

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

S. Abravanel-Jolly et A. Astegiano-La Rizza, *Enjeux et impacts de la loi de modernisation de la régulation du marché de l'art, 28 février 2022, sur la responsabilité civile et l'assurance*, Colloque Lyon 3 (dir S. Thomasset-Pierre), 22 sept. 2022, bjda.fr 2023, n° 85

Enjeux et impacts de la loi de modernisation de la régulation du marché de l'art, du 28 février 2022, sur la responsabilité civile et l'assurance

Sabine Abravanel-Jolly,

Maître de conférences, HDR en droit privé – Lyon 3,
Équipe de recherche Louis Jossierand (EA 3707),
Anc. Directrice de l'Institut des Assurances de Lyon,
Avocate au Barreau de Lyon
Co-fondatrice BJDA

&

Axelle Astegiano-La Rizza,

Maître de conférences HDR Université Jean-Moulin-Lyon 3,
Ancienne directrice adjointe de l'Institut des Assurances de Lyon
Co-fondatrice BJDA

Le secteur du marché de l'art s'est considérablement transformé ces vingt dernières années. Du monopole des commissaires-priseurs pour les ventes aux enchères publiques, qu'elles soient volontaires ou judiciaires, nous sommes passés avec la loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 à une libéralisation du secteur¹. La loi distingue désormais les ventes judiciaires, initiées par décision de justice ou par la loi et qui continuent de fonctionner sur le régime antérieur, des ventes volontaires, réalisées à l'initiative du propriétaire du bien vendu et qui sont confiées à un nouvel agent économique, la société de ventes volontaires devenue, avec la loi n° 2011-850 du 20 juillet 2011, l'opérateur de ventes volontaires (OVV) avec la création d'un régulateur : le Conseil des ventes volontaires.

Très critiquée par les professionnels concernés, cette autorité de régulation devait être réformée, ce qui était l'objet de la proposition de loi. Mais au fil des commissions parlementaires, et s'appuyant sur les divers rapports, notes et échanges avec l'ensemble des professionnels², la loi

¹ Sous la pression de Sotheby's et d'un avis motivé de la Commission européenne et au nom du principe de liberté d'établissement.

² V. Histoire d'une réforme, *in Rev. Symev* éd. Spéciale, été 2022, p. 5.

du 28 février 2022³ s'est enrichie d'un certain nombre de dispositions⁴ dont notamment l'élargissement du champ d'intervention des OVV qui peuvent désormais procéder à des inventaires fiscaux, à des ventes sous tutelle et à des ventes de biens incorporels⁵.

La possibilité de procéder à des inventaires fiscaux et à des ventes sous tutelle, en tant que procédures bien identifiées en droit, « seront intégrées » en termes de responsabilité et d'assurance assez facilement. C'est donc surtout l'ouverture des ventes aux enchères volontaires à des meubles incorporels⁶ qui suscite questionnement en matière de responsabilité et d'assurance et de manière générale, comme l'ont déjà montré les précédentes interventions. Ainsi, le champ d'application des biens incorporels pouvant être vendus⁷ doit être précisé, et ce qui interroge surtout c'est le régime applicable aux NFTs (Non Fungible Tokens), ces jetons numériques non fongibles qui ont fait une entrée fracassante dans le monde de l'art⁸. Assimilés à un bien incorporel, ils constituent une nébuleuse avec laquelle l'OVV va devoir composer et qui va peser sur sa responsabilité (I).

A la responsabilité professionnelle de l'OVV correspond une obligation d'assurance responsabilité civile qui se justifie tant par la nature de son activité, que de l'évolution de son statut. Antérieurement à la loi du 10 juillet 2000, les commissaires-priseurs, qui bénéficiaient d'un monopole pour l'organisation de ventes aux enchères publiques, bénéficiaient d'un système de mutualisation des risques au sein d'une sorte de « bourse commune », prévoyant une péréquation des honoraires et de l'assurance de responsabilité, qu'ils doublaient le cas échéant par une assurance personnelle.

Avec la libéralisation du secteur, ce dispositif ne pouvait plus perdurer pour l'activité de ventes volontaires dès lors que celles-ci étaient confiées à des opérateurs indépendants. L'assurance commune a alors été remplacée par le législateur par une obligation d'assurance qui prend désormais place à l'article L. 321-6 du Code de commerce.

Les mécanismes de l'assurance de choses et de l'assurance de responsabilité permettent de sécuriser le domaine du marché de l'art, dont les enjeux économiques sont considérables, en offrant des garanties d'indemnisation tant aux vendeurs qu'aux acquéreurs ce qui contribue à instaurer un climat de confiance et de sécurité

L'élargissement du périmètre d'intervention des OVV va nécessairement créer de nouveaux risques dont la prise en charge par les contrats d'assurance doit être déterminée (II).

