

FDA fondation
pour le droit de l'art
art law foundation

12.2018

*art law
magazine*

#08

Table des matières / Table of content

- p. 6 Droit d'auteur :
la pluralité d'auteurs d'une seule œuvre
Par Arnaud Parreaux
- p. 11 Art & Blockchain :
Un canevas de la blockchain dans le monde de l'art
Par Gabriel Jaccard & Gabriel Chaix
- p. 16 Recent Russian law outline. Potential impact on the art market
By Yulianna Vertinskaya
- p. 22 Nouvelles suisses en droit de l'art et des biens culturels
Par Morgane Desboeufs, Centre du Droit de l'art, Université de Genève
- p. 25 Nouvelles acquisitions de la Bibliothèque du Centre du droit de l'art
- p. 27 Rendez-vous de la FDA / ALF's agenda

motifs de son refus ainsi que son intérêt à ce refus afin de permettre aux autres coauteurs ou, a *fortiori*, au tribunal, d'apprécier si celui-ci est abusif. Ces considérations valent *mutatis mutandis* pour le coauteur qui a déjà autorisé l'usage d'une œuvre collective et qui se rétracte après coup sans motif¹⁵.

De manière générale, les coauteurs doivent autoriser l'utilisation de l'œuvre commune qui est usuelle dans la branche¹⁶.

En second lieu, le coauteur ne peut en principe pas disposer de son apport personnel de façon indépendante, sous réserve des conditions cumulatives suivantes : les apports respectifs des auteurs peuvent être séparés, rien d'autre n'a été convenu et l'exploitation de l'œuvre commune n'est pas affectée par l'utilisation séparée des apports de chacun¹⁷. A titre d'exemple, un architecte qui a conçu la cafétéria lors d'un projet commun de création d'un immeuble de bureaux, si cette partie du projet constitue une contribution autonome, celui-ci pourra utiliser ou développer les plans de la cafétéria pour ses propres projets, sauf convention contraire¹⁸.

Enfin, sur le plan procédural, l'art. 7 al. 3 LDA attribue à chaque coauteur la compétence légale de représenter la communauté et d'intenter une action pour le compte de celle-ci afin de poursuivre une violation du droit d'auteur commise par un tiers (par exemple : contrefaçon).

En revanche, l'action ne peut pas être dirigée par un coauteur contre un autre car il n'y aurait plus de prétention commune et l'action, en dépit de la compétence légale d'engager un procès, devrait être rejetée faute de légitimation active, de sorte que seules les actions en dissolution des art. 654 CC et 545 CO resteront envisageables¹⁹.

En conclusion, dès lors qu'il peut y avoir plusieurs auteurs sur une seule œuvre, des éventuelles dissensions entre ceux-ci pourront naître, notamment quant à l'utilisation qui sera faite de l'œuvre commune, de sorte qu'il est fortement recommandé à ceux-ci de prévoir dans le contrat (de société simple) qui les unit le régime applicable aux droits détenus en commun sur l'œuvre, étant donné que les parties sont libres de déroger à l'art. 7 LDA qui est de droit dispositif.

15 DESSEMONTET François, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, CEDIDIAC - Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Band/Nr. 87, 2ème édition entièrement revue et augmentée, 2011, N. 72 ss.

EGLOFF, sic! 1998, p. 24 ss; MARBACH, Rechtsgemeinschaften an Immaterialgütern, Berne 1987, p. 130. ATF 129 III 715 consid. 3.1.

16 EGLOFF Willi, sic! 1998, p. 24 ss; MARBACH Eugen, Rechtsgemeinschaften an Immaterialgütern, Berne 1987, p. 130.

17 ATF 129 III 715 consid. 3.1.

18 CARRON Blaise/KRAUS Daniel/ FEROLLES Yann/ KRUSI Mélanie, Le droit d'auteur des planificateurs - Un guide

sur le droit d'auteur et autres droits de propriété intellectuelle à l'attention des architectes, des ingénieurs et des spécialistes du droit de la construction, DC - Contributions de l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, Université de Fribourg, Band/Nr. 30, 2015, p. 75.

19 BARRELET Denis/EGLOFF Willi, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire sur la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, Troisième édition, revue et mise à jour, avec la collaboration de Sandra Künzi; adaptation française Michel Heinzmann, 2008, ad art. 7 N. 11.

Art & Blockchain : Un canevas de la blockchain dans le monde de l'art

Par Gabriel Jaccard* & Gabriel Chaix**



Introduction : le cadre en quelques coups de pinceaux

L'art, c'est la pensée humaine

Qui va brisant toute chaîne !

