvre, qui a une grande importance pour les œuvres digitales. Lorsque l'œuvre est physique (p. ex. un tableau ou une sculpture), son auteur peut vendre l'original. Il en va différemment pour les œuvres digitales. Il s'agit de simples fichiers informatiques qui sont en principe copiables à l'infini sans perte de qualité. En conséquence, les artistes ne peuvent pas vendre l'original de leur œuvre, puisque cet original ne peut pas être distingué d'une copie<sup>28</sup>. Les NFTs proposent une

solution à ce problème puisque le jeton unique permet, en quelque sorte, de déterminer l'original. Le partage de l'image semble d'ailleurs plutôt contribuer à la valeur du NFT. On passe ainsi à un nouveau concept de rareté, soit une rareté sans exclusion. Tout le monde a accès à l'œuvre d'art, mais seulement peu de personnes peuvent profiter de sa valeur<sup>29</sup>. La demande pour l'original d'une œuvre semble toutefois importante pour certains domaines artistiques, comme les tableaux ou les photographies. Bien avant l'apparition d'internet, des collectionneurs étaient prêts à dépenser des sommes importantes pour acquérir l'original alors que des copies étaient disponibles pour une somme beaucoup plus abordable. On peut imaginer que, dans ces domaines, les NFTs pourraient représenter l'avenir digital des originaux physiques. La demande pour des originaux nous semble en revanche bien moins évidente dans d'autres domaines artistiques. Ainsi, les amateurs de musique semblent surtout intéressés par l'accès au contenu. La demande pour l'acquisition du contenu original d'une chanson – qui pourrait par exemple être comparé à l'acquisition d'un disque vinyle rare – paraît en revanche plus faible.

— *Deuxièmement*, les NFTs permettent aux artistes – musiciens, graphistes, photographes, etc. – de se passer de divers intermédiaires. Ceci est particulièrement intéressant pour des musiciens qui sont fortement dépendants de plateformes de streaming pour la distribution de leur musique. Ces plateformes encaissent souvent une partie importante des revenus. Les NFTs permettent aux musiciens de vendre un exemplaire original ou des exemplaires originaux de leur œuvre directement à leur public et ainsi de conserver les gains résultant des ventes<sup>30</sup>. Du côté des consommateurs, les NFTs permettent d'avoir un contact plus direct avec les artistes qu'ils apprécient et de savoir qu'une large partie des revenus des ventes de NFT reviennent à ces derniers<sup>31</sup>.

— *Finally*, il est possible de prévoir dans le *smart contract* que le créateur du NFT obtient un pourcentage du prix de vente lors de chaque revente d'un NFT, ce qui permet, comme évoqué, de mettre en œuvre de manière automatisée et efficace un droit de suite<sup>32</sup>.

23 Le Temps du 27 juillet 2021 (Facebook s'attelle à la construction du «metaverse»).

24 BORIS TEEJAY, Top 10 Most Expensive CryptoPunks NFTs Sold – \$11 Million as the Highest, Tech Times du 1<sup>er</sup> septembre 2021; JACOB KASTRENAKES, CryptoPunks NFTs sell at Christie's for 16.9 million, The Verge du 11 mai 2021; voir aussi Christsties du 8 avril (10 things to know about CryptoPunks, the original NFTs).

25 JACOB KASTRENAKES, Beepl sold an NFT for \$69 million, The Verge du 11 mars 2021.

26 JACOB KASTRENAKES, Grimes sold \$6 million worth of digital art as NFTs, The Verge du 1<sup>er</sup> mars 2021.

27 JINIA SHAWDAGOR, The future of art? World-famous artists delve into NFTs, Cointelegraph du 24 juillet 2021; CHLOÉ LAU, Unforgable: Wolfgang Beltracchi launches NFT collection, Forbes du 11 octobre 2021; SAMANTHA HISSONG, Kings of Leon Will Be the First Band to release an Album as an NFT, RollingStone du 3 mars 2021.

28 MARKUS KAULARTZ / ALEXANDER SCHMID, Rechtliche Aspekte sogenannter Non-Fungible Tokens (NFTs), Compliance Berater 2021, p. 298; AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 385; AKSOY/ÜNER (n. 6), p. 5.

29 RACHEL O'DWYER, Limited edition: Producing artificial scarcity for digital art on the blockchain and its implications for the cultural industries, Convergence: The international Journal of Research into New Media Technologies 2020, p. 888.

30 MARC HOGAN, Why Do NFTs Matter for Music?, Pitchfork du 5 mars 2021; ALEX TAYLOR, NFTs: Are they the future of the music industry?, BBC News du 20 mai 2021.

31 ALI GREY, How NFTs Are Set to Disrupt the Music Industry, Entrepreneur du 17 août 2021.

32 Cf. à ce sujet le rapport du Conseil fédéral, Le Conseil fédéral publie un rapport sur le droit de suite, datant de 2016, en réponse au postulat Luginbühl 13.4083 «Droit de suite pour les artistes suisses» du 5 décembre 2013.

## b) Jeu en ligne (gaming)

12 Les NFTs sont souvent utilisés dans le contexte de jeux en ligne (*gaming*). Les NFTs représentent régulièrement des cartes, des personnages ou des attributs spéciaux (armes, costumes, etc.) qui permettent aux joueurs de s'affronter. Par exemple, dans le jeu *Sorare*, les NFTs portent sur des cartes de joueurs de football. Les NFTs de joueurs performants sont évidemment plus chers. Une bonne performance lors d'un match, qui est plus probable lorsqu'un utilisateur possède des NFTs avec une valeur élevée, permet d'obtenir des récompenses.

13 Dans le domaine du jeu en ligne, les NFTs donnent plus de droits aux joueurs sur les actifs achetés dans le cadre du jeu (*in-game items*). Les joueurs ont la possibilité de revendre leurs actifs et d'en tirer un profit<sup>33</sup>. Etant donné que ces actifs sont enregistrés sur la *blockchain*, les développeurs du jeu ne peuvent par ailleurs plus les supprimer<sup>34</sup>. Ainsi, l'organisateur du jeu n'a pas la possibilité, comme cela peut être le cas sans l'utilisation de NFTs, de bloquer ou retirer les actifs achetés par un joueur.