³ Dont les décrets d'application sont attendus d'ici la fin de l'année.

⁴ V. F. Pollaud-Dulian, *Nouvelle régulation des ventes aux enchères : institution d'un conseil des maisons de vente et ouverture des ventes mobilières aux objets incorporels*, Le club des juristes, 1^{er} avr. 2022, <https://blog.leclubdesjuristes.com/nouvelle-regulation-des-ventes-aux-encheres-institution-dun-conseil-des-maisons-de-ventes-et-ouverture-des-ventes-mobilières-aux-objets-incorporels/>. – L. Mauger-Vielpau, Une nouvelle réforme du marché de l'art, *D.* 2022, p. 849/

⁵ La vente de certains biens incorporels était déjà pratiquée par les notaires et en matière judiciaire par les commissaires-priseurs judiciaires et les futurs commissaires de justice tels que les brevets, clientèles, licences.

⁶ C. com., art. L. 320-1, al. 1 « *les ventes aux enchères publiques de meubles* » et non plus seulement de meubles corporels ».

⁷ tels que notamment les offices ministériels, les fonds de commerce nécessitant une autorisation administrative ou encore les valeurs mobilières cotées

⁸ <https://www.artalistic.com/blog/NFT-Marche-Art-Contemporain/>

Plan :

I) Impacts sur la responsabilité des OVV

II) Impacts sur les assurances des OVV

I) Impacts sur la responsabilité des OVV

Face à un marché en plein développement⁹, l'autorisation de procéder à des ventes de NFT était un souhait de la profession¹⁰. Déjà pratiquée par les maisons de vente à l'étranger, cette nouvelle pratique était jusqu'à présent en France l'apanage des plateformes en ligne.

Certes, de nombreuses incertitudes juridiques entourent les NFT qui ne disposent pas d'un régime juridique établi. Mais, comme le relève une note rédigée par Cyril Bartalois à l'attention des membres de Conseil des ventes volontaires en janvier 2022 : « *les difficultés et les problématiques sont essentiellement liées aux NFT eux-mêmes et ont donc in fine peu de conséquences sur le mode de vente*¹¹ ». Peu de conséquences sur le mode de vente effectivement, mais cela signifie aussi que l'OVV sera tenu des mêmes obligations que pour toute vente aux enchères publiques, ce qui étend encore le périmètre de sa responsabilité.

Dès lors, pour mettre en évidence cette extension de responsabilité, il est nécessaire de s'entendre sur ce qui est vendu et sur ce qu'implique ce nouvel environnement numérique (A), avant d'envisager la manière dont l'OVV devra exécuter ses obligations professionnelles (B).

A) Identifications des nouvelles sources de responsabilité

En autorisant les OVV à vendre des biens incorporels, la loi du 28 février 2022 leur permet implicitement de procéder à des ventes de NFTs, ce qui accroît leur responsabilité initiale (1). Et celle-ci est encore alourdie par la nécessité pour l'OVV de maîtriser le nouvel environnement numérique de travail inhérent à cette nouvelle activité (2).

1) La vente de NFTs

La loi du 28 février 2022 ne fait pas expressément référence à la possibilité pour les OVV de procéder à de telles ventes, mais les autorise à vendre des biens incorporels. D'emblée, la

⁹ Ex de vente à New York, l'œuvre « *Everydays : The First 5000 Days* » du crypto-artiste Beeple a été vendu, fin 2021, par le biais de la maison de vente aux enchères Christie's pour la somme de 69,3 millions de dollars dépassant ainsi toutes les attentes.

¹⁰ « *69 % plateformes d'art numérique interrogées par Hiscox pensent que les maisons de vente aux enchères et les galeries d'art pourraient devenir les principaux acteurs du marché de l'art en ligne, une fois qu'elles auront intégré tout le potentiel de la technologie. Bien qu'ils aient mis longtemps à réagir, les acteurs traditionnels du marché de l'art sont en passe de reprendre le contrôle du marché numérique* », déclare Julie Hugues, Responsable Marché de l'art et Clientèle privée, chez Hiscox France in rapport sur le marché de l'art en ligne 2021 : <https://www.hiscox.fr/courtage/blog/rapport-du-marche-de-lart-en-ligne-2021-partie-1>

¹¹ P. 31

plupart des auteurs¹² ont estimé que les NFTs entraient naturellement dans cette catégorie, même si la loi ne les définit pas précisément. La qualification d'actif numérique, au sens de l'article L. 552-2 2° du Code monétaire et financier, est privilégiée par une lecture assez large du texte précité issu de la loi PACTE et qui ne distingue pas entre les jetons numériques fongibles et non fongibles. Selon cet article, il s'agit de « *tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien* ». Néanmoins, tous s'accordent à dire que cette loi n'avait pas pour but de réglementer les NFTs mais de donner une consistance juridique aux levées de fonds effectuées en crypto-actifs¹³.