— Victor Hugo, l'art et le peuple

En ce début de siècle, les avancées technologiques dans les domaines de l'internet et de la numérisation ont mis au défi la protection offerte par le droit d'auteur. Dans cet article, nous esquisserons, en quelques coups de pinceaux, le cadre des solutions proposées par la blockchain pour le monde de l'art.

* Doctorant à la Faculté de droit, Université de Genève, Gabriel.Jaccard@unige.ch.

** Doctorant à la Faculté de droit, Université de Genève, Gabriel.Chaix@unige.ch.

L'un des principaux développements actuels est l'apparition d'œuvres entièrement numériques. Celles-ci se distinguent des œuvres traditionnelles du fait qu'elles ne possèdent pas de matérialité, comme un tableau ; ce qui permet, entre autres, de pouvoir les démultiplier librement, sans perte de qualité et à un coût quasiment nul.

Partant, ces évolutions ont créé un terrain propice à la piraterie et ont rendu inefficace la protection du droit d'auteur sur internet. En effet, ces nouvelles possibilités de reproduction et de diffusion ont permis un partage facilité des contenus et ont créé une habitude de gratuité pour les consommateurs. D'un point de vue juridique, la reproduction de l'œuvre, le droit de paternité, le contrôle de sa diffusion ne peuvent plus être garantis efficacement.

Dans ce contexte, la blockchain offre le potentiel de remédier à cette situation en permettant un contrôle accru et en continu de la licéité de l'utilisation de ces œuvres numériques.

I. Définition de la blockchain : le flou artistique

La notion de blockchain est entourée d'un certain flou artistique. Cela s'explique dès lors que cette

technologie est très récente – elle fût introduite en 2009 par le projet Bitcoin – et en perpétuelle évolution. En effet, nous approchons d'ores et déjà de sa 4ème génération.

Dans le cadre de cette contribution, une définition trop technique serait déplacée. Bien plus, il est important que le lecteur se représente la blockchain pour ce qu'elle est : soit une base de données décentralisée – i.e. stockée en plusieurs endroits –, quasiment immuable – grâce à des mécanismes cryptographiques –, et régulée par des règles informatiques uniformes et communes (le « protocole »).

A l'instar des programmes informatiques traditionnels, les caractéristiques et options des blockchains sont multiples et malléables en fonction de leurs usages. De manière générale, on distingue entre les *blockchains publiques*, c'est-à-dire accessibles à tout un chacun, les *blockchain à permission*, qui limitent l'accès ou prévoient certains droits pour des participants prédéterminés et enfin les *blockchain privées*, sous le contrôle d'un acteur unique.

Ensuite, on distingue souvent entre les parties prenantes suivantes : Premièrement, les nœuds (*full nodes*) qui détiennent une copie complète du protocole et des transactions. Deuxièmement, les mineurs (*Miners*), soit les validateurs de nouvelles transactions. Troisièmement, les Oracles (*Oracles*), qui permettent l'interaction entre la

blockchain et des informations externes¹.

Et quatrièmement, les utilisateurs (*Users ou simple nodes*), qui proposent de nouvelles transactions.

Au sein d'une blockchain, l'œuvre est souvent entièrement ou partiellement représentée sous la forme d'un jeton (*token*), que le Lecteur peut s'imaginer figurativement comme un courrier (*lettre*). L'accès à ce jeton et son transfert s'effectue via la détention d'une clé privée (clé), elle-même liée à une clé publique (boîte à lettre), et souvent stockée au sein d'un *Wallet* (trousseau). Enfin, les modalités d'interactions du jeton peuvent être programmées via l'utilisation de *smart contracts*.

Dernièrement, on relève que tout type de fichiers peuvent être stockés sur une blockchain (*on-chain*). Néanmoins, pour des raisons liées au coût non-négligeable (5 cents pour 32 bytes)² qu'engendre ce stockage, les fichiers sont rarement reproduits entièrement sur blockchain. Bien plus, ils restent souvent stockés localement (*off-chain*) et sont ensuite reliés à elle au moyen d'un « *hash* », soit une sorte d'empreinte digitale du fichier.

II. L'intérêt de la blockchain : l'art et les dollars

En premier lieu, l'un des intérêts en faveur de l'utilisation de la blockchain

1 Ex. l'information peut être qu'une œuvre a été réceptionnée par le musée via M.X. le 12.05.2018.

2 Dès lors, un fichier format MP3 de 2 millions de bytes pourrait coûter jusqu'à environ \$3'000 à stocker sur la blockchain Ethereum.

est qu'elle permet de créer de la « rareté » au sein des données. Certains projets comme les CryptoKitties,³ Dada nyc⁴ ou Superare⁵ sont des exemples notables de ce phénomène. La représentation d'une œuvre numérique sur le système de façon unique permet de garantir son infalsifiabilité ainsi que le contrôle des conditions de sa distribution. Dès lors, l'artiste peut maîtriser son œuvre et éviter son utilisation illégale, même après sa diffusion sur internet. Toutefois, on relève qu'une utilisation illégale ne peut pas être évitée absolument⁶.