## c) Métavers

14 Finalement, il semble important de mentionner les métavers (*metaverse*). Les métavers sont des mondes virtuels qui peuvent avoir un certain degré de centralisation, comme ce sera sans doute le cas du métavers opéré par Meta. L'espace dans un métavers est partagé par plusieurs utilisateurs. La technologie de la *blockchain* est utilisée pour échanger des actifs dans le métavers. Les NFTs peuvent être utilisés pour représenter des actifs uniques, tels qu'un immeuble, un personnage ou un habit, alors que les cryptomonnaies sont utilisées pour acheter ces actifs. On peut mentionner l'exemple de *Decentraland*, qui permet aux utilisateurs de se promener dans un espace virtuel, d'acheter et de revendre des parcelles de terre, d'y installer des jardins, bâtiments, etc. et de visiter les installations des autres utilisateurs.<sup>35</sup> Ces actifs suivent le sort d'un jeton unique qui peut être transféré entre les utilisateurs. L'entreprise Sotheby's a par exemple acheté un NFT d'une parcelle et y a installé une réplique virtuelle de sa galerie à Londres<sup>36</sup>.

15 Plusieurs observateurs voient le développement de mondes virtuels d'un mauvais œil<sup>37</sup>. Quoi qu'il en soit,

33 SAMUEL HUBER, NFTs And The Missing Layer Of Utility, Forbes du 29 juin 2021.

34 DEREK LAU, NFT Gaming is Here to Stay, But Its Model Needs A Rethink, TECHNATIVE du 23 septembre 2021.

35 Cf. Decentraland.

36 CAROLINE GOLDSTEIN, In Its Ongoing Bid to Draw Crypto-Collectors, Sotheby's Unveils a Replica of Its London H.Q. in the Blockchain World Decentraland, Artnet du 7 juin 2021.

37 JOAN PLANCADE, Le métavers, une ruée vers l'or qui donne le vertige, Révolution digitale du 3 janvier 2022.

une version décentralisée du monde virtuel, qui donne plus de pouvoir aux utilisateurs, semble en tout cas préférable à une version centralisée.

## III. NFTs et droit d'auteur

Le droit d'auteur est un droit absolu et, comme tel, opposable à toute autre personne<sup>38</sup>. Il se compose de deux éléments : les droits moraux et les droits patrimoniaux<sup>39</sup>. Plusieurs questions concernant l'application du droit d'auteur aux NFTs se posent. Ci-dessous, nous tentons de répondre à trois questions importantes : en premier lieu, un NFT est-il une œuvre ? En deuxième lieu, la création d'un NFT est-elle une utilisation de l'œuvre au sens du droit d'auteur ? Enfin, des droits d'auteur sont-ils transférés lors du transfert d'un NFT – et si oui, lesquels ?

### 1. Un NFT est-il une œuvre selon l'art. 2 al. 1 LDA ?

Selon l'art. 2 al. 1 LDA, on entend par œuvre, « toute création de l'esprit littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel, [quelles qu'en soient la valeur ou la destination] ». Comme nous l'avons vu, un NFT est un jeton unique qui a un lien – souvent par le biais d'une adresse web enregistrée sur la *blockchain* – à un contenu digital ou physique<sup>40</sup>. Pour répondre à la question, il faut différencier entre le jeton et l'actif digital ou physique auquel il est lié.

— Une œuvre au sens de l'art. 2 al. 1 LDA doit être une expression de la pensée humaine<sup>41</sup>. Le jeton est un simple code généré aléatoirement par un programme informatique. Il ne peut dès lors pas être considéré comme une œuvre au sens de l'art. 2 al. 1 LDA. Par ailleurs, même si le contenu du jeton (une simple ligne de code) était déterminé par un humain, il ne présenterait pas un caractère suffisamment individuel pour constituer une œuvre au sens de l'art. 2 al. 1 LDA.

— Compte tenu de leur diversité, il est impossible de dire de manière générale si les contenus digitaux ou physiques liés à un jeton unique sont une œuvre. Actuellement, les NFTs sont surtout utilisés pour représenter des œuvres d'art digitales, de la musique ainsi que des objets ou des caractères dans le cadre de jeux en ligne. Ces contenus sont souvent le résultat de créations artistiques humaines à caractère individuel et ainsi protégés par le droit d'auteur. Par ailleurs, les

38 DENIS BARRELET / WILLI EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 4<sup>ème</sup> éd., Berne 2021, art. 9 Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (LDA; RS 231.1) N 9.

39 RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2020, p. 116.

40 Cf. *supra*, N 3 ss.

41 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 2 LDA N 8.

œuvres d'art génératives, soit les œuvres créées par l'utilisation consciente d'un programme informatique, dont l'exécution permet par exemple de générer une image digitale, peuvent constituer des œuvres au sens de la LDA pour autant que les autres conditions de l'art. 2 al. 1 LDA soient remplies (notamment le caractère suffisamment individuel)<sup>42</sup>. Dans certains projets de NFTs, une image, qui peut donc être qualifiée d'œuvre au sens de la LDA, est créée par l'utilisation consciente d'un code informatique enregistré dans le *smart contract*<sup>43</sup>. Par ailleurs, les métadonnées du NFTs, comme le titre d'une œuvre, peuvent également être protégés par le droit d'auteur s'ils présentent un caractère suffisamment individuel.<sup>44</sup> En revanche, on peut aussi imaginer des contenus qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur. Il en irait ainsi, par exemple, d'un jeu dans lequel les utilisateurs peuvent acquérir des NFTs qui représentent des lieux, comme la Ville de Londres ou le Cervin sans lien avec une photographie ou une autre œuvre protégée par le droit d'auteur. Dans certains cas, la qualification en tant qu'œuvre peut faire débat. Qu'en est-il du premier tweet de l'histoire de Twitter ("*just setting up my twtr,*") que son auteur Jack Dorsey a vendu sous forme de NFT pour 2.9 millions de dollars américains?<sup>45</sup> Selon la jurisprudence suisse, il semblerait que ce tweet ne puisse pas être qualifié d'œuvre littéraire et ne soit donc pas protégé par le droit d'auteur<sup>46</sup>. En effet, dans le considérant 2.3.1 de l'ATF 134 III 166 ss (l'arrêt *Compendium*), le TF a soutenu, en se basant sur la doctrine, qu'un texte, certes unique, mais qui consiste en une suite banale d'expressions quotidiennes (« banale Zusammenstellung von Alltagsredewendungen ») ne présente pas de caractère suffisamment individuel.