Mais qu'est-ce qu'un jeton numérique non fongible que l'OVV pourrait désormais vendre aux enchères publiques ?

Ce non-fongible token (NFT) ou jeton numérique non fongible unique (à la différence d'autres jetons comme les Bitcoins) est émis et géré sur une blockchain¹⁴, auquel est associé un fichier numérique qui contient l'œuvre d'art numérique. Cette œuvre d'art numérique peut être très diverse. Il peut s'agir d'une reproduction numérique d'une œuvre physique, d'un morceau de musique, d'une vidéo, etc.

Le NFT ou jeton numérique va, dans la plupart des cas, « certifier » la propriété de l'objet numérique sans être l'œuvre lui-même, ni en être le support. En principe, deux éléments distincts composent un NFT :

- Un élément numérique : le certificat d'authenticité implanté sur la Blockchain (certificat qui assure l'authenticité d'un fichier numérique). Il prend la forme d'une clé numérique.
- Des données qui représentent l'œuvre : le fichier numérique

A la différence des crypto monnaies ou des stable coins, ces NFTs ne peuvent pas être échangés contre un autre bien identique ou un autre actif de valeur égale. C'est une révolution dans le monde de la blockchain, grâce à des smart contracts (programmes informatiques) qui leur confèrent des propriétés et des fonctions qui les rendent uniques. C'est pour cette raison que les titres de propriété virtuels que constituent les jetons sont qualifiés de non-fongibles (JNF). Lorsqu'un acheteur acquiert un NFT, il n'achète pas vraiment une œuvre mais une inscription dans la blockchain ayant valeur de certificat de propriété car elle rattache l'œuvre et l'acheteur dans le registre numérique. L'œuvre en elle-même reste généralement stockée quelque part sur un serveur qui n'appartient pas à l'acheteur, et peut toujours être copiée à partir du moment où l'on peut y accéder. Selon les règles définies par celui qui a créé le NFT, le fichier vers lequel il renvoie devient donc grâce à lui unique. Cela n'empêche néanmoins pas que ce fichier reste duplicable à l'infini, mais le NFT permet de dire à qui appartient « l'original » ainsi créé et authentifié.

¹² V. néanmoins *contra* E. Papin, *Sur la qualification juridique des NFT et leur vente aux enchères*, <https://www.village-justice.com/articles/qualification-juridique-des-nft-general-leur-vente-aux-encheres-particulier.41679.html>

¹³ En ce sens, C. Barthalois, Note sur les ventes volontaires aux enchères publiques à l'heure des NFT, p. 26, https://www.conseildesventes.fr/sites/default/files/pdf_editorial/note_nft_barthalois_20_01_2022_def.pdf

¹⁴ La blockchain est un mode de stockage et de transmission de données sous forme de blocs liés les uns aux autres et protégés contre toute modification.

Ces NFTs sont insérés dans un environnement numérique de « travail » spécifique que l'OVV va devoir maîtriser (2).

2) L'environnement numérique

La vente de ces NFTs s'inscrit dans un environnement numérique très pointu qui utilise la technologie de la blockchain et l'intégration plus poussée des paiements en cryptomonnaie.

Ce mode de paiement est celui utilisé, dans la grande majorité des cas, pour acheter des NFTs¹⁵.

La CJUE a qualifié les crypto-monnaies de « *moyen de paiement contractuel*¹⁶ ». Dès lors, il suffit que vendeurs et acheteurs acceptent volontairement ce mode de règlement pour qu'il puisse être pratiqué. Les maisons de vente peuvent donc facilement l'intégrer dans leurs conditions générales de ventes et, de manière plus circonscrite, dans les conditions particulières d'une vente portant sur des « NFTs ».

Pour autant, toutes les blockchains se valent-elles ? En fait, si les OVV devront faire des choix dans les blockchains utilisées, ne pourrait-on pas envisager que le Conseil des ventes volontaires, nouvel organe de régulation, puisse « homologuer » les blockchains que les opérateurs pourraient utiliser ? Ou bien, ne serait-il pas préférable, comme gage de fiabilité et de sécurité dans l'organisation de ces ventes, d'avoir recours à une blockchain propre aux maisons de vente françaises ?