En deuxième lieu, la blockchain permet de raccourcir la chaîne des intermédiaires et de créer un lien plus direct avec sa communauté. Par exemple, il devient possible de distribuer l'œuvre soi-même directement aux utilisateurs, de lever des fonds directement auprès d'eux pour sa réalisation, de créer des mécanismes d'intéressement autour de l'œuvre (ex. intéressement en cas de recommandation à un ami), ainsi que de posséder des statistiques de son utilisation.

Par ailleurs, on relèvera que cette technologie offre des opportunités prometteuses en ce qui concerne

3 L'un de ceux-ci a d'ailleurs été vendu par la maison Christie's pour plus de \$ 140'000.-

Mala Elisa, Who Spends \$140,000 on a CryptoKitty? Blockchain art is technically priceless, The New York Times, 18 mai 2018, <https://www.nytimes.com/2018/05/18/style/cryptokitty-auction.html>

4 <https://dada.nyc/home>

5 <https://superrare.co>

6 Pex. si un fichier externe est créé par la capture d'une chanson via un appareil enregistreur. Toutefois, la qualité ne devrait pas être la même et il serait possible de distinguer techniquement si l'utilisateur effectue une écoute légale ou illégale.

l'enregistrement de droit d'auteur, l'authentification⁷, la localisation d'œuvres d'art, de traçabilité et transparence⁸. Les perspectives de la blockchain dans l'art sont colossales pour ce marché capitalisé à environ \$3'000 milliards et où les intermédiaires se taillent souvent la part du lion face aux artistes⁹.

III. La titrisation de l'œuvre: résumer tout un art par des 1 et des 0 ?

La gestion d'une œuvre sur blockchain nécessite de la représenter et de représenter les droits qui en découlent, sous la forme d'un jeton numérique (*token*). Ainsi, la première étape vise à résumer tout un art par des 1 et des 0. Il est important de relever que l'œuvre existe indépendamment de la blockchain, qui ne forme que l'un de ses moyens de représentations en possible concurrence avec d'autres. Partant, la création d'un lien authentique entre l'œuvre, qu'elle soit entièrement physique (un tableau) ou digitale (un fichier musique), et un titre représentatif est nodale. Dans cette optique, on distinguera entre les types de droits titrisés sur blockchain.

En premier lieu, concernant la titrisation de droit de propriété, il convient de rappeler que les droits réels sont soumis au principe du *numerus clausus*, ce qui limite leur création de manière consensuelle par les parties.

7 Pex. Everledger, <https://www.everledger.io>

8 Pex.UJO Music, <https://ujomusic.com>

9 ART BASEL, UBS, The Art Market 2018 report, 2018.

Dans la même veine, on peut relever que le jeton, en tant que bien digital, n'est pas une « chose » au sens du Code civil, à défaut de matérialité (*corpus*). Par conséquent, à l'heure actuelle, l'incorporation dans un jeton d'un droit réel portant sur un sous-jacent mobilier ou sur un bien digital n'est pas possible hors du cadre des droits réels, et partant les actions qui découlent de la propriété ne trouvent pas d'applications. En tout état de cause, le jeton représente un titre (art. 965 CO; art. 177 CPC) susceptible de prouver objectivement un état de fait¹⁰ ; ce qui, au vu des conditions sommaires de la création d'un droit absolu de propriété, telles que prévues dans la LDA, n'est pas négligeable et équivaut à l'établissement dudit droit absolu prévu par la LDA.

Par ailleurs, la titrisation d'une œuvre pourrait poser des problèmes de compatibilité avec certaines normes impératives, telles que l'art. 715 CC sur le pacte de réserve de propriété, ou encore des discrepances entre la réalité du régime juridique (p. ex. LDA) et la situation sur la blockchain. Toutefois, notons que par le passé dans certains domaines, comme les titres intermédiés (LTI)¹¹ par exemple, le droit a permis la création de régime quasi réels *ad hoc* sur des biens immatériels.

En deuxième lieu, la titrisation peut porter sur des droits pécuniaires (ex.

art. 10 LDA) et non-pécuniaires (droit personnel de l'Auteur), liés à l'œuvre. En droit suisse, une telle opération est possible aux conditions de la création de droit-valeurs (art. 973c CO). Le dépositaire tient alors un registre privé dont les droits qui en découlent sont de nature obligationnelle et n'existent que dans la mesure de leur inscription. La FINMA a explicitement reconnu cette possibilité via une blockchain¹². Concrètement, cela permet de titriser dans un jeton le droit aux dividendes, le droit de modification, etc.