18 En résumé, pour répondre à la question de savoir si un NFT est une œuvre au sens de la LDA, il convient de distinguer entre le jeton unique et l'actif lié à ce jeton, qui forment ensemble le NFT. L'actif (p. ex. image digitale) peut souvent être qualifié d'œuvre, alors que tel n'est pas

42 BRIGITTE SOMMER/CLARA-ANN GORDON, Individualität im Urheberrecht – einheitlicher Begriff oder Rechtsunsicherheit?, sic! 2001, p. 293 s.; LUKAS BÜHLER, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Fribourg, 1999, p. 100 ss; ROLAND VON BÜREN/MICHAEL A. MEER, in: Von Büren/David (édit.), SIWR II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle, 2014, p. 107 ss.

43 Cf. les projets « Autoglyphs » de Larva Labs ou Art Blocks. L'utilisation de grands modèles de langages (LLM) que l'on retrouve dans des logiciels actuels tels que Chat-GPT, Midjourney ou Dall-E posent évidemment des problèmes de titularité des droits, de même que d'éventuelles violations de droits d'auteurs préexistants. Ces derniers dépassent le cadre de la présente réflexion.

44 AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 397.

45 TAYLOR LOCKE, Jack Dorsey sells his first tweet ever as an NFT for over \$2.9 million, CNBC du 22 mars 2022.

46 Cf. notamment l'ATF 134 III 166 consid. 2.3.1.

le cas pour le jeton unique. Cette distinction est importante pour répondre aux questions qui suivent.

## 2. La création d'un NFT est-elle une utilisation de l'œuvre selon l'art. 10 LDA ?

### a) Reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA) ou mise à disposition (art. 10 al. 2 let. c LDA) ?

L'art. 10 LDA consacre le droit d'utilisation d'une œuvre en tant que droit exclusif de son auteur. Ce droit d'utilisation doit permettre à l'auteur de bénéficier économiquement de son œuvre (droits patrimoniaux)<sup>47</sup>. En lien avec les NFTs, les droits d'utilisation qui paraissent pertinents sont le droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA) et le droit de mise à disposition (art. 10 al. 2 let. c LDA).

Le droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA) consiste en le droit exclusif de confectionner des exemplaires de l'œuvre, notamment sous la forme d'imprimés, de phonogrammes, de vidéogrammes ou d'autres supports de données (droit de reproduction). Constituent également des reproductions au sens de l'art. 10 al. 2 let. a LDA le fait d'inscrire une œuvre dans une mémoire d'ordinateur, soit directement, soit au moyen d'un scanner, de faire des copies sur un support informatique ou encore de télécharger une œuvre accessible sur internet<sup>48</sup>. Le droit de mise à disposition (art. 10 al. 2 let. c LDA), quant à lui, est le droit exclusif de mettre l'œuvre à disposition, directement ou par quelque moyen que ce soit, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit<sup>49</sup>. Ce droit englobe ainsi en particulier la mise à disposition d'une œuvre dans une banque de données sur une page web, puis sa consultation à distance sur écran<sup>50</sup>.

La question se pose de savoir si, lors de la création d'un NFT, il y a reproduction, respectivement mise à disposition de l'œuvre liée au NFT. Une approche différenciée s'impose en fonction de l'endroit où l'œuvre est enregistrée :

— S'agissant des NFTs *on-chain*, qui sont comme indiqué relativement rares en pratique, la création d'un NFT constitue une reproduction de l'œuvre, puisqu'un nouveau fichier (p. ex. image digitale) est créé. Ce fichier sera enregistré sur la *blockchain* et donc inscrit dans la mémoire d'ordinateur des nœuds qui exploitent la *blockchain*. L'œuvre est également mise à disposition étant donné que la *blockchain* utilisée (en général publique) permet à tout intéressé de consulter son contenu, et donc les fichiers qui y sont enregistrés<sup>51</sup>.

47 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 10 LDA N 2.

48 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 10 LDA N 16.

49 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 10 LDA N 28.

50 BARRELET/EGLOFF (n. 38) art. 10 LDA N 26.

51 GUADAMUZ (n. 18); STUVEN (n. 21).

— S'agissant des NFTs *off-chain*, plus fréquents en pratique, il y a lieu de différencier entre deux étapes. Lors de la création même du NFT, c'est-à-dire du *minting*, aucune copie de l'œuvre n'est créée, puisque celle-ci n'est pas enregistrée sur la *blockchain*<sup>52</sup>. En effet, comme indiqué, seul un renvoi à une adresse URL est enregistré sur la *blockchain*. La question se pose toutefois de savoir si le renvoi à une page web par indication de l'adresse URL peut être considéré comme une mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 let. c LDA<sup>53</sup>. Selon la doctrine majoritaire, la publication d'un lien vers un site avec du contenu protégé par le droit d'auteur ne constitue pas un acte de mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 let. c LDA<sup>54</sup>. En effet, « un lien ne fait qu'indiquer l'emplacement exact de la ressource à laquelle référence est faite et d'en faciliter l'accès. On n'utilise pas la page liée et ne la reproduit pas, pas plus qu'on ne la distribue, la communique ou la diffuse »<sup>55</sup>. Si l'utilisation d'un lien pour renvoyer à du contenu protégé par la LDA ne constitue pas une mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 let. c LDA, on ne voit pas bien comment la simple mention de l'adresse URL pourrait constituer une telle utilisation<sup>56</sup>.