Au-delà du sujet qui nous intéresse aujourd'hui, la « technologie blockchain » offre de nouvelles perspectives dans l'évolution du métier des OVV. Elle constitue, par exemple, un outil particulièrement abouti pour assurer la constitution, la conservation et la restitution de preuves de manière fiable et inviolable. Et elle peut servir à l'intégration des conditions générales et particulières des mandats de vente dans des smart contracts, ainsi que faciliter le fonctionnement des ventes portant sur des lots plus classiques¹⁷.

Si tout cet environnement numérique doit être pris en compte dans l'évolution du métier des OVV, son développement n'en est qu'à ses débuts. Pour autant, c'est bien dans cet environnement que l'OVV devra exécuter ses obligations dans le cadre d'une vente aux enchères publiques (B).

B) Exécution des obligations des OVV

Ces « nouvelles » ventes aux enchères publiques restent des ventes. Bien formalisées lorsqu'il s'agit d'un meuble corporel (1), l'OVV va être soumis aux mêmes obligations en cas de vente d'un bien incorporel, mais la nature particulière d'un NFT va rendre plus délicate l'exécution de certaines de ses obligations (2).

¹⁵ Pour se faire d'abord convertir ses euros ou ses dollars en cryptomonnaie, généralement en Ethereum.

¹⁶ CJUE, 22 oct. 2015, aff. C. 264/14.

¹⁷ Journée de réflexion sur les NFTs et marché de l'art, Université Jean Moulin Lyon 3, compte rendu in *Journal Spécial des Sociétés*, 9 févr. 2022, n° 6, p. 20.

1) Les obligations traditionnelles des OVV

La responsabilité des opérateurs de ventes volontaires est formalisée à l'article L. 321-17 du Code de commerce¹⁸ : « *Les opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques mentionnés à l'article L. 321-4 et les officiers publics ou ministériels compétents pour procéder aux ventes judiciaires et volontaires ainsi que les experts qui les assistent dans la description, la présentation et l'estimation des biens engagent leur responsabilité au cours ou à l'occasion des prisées et des ventes de meubles aux enchères publiques, conformément aux règles applicables à ces ventes* ».

Cet article ne met pas en lumière toute la subtilité de la responsabilité encourue. Celle-ci est double :

- Responsabilité contractuelle vis-à-vis des propriétaires du bien qui font appel à l'opérateur de ventes volontaires par la conclusion d'un contrat de mandat ;
- Responsabilité délictuelle à l'égard des tiers et donc des acquéreurs qui contractent seulement avec le propriétaire du bien

En outre, l'opérateur de ventes volontaires engage sa responsabilité personnelle, mais aussi sa responsabilité en tant que commettant du fait de ses préposés¹⁹. Sachant que lorsque l'OVV fait appel à un expert indépendant, l'article L. 321-30 du Code de commerce prévoit expressément une responsabilité solidaire entre l'expert et lui.

De manière générale, la jurisprudence est plutôt sévère à l'égard des OVV²⁰ qui, schématiquement, peuvent engager leur responsabilité pour des obligations mal exécutées avant la vente, pendant la vente et après la vente.

Et ces obligations sont multiples. Ainsi, avant la vente, l'OVV doit-il vérifier l'identité du vendeur et ses droits sur l'œuvre, tout comme l'identité de l'acheteur. L'attribution, l'authentification de l'œuvre, son estimation ou encore l'appréciation de son état font également partie des obligations de l'OVV. Il peut encore engager sa responsabilité en cas de mentions erronées ou oubliées sur l'œuvre²¹, tout comme lors de la manipulation de celle-ci. Lors de la vente elle-même, il peut commettre des oublis comme le prix de réserve, ou encore exécuter un ordre d'achat²².

¹⁸ C. com. art. L. 321-17, al. 1 : « *Les opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques mentionnés à l'article [L. 321-4](#) et les officiers publics ou ministériels compétents pour procéder aux ventes judiciaires et volontaires ainsi que les experts qui les assistent dans la description, la présentation et l'estimation des biens engagent leur responsabilité au cours ou à l'occasion des prisées et des ventes de meubles aux enchères publiques, conformément aux règles applicables à ces ventes.* »

¹⁹ Un opérateur emploie généralement un certain nombre de collaborateurs avec lesquels il existe un lien de subordination.