Actuellement, la blockchain permet un système fonctionnel, toutefois il pose des problématiques juridiques. La plus importante est celle du transfert d'un jeton. Ce dernier suivra généralement les règles de la cession de créance (art. 165 CO) et ainsi respectera la forme écrite dont l'équivalent technique (art. 14 al.2bis CO) est rarement réalisé en pratique. On notera que l'art. 165 CO ne concerne que les « créances », soit les droits subjectifs et cessibles (ex. créance). Dans l'hypothèse où le jeton représente un droit non-cessible (ex. droit personnel) ou qu'il ne représente pas une « créance », alors la cession devrait respectivement soit être empêchée soit s'opérer sans forme. Enfin, de telles considérations au niveau légal sur le type de droit incorporés devraient influencer l'utilisation de standard technique dans le design initial du jeton (p. ex. ERC 777 plutôt que ERC 20).

¹² Guide pratique pour les questions d'assujettissement concernant les initial coin offerings (ICO), Edition du 16 février 2018 (point 3.2.).

IV. La gestion des droits sur l'œuvre: la liberté de l'artiste

Premièrement, du point de vue de l'utilisateur, l'acquisition de droits sur une œuvre entièrement numérique est régie par les règles du contrat de licence. Toutefois, l'application des règles sur le contrat de vente est controversée mais devrait selon nous la plupart du temps être admise¹³. Partant, l'acquéreur dispose donc d'un droit relatif et non absolu. En effet, le régime absolu des droits réels ne s'applique qu'aux choses matérielles, ce qui exclut de telles œuvres. Partant, on pourrait se demander si la position de l'acquéreur se trouve péjorée par cette situation en comparaison avec celle de l'acquisition d'une œuvre matérielle ?

Il conviendrait selon nous de répondre par l'affirmative. En effet, il est notable que les droits de nature contractuelle peuvent poser problèmes. Par exemple, en cas de successions - car les licences ne sont pas automatiquement héréditaires¹⁴ -, de transfert des droits - car la traçabilité se perd, et peut être parfois restreinte par des DRM¹⁵ - ou encore dans les cas où l'émetteur fait faillite.

Dans cette optique, la titrisation de l'œuvre sur blockchain permettrait d'améliorer de fait la situation sur plusieurs de ces points. Pour les deux

¹³ PEYROT Aude, ANTREASYAN Sevan, Succession 2.0 : les biens numériques, in Not@lex, 2016, p. 20 ss.

¹⁴ Par ailleurs, dans une jurisprudence allemande récente et inédite, l'héritage d'un compte Facebook a été admis - Bundesgerichtshof, 12.07.2018 - III ZR 183/17.

¹⁵ On notera que dans certains cas, les DRM ont été reconnus contraires au droit d'auteur, par exemple dans le cas Usedsoft C-128/11.

premiers, l'héritage et le transfert seraient facilités grâce à l'exclusivité donnée par la clé privée de l'utilisateur, lui permettant l'accès exclusif à l'œuvre, dès lors qu'il maîtrise ladite clé. Ensuite, la traçabilité et l'utilisation licite pourraient être garanties par le paper trail des transactions sur la blockchain.

Secondement, du point de vue de l'artiste, il lui serait loisible grâce à la blockchain de pouvoir façonner un contrôle sur mesure sur son œuvre (DRM), de créer des œuvres numériques uniques, ainsi que d'adapter son modèle d'affaire à une économie de l'internet pour les utilisateurs, et ceci tout en évitant des intermédiaires onéreux.

Pour ce faire, l'artiste pourrait faire encoder dans le jeton représentant l'œuvre numérique ou au sein de smart contract les règles et les conditions d'utilisation de son œuvre, par exemple les droits des reproductions, droit moral, etc. Ces œuvres deviendraient alors automatiquement contrôlées par un code infalsifiable édicté selon la liberté de l'artiste.

Conclusion: le baisser du rideau

En conclusion, avant le baisser du rideau, on peut retenir que cette technologie offre des opportunités prometteuses pour l'art en général. Néanmoins, il subsiste de nombreuses difficultés et des incertitudes. Partant, il convient de bien évaluer si la blockchain apporte une valeur ajoutée, ainsi que la prise en compte de l'incapacité du système légal à apporter un cadre juridique global fonctionnel pour ce type d'innovation.

¹⁰ VERDON Antoine, La justice chinoise reconnaît la blockchain comme moyen de preuve, Le Temps, 6 juillet 2018, <https://www.letemps.ch/economie/justice-chinoise-reconnait-blockchain-moyen-preuve>.

¹¹ RS 957.1.