22 Cependant, le « minting » d'un NFT *off-chain* est souvent seulement la seconde étape du processus de création. En effet, cette étape sera souvent précédée par le chargement de l'œuvre sur *IPFS* ou une autre base de données à laquelle on pourra accéder avec l'adresse URL enregistrée dans le fichier de métadonnées auquel l'inscription sur la *blockchain* renvoie. La création d'un NFT implique en effet souvent le chargement d'un actif digital sur une base de données appropriée et donc une reproduction et une mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 let. a et c LDA<sup>57</sup>. Toutefois, il se peut qu'une personne autre que

le créateur du NFT (p. ex. le créateur de l'œuvre) ait déjà chargé une copie de l'œuvre sur *IPFS* ou une autre base de et que, par la création du NFT, il soit simplement renvoyé à l'adresse URL. Dans ce cas, aucune reproduction ou mise à disposition de l'œuvre ne sera alors nécessaire pour créer le NFT<sup>58</sup>.

## b) Application de la clause générale de l'art. 10 al. 1 LDA ?

La liste des possibles utilisations d'une œuvre au sens de l'art. 10 al. 2 LDA n'est qu'exemplative. Ainsi, l'art. 10 al. 1 LDA contient une clause générale aux termes de laquelle l'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée. La disposition a été formulée de manière ouverte afin de permettre d'inclure de nouvelles utilisations qui apparaissent au cours de l'évolution technologique<sup>59</sup>. Comme discuté plus haut, la création d'un NFT suppose une reproduction ou mise à disposition sauf dans une hypothèse, à savoir lorsqu'un NFT *off-chain* se limite à renvoyer à un NFT déjà chargé dans une base de données<sup>60</sup>. Ce cas pourrait tomber toutefois sous l'application de la clause générale. En effet, la création d'un NFT va bien au-delà d'une simple consommation d'une œuvre et vise très clairement un but économique. La valeur du NFT est liée à l'œuvre qu'il représente<sup>61</sup>. Les NFTs ont précisément été inventés afin de permettre une meilleure commercialisation d'œuvres digitales<sup>62</sup>. Il n'est pas compatible avec le but de la LDA – soit en particulier d'offrir à l'auteur la faculté de monétiser ses œuvres<sup>63</sup> – de permettre à des tiers de tirer un profit d'œuvres protégés par le droit d'auteur. Une telle commercialisation a lieu lorsque des NFTs sont créés avec un lien évident avec l'œuvre sous-jacente. Les NFTs, desquels l'œuvre sous-jacente a été préalablement chargée sur une base de données, ne devraient pas avoir une protection plus faible ou inexistante. En effet, dans ce cas également, le bénéfice proviendra de la création et de la vente du NFT, et non du chargement d'une copie de cette œuvre sur *IPFS*<sup>64</sup>.

52 ANDRES GUADAMUZ, Copyfraud and copyright infringement in NFTs, TechnoLlama du 14 mars 2021 ; AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 396 ; AKSOY/ÜNER (n. 6), p. 9.

53 AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 397 ; AKSOY/ÜNER (n. 6), p. 8 s.

54 STEVE REUSSER, L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur, Bâle 2014, p. 167 s. ; RETO M. HILTY / OLIVER SCHMID / MARKUS WEBER, Urheberrechtliche Beurteilung von "Embedding", sic! 2016, p. 239 ; ROLF H. WEBER, Non-Fungible Tokens – A New (Legal) Phenomenon in the Crypto Universe, sic! 2022, p. 492 ; HILTY (n. 39), N 348, p. 297 N 721 ; BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 10 LDA N 44.

55 REUSSER (n. 53), p. 67 s. La CJUE a adopté une approche un peu plus différenciée. Selon cette dernière, la mise à disposition d'un lien ne constitue pas un acte de mise à disposition lorsque le lien pointe vers un site sur lequel le contenu protégé a été publié légalement. Cependant, lorsque le lien pointe vers un site sur lequel le contenu protégé a été publié illégalement et que le créateur du lien en est conscient il y a un acte de mise à disposition (Jugement du CJCE C-160/15 du 8 septembre 2016 (GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Entreprises International Inc), consid. 49). Cette approche est cependant critiquée en Suisse (HILTY [n. 39], N 349).

56 AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 397 ; AKSOY/ÜNER (n. 6), p. 9 ; ANNE-VIRGINIE LA SPADA, La propriété intellectuelle dans le métavers, Revue de l'avocat 2022, p. 365 ; WEBER (n. 54), p. 492 ; REUSSER (n. 54), p. 130.

57 AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 396 s. ; WEBER, (n. 54), p. 492.

58 AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 397.

59 HERBERT PFORTMÜLLER, in : Müller/Oertli (édit.), Urheberrechtsgesetz, 2<sup>ème</sup> éd., art. 10 LDA N 3 ; HILTY (n. 39), p. 119

60 Cf. N 22.

61 Autre avis en lien avec le droit des marques : LA SPADA (n. 56), p. 364 s., qui suggère que les NFTs disposent, du moins dans certains cas, d'une valeur inhérente indépendante de l'actif sous-jacent.

62 THOMAS HOEREN / WOLFGANG PRINZ, Das Kunstwerk im Zeitalter der technischen Reproduzierbarkeit – NFTs (Non-Fungible Tokens) in rechtlicher Hinsicht, Was Blockchain-Anwendungen für den digitalen Kunstmarkt bewirken können, Computer und Recht 2021, p. 566 N 3.

63 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 10 LDA N 2 ; HILTY (n. 39), p. 365 s. ; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2000, N 6.