²⁰ La responsabilité des acteurs du marché de l'art, Colloque 2017, p. 11, <https://artdroit.org/wp-content/uploads/2018/01/Actes-colloque-21.6.2017-version-num-2.pdf>

²¹ En cas d'erreurs constatées dans la description qui est donnée d'un objet dans le catalogue, l'organisateur doit également procéder à une rectification et communiquer celle-ci au public. Mais il a également l'obligation de signaler cette modification, cette rectification au moment même de la mise en vente de cet objet. À l'inverse, l'opérateur (ou l'expert) peut modifier oralement la présentation de l'objet dans un sens plus favorable, mais si cette modification s'avère erronée, l'acheteur pourra mettre en jeu la responsabilité de l'intéressé.

²² C'est ce que rappelle le Conseil des ventes dans son Rapport d'activité 2013, *La Documentation française*, 2014, p. 34. : « En ce qui concerne les ordres d'achat non exécutés, certains commissaires-priseurs se retranchent derrière clauses relatives aux conditions de vente les déchargeant de toute responsabilité en cas d'oubli d'erreur, ce qui est contraire à leurs obligations professionnelles »

Les suites de la vente sont aussi potentiellement sources de responsabilité : on peut penser au moment de la remise ou de l'expédition de l'œuvre à son acquéreur²³, qu'il y ait bris, vol ou perte de l'œuvre. De même, en cas d'erreur sur la personne de l'acquéreur, défaut de formalités administratives ou, plus fréquemment, défaut de paiement par l'acquéreur. Sur ce dernier point, l'article L. 321- 14 du Code de commerce spécifie que le bien adjudgé ne peut être délivré à l'acheteur que lorsque l'opérateur en a perçu le prix, ou lorsque toute garantie lui a été donnée sur le paiement de celui-ci par l'acquéreur²⁴.

Lors d'une vente aux enchères publiques, l'ensemble de ces obligations a vocation à s'appliquer à l'OVV quel que soit le type d'œuvre d'art vendu. Celles-ci vont donc devoir être appliquées pour la vente aux enchères publiques d'un NFT. Certaines seront facilement transposables, tandis que d'autres poseront plus de difficultés en raison de la nature du NFT (2).

2) Les obligations des OVV confrontées à une vente aux enchères publiques de NFTs

Quelques exemples de difficultés quant à la bonne exécution par l'OVV de ses obligations en présence d'un NFT :

La vérification par l'OVV de l'identité des parties et des droits sur l'œuvre : dans toute vente aux enchères publiques, il appartient aux OVV de s'assurer de l'identité du vendeur²⁵. L'opérateur doit prendre certaines précautions, afin d'éviter de vendre un bien qui n'appartiendrait pas à l'intéressé. La cour d'appel de Paris a ainsi reproché à un commissaire-priseur de n'avoir pas « *vérifié que le vendeur était réellement propriétaire des objets présentés à la vente*²⁶ ». Certes, selon l'article 2276 (anc. art. 2279) du Code civil, la possession fait présumer le droit de propriété²⁷. Mais encore faut-il qu'il n'existe pas certaines données de fait susceptibles d'éveiller les soupçons, quant à la bonne foi de ce possesseur²⁸ ». L'opérateur n'est

²³ Concernant l'identité de l'acheteur, l'opérateur de ventes n'est pas tenu de vérifier son identité. L'article L. 321-9 du code de commerce précise d'ailleurs que, dans le procès-verbal de la vente, doivent figurer « les nom et adresse du nouveau propriétaire déclaré par l'adjudicataire ». Mais dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux, le législateur a prévu que les opérateurs de ventes sont tenus « d'identifier leur client occasionnel », lorsque le montant de l'opération excède 15 000 euros. Par client occasionnel, il faut entendre la « personne qui s'adresse à (l'opérateur de ventes) dans le but exclusif [...] de réaliser une opération ponctuelle ». On peut donc considérer comme un client occasionnel celui qui, de temps à autre, fait l'acquisition d'un objet dans une vente organisée par l'opérateur. Celui-ci doit ainsi demander à l'adjudicataire qui vient d'acquérir un objet pour un prix supérieur à 15 000 euros de lui présenter une pièce d'identité – carte d'identité, permis de conduire ou passeport – en cours de validité et sur laquelle figure sa photographie. Et il est tenu de relever les nom, prénom et date de naissance de l'intéressé, ainsi que la nature du document en question, ses lieu et date de délivrance et la qualité de l'autorité qui l'a délivré. Ces formalités sont évidemment inutiles, lorsque l'identité de la personne en question est déjà connue de l'opérateur.