64 Vont également dans cette direction JOËLLE LÖTSCHER / DENNIS TOBLER / ANNE-SOPHIE MORAND, Brave New World of NFTs, Jusletter du 23 janvier 2023, p. 10.

### c) Illustration

- 24 Lors de la création d'un NFT, un jeton unique – qui n'est pas une œuvre – est lié à un contenu digital ou physique qui devra souvent être qualifié d'œuvre, notamment dans le domaine artistique, et pourra être protégé s'il dispose d'un caractère individuel (originalité en droit européen). Si tel est le cas, il faut se demander si la création d'un NFT relève d'une utilisation de l'œuvre, soumise à un droit exclusif de l'auteur selon l'art. 10 LDA.
- 25 Il semble inconcevable, comme le montrent les explications suivantes, de créer un NFT lié à une œuvre sans qu'il n'y ait une utilisation de cette œuvre selon l'art. 10 LDA. Imaginons que quelqu'un veuille créer un NFTs en lien avec une image digitale d'un tiers protégée par le droit d'auteur et se demande s'il peut échapper à l'application de l'art. 10 LDA, qui protège l'auteur. Imaginons d'abord qu'un NFT *on-chain* soit créé, ce qui suppose le chargement des données relatives à l'œuvre sur la *blockchain*. Dans ce cas, le créateur du NFT reproduit et met à disposition l'œuvre selon l'art. 10 LDA. Imaginons ensuite que l'inscription sur la *blockchain* se limite à renvoyer à une base de données, dans laquelle le créateur du NFT a préalablement chargé l'œuvre. Dans ce cas, le chargement dans une base de données devra être qualifié de reproduction et de mise à disposition. Finalement, même si un tiers charge préalablement le fichier relatif à l'œuvre dans une base de données, la clause générale de l'art. 10 al. 1 LDA s'appliquera. En résumé, quelle que soit la méthode utilisée, le créateur d'un NFT lié à une œuvre d'un tiers protégé par le droit d'auteur ne peut pas échapper à l'application de l'art. 10 LDA.

### 3. Est-ce que des droits patrimoniaux (art. 12 al. 1 LDA) sont transmis lors de la vente d'un NFT ?

#### a) Transfert des droits d'auteurs selon la LDA

- 26 Selon l'art. 16 al. 1 LDA, les droits d'auteur sont cessibles et transmissibles par succession. L'art. 16 al. 1 LDA contient toutefois une imprécision dans ce sens qu'uniquement les droits patrimoniaux peuvent être transférés<sup>65</sup>. Les droits moraux quant à eux sont en principe incessibles du vivant de l'auteur<sup>66</sup> de sorte que leur transfert n'entre pas en ligne de compte lors de la vente d'un NFT. La cession des droits d'auteur au sens de l'art. 16 al. 1 LDA ne doit pas être confondue avec la cession de

créance au sens des art. 164 ss CO. La cession des droits d'auteur est un acte de disposition. Cette cession a les mêmes effets que le transfert d'un droit réel. Le bénéficiaire du transfert devient lui-même titulaire des droits d'auteur et peut les faire valoir *erga omnes*, donc également contre l'auteur de l'œuvre<sup>67</sup>. Contrairement à la cession au sens de l'art. 164 CO, la cession des droits d'auteur ne requiert aucune forme particulière<sup>68</sup>. Le titulaire des droits d'auteur peut également accorder un droit d'utilisation sur les droits patrimoniaux par le biais d'un contrat de licence (contrat innomé). Dans ce cas, le preneur de licence ne dispose que d'un droit relatif envers le titulaire des droits d'auteur<sup>69</sup>. La conclusion d'un contrat de licence ne requiert, tout comme la cession, aucune forme particulière<sup>70</sup>. En pratique la distinction entre une cession des droits d'auteur et la conclusion d'un contrat de licence n'est souvent pas claire<sup>71</sup>.

Les droits patrimoniaux peuvent être décomposés en une multitude de droits partiels. Ils peuvent en particulier être divisés dans l'espace, le temps et selon leur contenu. Par conséquent, un auteur peut céder ou accorder une licence sur les droits patrimoniaux dans leur intégralité ou seulement partiellement (cf. art. 16 al. 2 LDA)<sup>72</sup>.

Souvent, la question se pose de savoir quels droits ont été transférés. Pour interpréter les contrats relatifs au droit d'auteur, on applique tout d'abord les règles générales d'interprétation du contrat, en particulier l'art. 18 CO (interprétation subjective et, subsidiairement objective). Dans le contexte des droits d'auteur, les règles suivantes doivent par ailleurs être prises en compte :

- Selon l'art. 16 al. 3 LDA, le transfert de la propriété de l'original ou d'une copie d'une œuvre n'« implique » pas celui des droits d'auteur. Cette disposition signifie qu'un transfert des droits d'auteur n'est pas présumé en cas du transfert de propriété d'un exemplaire de l'œuvre.<sup>73</sup> Le nouveau propriétaire peut apporter la preuve que les droits d'auteur ont, notamment tacitement, également été transférés<sup>74</sup>.
- La doctrine a en outre développé la théorie de la finalité en tant que règle d'interprétation spécifique relative au droit d'auteur<sup>75</sup>. Selon cette théorie, « en

65 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 16 LDA N 9.

66 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 9 LDA N 7; JACQUES DE WERRA / YANIV BENHAMOU, Kunst und geistiges Eigentum, in : Mosiman/Renold/Rascher (édit.), Kultur, Kunst, Recht, Schweizerisches und internationales Recht, 2<sup>ème</sup> éd., 2020, N 92. À noter toutefois qu'il existe une controverse en doctrine concernant la transmissibilité d'une partie des droits moraux, notamment du droit de divulgation (cf. en particulier HILTY [n. 39], p. 590 ss)

67 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 16 LDA N 2s.

68 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 16 LDA N 6.

69 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 16 LDA N 2.

70 HILTY RETO M., Lizenzvertragsrecht, Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Berne 2001, p. 299 s.

71 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 16 LDA N 3.

72 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 16 LDA N 2s.

73 JACQUES DE WERRA, in : de Werra/Gilliéron (édit.), Commentaire romand, Propriété intellectuelle, Bâle 2013, art. 16 LDA N 54 (avec renvois à la doctrine et à la jurisprudence ; cit. CR PI-EDITEUR-E). Autre avis : BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 16 LDA N 31.

74 CRPI-DE WERRA, art. 16 LDA N 54

75 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 16 LDA N 26.

l'absence de réglementation précise, la cession de droits d'utilisation correspond à l'étendue du droit d'utilisation nécessaire pour atteindre le but poursuivi par la cession »<sup>76</sup>. Cette théorie signifie qu'en cas de doute, « l'auteur ne cède pas plus de droits que le but du contrat ne l'exige »<sup>77</sup>. Il en découle notamment qu'en cas de doute par rapport à la question de savoir si les parties sont convenues d'une cession ou d'un contrat de licence il y a lieu d'admettre l'existence d'un contrat de licence et non d'une cession<sup>78</sup>.

**b) Est-ce que des droits patrimoniaux sont transmis lors de la première vente d'un NFT ?**

29 à la lumière des règles d'interprétation évoquées ci-dessus, la question se pose de savoir si des droits d'auteur patrimoniaux (et donc transmissibles) sont transférés à l'acquéreur d'un NFT.

30 L'art. 16 al. 3 LDA dispose que le transfert de la propriété d'une œuvre, qu'il s'agisse de l'original ou d'une copie, n'implique pas celui des droits d'auteur. Si l'on suit la doctrine majoritaire, un droit de propriété ne peut exister que par rapport à des choses physiques et non par rapport à des données<sup>79</sup>. Un NFT n'étant qu'un jeton numérique, aucun droit de propriété ne peut exister par rapport à ce dernier<sup>80</sup>. À notre avis, la règle de l'art. 16 al. 3 LDA doit néanmoins être appliquée à la vente de NFTs au vu du principe *e maiore ad minus*. En effet, si un transfert des droits d'auteur n'est pas présumé lors du transfert de la propriété d'une œuvre on ne voit pas comment le transfert d'un NFT, qui n'implique aucun transfert de droit de propriété d'un exemplaire de l'œuvre faisant l'objet du NFT, pourrait permettre une telle présomption<sup>81</sup>.

31 Pour déterminer l'étendue d'un transfert de droits d'auteur au moment de la vente d'un NFT, le contenu des clauses contractuelles joue un rôle important. On peut observer que les différentes plateformes de ventes de NFTs ont souvent des conditions générales<sup>82</sup>. Le contenu

76 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 16 LDA N 25.

77 CRPI-DE WERRA, art. 16 LDA N 41.

78 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 16 LDA N 27.

79 BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. ZGB N 19a ss. Et les références citées. À noter que la question de savoir si des données peuvent faire l'objet d'un droit de propriété est controversée, autre avis pour le droit suisse notamment : MARTIN ECKERT, Digitale Daten als Wirtschaftsgut : digitale Daten als Sache, RSJ 2016, p. 245 ss.

80 Pour plus de détails cf. AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 390 s ; WEBER (n. 54), p. 489. Autre avis pour le droit allemand : HOEREN/PRINZ (n. 62), p. 567 s., N 10 ss. ; pour le droit anglais cf. England und Wales High Court of Justice CL-2022-000110 du 10 mars 2022 (Lavinia Deborah Osbourne vs. Persons Unknown) qui admet qu'il existe de forts arguments pour traiter un NFT en tant que chose sujette au droit de propriété.

81 AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 398 ; AKSOY/ÜNER (n. 6), p. 10

82 Cf. NBA Top Shot, Terms of Use ; Axie Infinity, Terms of Use ; Markersplace, Term of Service ; Niftygateway, Terms of use ; Opensea, Terms of Service ; Rarible, Terms and Conditions.

de ces conditions varie selon le type de plateformes de vente de NFTs. On peut différencier les *marketplaces* ouvertes (p. ex. *Rarible*, *OpenSea*), sélectives (p. ex. *Nifty Gateway*, *Makersplace*) et exclusives (p. ex. les *marketplaces* de *Axie Infinity*, *NBA Topshot*, *Bored Ape Yacht Club*). Les plateformes ouvertes ne font aucune sélection. Tout le monde peut y créer et (re-)vendre des NFTs. Les plateformes sélectives quant à elles choisissent les artistes qui peuvent créer et vendre des NFTs. Les plateformes exclusives mettent en vente uniquement des NFTs représentant des contenus dont elles détiennent elles-mêmes les droits d'auteur<sup>83</sup>. Les conditions générales des plateformes exclusives accordent généralement à l'acheteur du NFT une licence pour l'utilisation, la reproduction et l'affichage de l'œuvre représentée par le NFT. La licence se limite souvent à un usage privé, non-commercial, et à l'exposition de l'œuvre sur une plateforme qui permet la revente du NFT (marchés secondaires (*secondary marketplaces*) tels que *Opensea*)<sup>84</sup>. Certaines clauses de licence permettent également un usage commercial de l'œuvre sous-jacente au NFT (notamment le droit de commercialiser des objets (p. ex. des t-shirts) affichant une copie de l'œuvre)<sup>85</sup>. Souvent les clauses permettant un usage commercial prévoient un plafond de recettes<sup>86</sup>. Il va de soi que les conditions générales des plateformes ouvertes ou sélectives ne contiennent – ou ne devraient contenir – aucune clause de licence concernant des NFTs vendus sur leurs plateformes<sup>87</sup>. En effet, les opérateurs de ces plateformes ne sont précisément pas titulaires des droits d'auteur et se limitent à mettre en relation les auteurs avec de potentiels acheteurs.