²⁴ V. également recueil des obligations déontologiques précise que « *l'opérateur de ventes volontaires s'assure des conditions dans lesquelles les biens sont entreposés dans l'attente de leur enlèvement. Il fournit au client toute information utile sur cette prestation et sur les conditions dans lesquelles les biens sont assurés pendant la période concernée. Il informe le client du coût éventuel de la prestation* ».

²⁵ Le Recueil des obligations déontologiques, dont les dispositions ont force réglementaire, prévoit que : « L'opérateur de ventes volontaires vérifie l'identité du vendeur en obtenant de celui-ci la présentation d'un document justificatif (pièce d'identité, extrait du Registre du commerce et des sociétés), ainsi que sa qualité de vendeur des biens proposés. Lorsque le client est déjà connu de l'opérateur de ventes volontaires, cette vérification n'est pas nécessaire ».

²⁶ Paris, 15^e ch., sect. A, 10 mars 1993, JurisData 020420.

²⁷ « En fait de meubles, la possession vaut titre »

²⁸ C'est ce qu'avait reconnu la Chambre des commissaires-priseurs de Paris dans une résolution adoptée le 29 avril 1975 : « *Si la détention de l'objet peut, en raison notamment de la personnalité du vendeur, apparaître*

néanmoins pas tenu de faire une véritable enquête sur la provenance des objets dont on lui confie la vente. Ainsi, comme l'a rappelé la Cour d'appel de Lyon : « *En dehors des circonstances particulières propres à attirer son attention sur une détention illégitime du bien qui lui est soumis en vue d'une vente aux enchères publiques, le commissaire-priseur n'est pas tenu d'une obligation de vérification de l'origine de la détention du bien ou de la légitimité de celle-ci* »²⁹. C'est donc l'existence de doutes qui oblige l'opérateur à effectuer certaines investigations.

C'est donc dans ces conditions que, pour la vente d'un NFT, l'OVV devra vérifier l'identité du vendeur et sa propriété. Simplement, la technologie de la Blockchain est un gage de sécurité pour procéder à cette vérification. Pour autant, ce n'est pas tant la propriété du NFT qui risque de poser problème que l'étendue des droits du vendeur, comme l'a mis en lumière l'intervention de Pascal Kamina ce matin.

En fait, lorsque nous sommes en présence d'une œuvre numérique nouvelle, divulguée par son auteur à l'occasion de la création du NFT associé à cette œuvre, ce point ne posera *a priori* pas de difficultés. Mais qu'en est-il pour les œuvres déjà créées et divulguées, et dont les droits d'exploitation ont déjà été cédés, comme pour les œuvres d'art plastiques dont le support matériel a fait l'objet d'une première transmission ? Un NFT, qui ne serait pas associé à un contrat de cession de droit d'auteur, n'accorde aucun droit de propriété intellectuelle à son acquéreur. Et, au-delà, en l'absence d'un contrat de cession de droits ou de licence sur l'œuvre associée à un NFT, la création non autorisée d'un NFT sur une œuvre protégée par le droit d'auteur constitue une contrefaçon.

Une autre question peut se poser à l'OVV : les clauses de cession des droits habituellement convenues couvrent-elles l'hypothèse d'émission d'un NFT ?

De même, le propriétaire d'une œuvre « physique » a-t-il le droit de créer un NFT sur celle-ci³⁰ ?

Pour l'opérateur de ventes volontaires, cela signifie que si le NFT est unique et infalsifiable quant à l'identité du propriétaire, il n'est pas certain que le NFT est sincère : aucune certitude que la propriété du bien sous-jacent appartient bien à celui qui a créé le jeton, ou que le fichier numérique de l'œuvre n'est pas contrefait lorsqu'aucune autorisation de l'auteur ou de ses ayants droits n'a pu être demandée pour la création du NFT.

Autre difficulté pour l'OVV : la vérification de l'authenticité de l'œuvre. A l'heure actuelle, les NFTs sont susceptibles d'avoir pour objet des faux. La création du NFT ne consacre pas l'authenticité de ce qu'il contient, mais permet simplement de prendre acte de façon sécurisée des droits que la personne, émettant le jeton, prétend lui associer dans la blockchain.

équivoque à l'officier ministériel, celui-ci devra refuser de procéder à la vente publique » : Ch. des commissaires-priseurs de Paris, résolution, 29 avr. 1971. 14^e.

²⁹ CA Lyon, 1^{re} ch. B, 13 mars 2012, RG no 10/ 02877, P. G. Gaultier, « Actualité juridique », Revue du Synev, no 10, nov. 2014. Dans le même sens, CA Rouen, Rouen, 1^{re} ch., 30 sept. 1992, JurisData 047222.

³⁰ Un article paru dans M le Monde évoquait l'achat par Justin Sun du tableau de Picasso « *Femme nue couchée au collier* ». Il a créé un NFT sur ce tableau. Mais en avait-il le droit alors que les actes de reproduction et représentation de l'œuvre sans autorisation sont constitutifs de contrefaçon ? L'acquéreur d'un tableau n'a jamais été autorisé à réaliser des actes de reproduction de l'œuvre dont le support matériel est le tableau (si ce n'est pour les exceptions visées par le code de la propriété intellectuelle, telle que l'usage privé).

Cette technologie devrait également permettre de garantir et de faciliter l'exécution du droit de suite de l'auteur et la vérification du titulaire des droits de propriété intellectuelle³¹. Mais pour l'instant, il est encore difficile de considérer le NFT comme un certificat d'authenticité en l'absence de tout tiers vérificateur de l'authenticité du fichier associé ou de sa paternité. C'est la raison pour laquelle le rapport de mission publié le 12 juillet 2022 propose de le considérer comme « *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, dont l'objet, la nature, et l'étendue varient en fonction de la volonté de son émetteur exprimée par les choix techniques et éventuellement juridiques associés au smart contract³² ».

Enfin, comme pour toute œuvre en dépôt, **on peut imaginer une perte, un vol ou un dommage à la clé numérique permettant l'accès au NFT, ou au NFT lui-même**, alors qu'il est sous la garde de l'OVV. Or, le mandat de vente étant assorti d'une obligation de garde, l'OVV est le dépositaire des œuvres et les articles 1927 et suivants du Code civil sont applicables.

Définir en quoi consistera la bonne exécution des obligations pour l'OVV en cas de ventes aux enchères publiques d'un NFT est primordial pour lui car, contrairement à une plateforme de ventes en ligne, il ne pourra pas s'exonérer de sa responsabilité.

Ainsi, concernant les plateformes de ventes en ligne, les conditions générales comportent des clauses exonératoires de responsabilité, qu'il s'agisse d'illicéité du contenu, d'atteinte aux droits des tiers, ou autres. Étant précisé que l'ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021, transposant la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (DAMUN), ne les oblige qu'à retirer de manière « prompte » tout contenu illicite mis à disposition sans le consentement préalable de l'auteur ou de ses ayants droits. La plupart du temps, les plateformes ne s'enquièrent donc pas vraiment de savoir si la personne qui a émis les NFTs associés à l'œuvre numérique possède des droits de propriété intellectuelle sur cette dernière³³.

En l'occurrence, par rapport à ces plateformes, la situation sera bien différente pour les OVV qui ne peuvent insérer aucune clause exonératoire ou limitatives de responsabilité³⁴ dans leurs conditions générales de vente³⁵, comme le rappelle expressément l'article L. 321-17, alinéa 2 du Code du commerce : « *les clauses qui visent à écarter ou à limiter leur responsabilité sont interdites et réputées non écrites* ».

³¹ CPI, art. L. 122-8 : ce droit permet de faire participer l'auteur ou ses ayants droit au produit d'une vente à laquelle participe un professionnel du marché de l'art.

³² J. Martin et P. Haut CSPLA, Rapport de la mission sur les jetons non fongibles (« NFT » en anglais). Sécuriser le cadre juridique pour libérer les usages, téléchargeable par le lien suivant : <https://www.culture.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Communiqués-de-presse/Communique-de-presse-sur-la-publication-du-rapport-sur-les-NFT-jetons-non-fongibles-JNF>

³³ V. néanmoins le rapport du CSPLA du 12 juill. 2022 qui s'interroge sur le statut de ces plateformes et leur responsabilité en matière de protection des droits d'auteur.

³⁴ Même si, comme l'a relevé le Conseil des ventes dans son rapport d'activité de 2018, elles peuvent être présentes dans certaines conditions générales de vente : v. Cons. ventes, Rapp. d'activité 2018 p. 40. Exemple de clauses : « aucune réclamation ne sera admise une fois l'adjudication prononcée » ; « objet vendu en l'état » ; « les dimensions et poids ne sont donnés qu'à titre indicatif » ; « l'absence de mention dans le catalogue d'un incident ou accident n'implique nullement que le lot soit en parfait état de conservation ou exempt de restauration (...) ».

³⁵ Elles figurent généralement dans les catalogues, sur les sites internet et sont affichées dans les salles de vente où se déroulent les ventes.