Dans de nombreuses situations, aucune clause contractuelle ne règle spécifiquement le transfert de droits d'auteur. Pour déterminer l'éventuel transfert de ces droits et son étendue, le juge devra procéder à une interprétation subjective et, si nécessaire, objective au sens de l'art. 18 CO. Dans cette interprétation, le juge devra prendre en compte l'intérêt que les parties portent à la vente et à l'achat des NFTs. Il devra dans ce contexte appliquer la théorie de la finalité<sup>88</sup>. Si les NFTs ont comme unique fonction l'authentification d'originaux, la théorie de la finalité ne devrait pas impliquer le transfert de droits patrimoniaux. En revanche, si – comme c'est le cas des *CryptoKitties*, *des CryptoPunks*, etc. – les NFTs sont des objets d'investissement conçus pour être revendus facilement à des tiers, les acheteurs de NFTs doivent pouvoir

83 JAMES GATTO/ MOLLY TOMER, NFT Licenses Breakdown: Exploring Different Marketplaces Associated License Issues, 21 septembre 2021.

84 Cf. Axie Infinity (n. 82) ; NBA Top Shot (n. 82).

85 Axie Infinity (n. 82) ; Bored Ape Yacht Club, Terms and Conditions.

86 P. ex. Axie Infinity (n. 82).

87 Niftygateway, Terms of use ; Opensea, Terms of Service ; Rarible (n. 82).

88 Cf. l'explication par rapport à la théorie de la finalité dans N 28.

publier des copies de l'œuvre sur des plateformes de ventes ou sur les réseaux sociaux. En effet, dans ce cas, le but du contrat exige que l'acheteur du NFT puisse mettre en évidence l'œuvre sous-jacente. En revanche, la vente ou l'exposition d'exemplaires physiques de l'œuvre ne semble pas nécessaire pour atteindre le but poursuivi. Il faudra par ailleurs partir du principe que le droit de copier et de publier l'œuvre sous-jacente est transféré à l'acheteur que sous la forme d'une licence (non-exclusive) et non sous la forme d'une cession<sup>89</sup>.

### c) Transfert des droits d'auteur lors de la revente d'un NFT

- 33 Se pose également la question de savoir si et comment des droits d'auteur sont transférés lors de revente d'un NFT à un tiers, c'est-à-dire par la vente d'un détenteur du NFT qui n'est pas son créateur.
- 34 Si des droits d'auteur patrimoniaux et donc transmissibles ont été cédés à l'acheteur du NFT, celui-ci peut en principe en disposer lors de la revente du NFT à un tiers. Ces droits pourront être à nouveau cédés, mais aussi faire l'objet d'un contrat de licence.
- 35 La situation est plus compliquée lorsque les parties à la première vente du NFT ont conclu un contrat de licence. Se pose dès lors la question de savoir si la licence peut être transférée au tiers lors de la revente du NFT. Une reprise de contrat<sup>90</sup> ne nécessite aucune forme particulière en droit suisse, cependant il faut l'accord des trois parties concernées. Comment s'assure-t-on toutefois de l'accord de l'émetteur du NFT ? Il est controversé de savoir si la partie qui reste dans une relation contractuelle (le créateur du NFT), peut consentir à une reprise de contrat en blanc par n'importe quel tiers<sup>91</sup>. Dans la pratique, les conditions générales – lorsqu'il y en a – ne sont souvent pas claires à ce sujet<sup>92</sup>. Il faut ensuite que la partie

89 Cf. également AREF/FABIAN/WEBER (n. 12), p. 398 ; WEBER (n. 54), p. 493.

90 « Par la reprise de contrat (Vertragsübernahme), il y a transfert de l'intégralité du rapport contractuel avec tous les droits et obligations y relatifs d'une partie contractante à un tiers qui se substitue à celle-ci. La reprise de contrat n'est pas réglée expressément par le code des obligations. Selon la jurisprudence, il ne s'agit pas de la simple combinaison d'une cession de créance et d'une reprise de dette mais d'un contrat sui generis (Arrêt du TF 4A\_650/2014 du 5 juin 2015 consid. 6.1 et les références citées).

91 Cf. à ce sujet le Rapport du Conseil Fédéral intitulé, Bases juridiques pour la distributed ledger technology et la blockchain en Suisse, Berne, 14 décembre 2018, p. 63s. (avec de nombreux renvois à la doctrine et jurisprudence). Cf. aussi PETER GAUCH / WALTER SCHLUEP / SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11<sup>ème</sup> éd., Zurich 2020, N 3548.

92 Ainsi, les conditions générales de Dapper Labs pour les NFTs NBA Topshot prévoient que la licence est « worldwide, non-exclusive, non-transferable ». Comment faut-il comprendre « non-transferable » dans ce contexte ? Il ne correspond probablement pas à la volonté de Dapper Labs que la licence reste toujours chez l'acheteur initial du NFT. Les conditions contractuelles de Dapper Labs prévoient

qui transfère et celle qui reprend le contrat consentent également au transfert. En pratique, il y aura rarement de déclaration de volonté explicite pour un tel transfert et la question se posera de savoir si ces parties ont implicitement donné leur accord à ce transfert. Pour conclure, la question de savoir si un contrat a valablement été transféré sera – sauf si des déclarations explicites des trois parties ont été données – souvent incertaine<sup>93</sup>.

On pourrait aussi imaginer que le contrat de licence original accorde au licencié le droit de concéder des sous-licences. Dans ce cas, il n'y aurait aucun transfert de contrat, mais seulement un accord permettant à l'acheteur d'un NFT de conclure un autre contrat, à savoir le contrat de sous-licence, avec un futur acheteur du NFT.

### d) Application du principe de l'épuisement (art. 12 LDA) aux NFTs ?

Aux termes de l'art. 12 al. 1 LDA, les exemplaires de l'œuvre qui ont été aliénés par l'auteur ou avec son consentement peuvent l'être à nouveau ou, de quelque autre manière, mis en circulation. Nous l'avons vu, selon l'art. 16 al. 3 LDA, le transfert de la propriété d'un exemplaire d'une œuvre n'implique pas celui de droits d'auteur. La seule exception à ce principe constitue le droit de mise en circulation pour cet exemplaire de l'œuvre. En d'autres termes, le droit de propriété sur l'exemplaire de l'œuvre l'emporte sur le droit d'auteur<sup>94</sup>. C'est ce que l'on appelle le principe de l'épuisement. La question de savoir si le principe de l'épuisement s'applique uniquement à des exemplaires physiques d'une œuvre ou également à des exemplaires digitaux est controversée et fait l'objet d'approches différenciées<sup>95</sup>. La reproduction de l'ensemble de ce débat dépasserait largement le cadre de cet article. Concernant les NFTs, l'application du principe de l'épuisement peut,

par ailleurs que les droits d'auteur peuvent être utilisés pour vendre le NFT sur une marketplace. Dapper Labs fait donc expressément référence à la possibilité de revente dans ses conditions contractuelles (cf. NBA Top Shot [n. 82]). Les conditions contractuelles d'Axie Infinity sont plus claires à cet égard, puisqu'elles prévoient ce qui suit: "Provided that you own an ERC721 Axie asset, you are granted a limited license to create fan-art and merchandise which can be used commercially given that you follow the terms set herein..." (cf. Axie Infinity [n. 82]). Il ressort de ces conditions contractuelles que la licence est liée à la propriété du NFT et que, par conséquent, en cas de transfert du NFT, la licence est également transférée.

93 Cf. également sur cette question MICHAEL D. MURRAY, Transfer and Licensing Copyrights to NFT Purchasers, Stanford Journal of Blockchain Law and Policy du 1<sup>er</sup> janvier 2023.

94 BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 12 LDAN 1.

95 Cf. HILTY, Urheberrecht (n. 39), N 314 ss. ; BARRELET/EGLOFF (n. 38), art. 12 LDAN 2 ; HORST BÖTTICHER, Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld, Berne 2013, p. 226 ; BÜHLER (n. 41), p. 275 ss ; EMIL F. NEFF / MATTHIAS ARN, in : von Büren / David (édit.), SIWR II/2, Urheberrecht im EDV-Bereich, Bâle 1998, p. 247 s. ; CRPI-EDGAR PHILIPPIN, art. 12 LDA N 13 ; PFORTMÜLLER (n. 59), art. 12 LDA N 10 ; YANIV BENAÏMOU / LAURENT TRAN, Circulation des biens numériques : de la commercialisation à la portabilité, sic! 2016, p. 585.

à notre avis, toutefois d'emblée être exclue pour une autre raison. En effet, comme nous l'avons exposé ci-haut<sup>96</sup>, les NFTs répandus en pratique, à savoir les NFTs *off-chain*, se limitent à renvoyer vers un site où l'œuvre peut être consultée. La vente d'un NFT ne constitue partant aucune mise en circulation d'un exemplaire d'une œuvre, de sorte que la question de l'épuisement ne se pose pas<sup>97</sup>.

## IV. Conclusion

- 38 L'importance des NFTs a beaucoup augmenté en 2021 et 2022. Même si ce phénomène a été touché négativement par la chute récente du prix des cryptomonnaies, il faut s'attendre à des développements dans les prochaines années, notamment en lien avec les métavers.
- 39 Un NFT est une combinaison entre un jeton unique enregistré sur une *blockchain* – qui ne peut pas être qualifié d'œuvre – et un actif, qui peut souvent l'être (p. ex. une image digitale, une musique, etc.). Si tel est le cas, notre analyse a montré que la création d'un NFT implique l'utilisation d'une œuvre au sens de la LDA, même s'il est parfois nécessaire de faire appel à la clause générale de l'art. 10 al. 1 LDA (cf. N 19 ss).

<sup>96</sup> N 17 ss et N 19 ss.

<sup>97</sup> WEBER (n. 54), p. 493.

L'article s'est également intéressé au transfert des droits d'auteur lors de la revente de l'œuvre. En pratique, il arrive souvent qu'aucune clause ne règle explicitement cette question. Nous sommes arrivés à la conclusion que, lorsque les NFTs sont des objets d'investissement conçus pour être facilement vendus à des tiers (p. ex. images digitales), chaque transfert de NFT contient implicitement la possibilité d'utiliser des copies de l'œuvre digitale, en particulier sur des plateformes d'échange ou des réseaux sociaux, car cette utilisation est indispensable au commerce de NFTs. Si une autre utilisation est voulue – p. ex. le droit de commercialiser des copies physiques de l'œuvre –, il est recommandé de prévoir des clauses réglant expressément cette question lors du transfert de NFTs.

On peut finalement relever qu'il existe une insécurité juridique pour les questions discutées dans cet article et que cette insécurité persistera tant que ces questions n'auront pas été tranchées par des tribunaux. Il est intéressant de noter que ces derniers sont déjà confrontés aux premiers litiges concernant la légitimité de la création de NFTs représentant des contenus protégés par le droit d'auteur. Ainsi, Miramax a intenté une action contre Quentin Tarantino, qui a mis en vente une collection de NFTs représentant des parties du script original du film culte *Pulp Fiction*...<sup>98</sup>.

<sup>98</sup> ADI ROBERTSON, Miramax sues Quentin Tarantino over Pulp Fiction NFTs, *The Verge* du 17 novembre 2021.

### Abstract

*Non Fungible Tokens (NFTs) gewinnen in Bereichen, die vom Urheberrecht betroffen sind, zunehmend an Bedeutung, etwa in der Kunst, bei Spielen oder im Metaversum. Dieses Rechtsgebiet ist daher besonders stark von diesem neuen Phänomen betroffen. Der vorliegende Artikel versucht, die wichtigsten Fragen zu beantworten, die sich in diesem Zusammenhang stellen, wie beispielsweise der Schutz des Urhebers oder der Urheberin bei der Schaffung eines NFT oder die Übertragung von Vermögensrechten bei der Übertragung eines NFT.*