En conclusion, les incertitudes qui entourent le régime juridique des NFTs sont de nature, lors de l'exécution de ses obligations par l'OVV, à alourdir sa responsabilité et donc à créer de nouveaux risques, ce qui va se répercuter sur les contrats d'assurance (II).

II) Impacts sur les assurances des OVV

La loi impose aux OVV la souscription de certaines assurances obligatoires.

Les OVV doivent tout d'abord couvrir leur « *responsabilité professionnelle* ». Pour se faire, ils disposent d'un contrat d'assurance de responsabilité civile couvrant la mauvaise exécution de leurs obligations professionnelles, auquel est adjoint un contrat d'assurance de choses en cas de perte, vol ou destruction des objets qu'ils ont en dépôt.

A ce dispositif, s'ajoute un contrat d'assurance ou un cautionnement garantissant la représentation des fonds détenus pour le compte d'autrui³⁶.

Enfin, il faut également tenir compte de la possibilité pour l'OVV de garantir au vendeur un prix d'adjudication minimal du bien proposé à la vente : lorsque le prix d'adjudication minimal n'est pas atteint lors de la vente aux enchères, l'opérateur est autorisé à se déclarer adjudicataire du bien à ce prix et à verser au vendeur la différence entre le prix d'adjudication minimal garanti et le prix d'adjudication effectif. Mais, selon l'art. L. 321-12 du Code de commerce, cette faculté ne lui est offerte que s'il a conclu un contrat d'assurance ou pris une garantie auprès d'un établissement de crédit permettant, en cas de défaillance de l'OVV, la prise en charge financière de la somme due au vendeur.

En raison du petit nombre d'assurances spécialisées dans le domaine du marché de l'art et du regroupement des entreprises d'assurances, les opérateurs de vente volontaires, ainsi que les experts, sont souvent assurés auprès des mêmes entreprises d'assurance. En fait, seuls quelques opérateurs dominent le marché.

Comme nous l'avons vu, la loi du 28 février 2022 est créatrice de nouveaux risques principalement liés à la possibilité de vendre des NFTs. Dès lors, ces nouveaux risques doivent être appréhendés par l'assureur qui doit proposer de nouvelles garanties (A), toujours soumises aux exigences du droit des assurances (B).

A) La couverture des nouveaux risques

La nouvelle faculté offerte aux OVV de procéder à des ventes aux enchères publiques de NFTs devra être déclarée à l'assureur (1). Pour répondre au mieux à ce besoin de couverture, un contrat sur-mesure avec de nouvelles garanties doit être mis en place (2).

1) La déclaration à l'assureur de l'activité de ventes aux enchères publiques de NFTs

Le contrat d'assurance de responsabilité civile a pour objet la garantie, par l'assureur, d'une dette de responsabilité civile, délictuelle ou contractuelle, contractée par l'assuré vis-à-vis d'un

³⁶ C. com., art. L. 321-6

tiers victime. Quant au contrat d'assurance de choses, il a pour objet la garantie d'un élément d'actif du patrimoine³⁷.

S'agissant du contrat d'assurance de responsabilité, l'adéquation entre le contrat d'assurance et la responsabilité de l'assuré est, à l'évidence, primordiale. Un « bon » contrat d'assurance doit tendre à couvrir toutes les hypothèses où la responsabilité de l'assuré pourrait être engagée. Lorsqu'il n'y a pas d'obligation d'assurance, ce sont les parties qui déterminent les risques garantis et les découverts de garantie peuvent être importants : toutes les activités professionnelles, source d'engagement de la responsabilité, peuvent ne pas être couvertes.

Lorsqu'une assurance est obligatoire, comme dans le secteur du marché de l'art pour les opérateurs de ventes volontaires, son intérêt est précisément d'obliger le professionnel à veiller à ce que l'ensemble des activités qu'il exerce sont bien couvertes par un contrat d'assurance. En ce sens, le législateur fixe le cadre général de la garantie. Ainsi, l'article L. 321-6 du code de commerce prévoit que « *les opérateurs mentionnés à l'article L. 321-4 doivent justifier : [...] 2° D'une assurance couvrant leur responsabilité professionnelle [...]* ».

Avec la loi du 28 février 2022, l'autorisation de vendre aux enchères publiques des biens incorporels, et particulièrement des NFTs, entrent donc naturellement dans le périmètre défini par l'article L. 321-6 et devant être garanti. Cette activité ayant été interdite jusqu'à présent, les contrats d'assurance actuels n'envisageaient pas expressément sa garantie.

Or, ce n'est pas parce que le contrat d'assurance responsabilité civile répond à une obligation légale d'assurance qu'il comporte automatiquement la couverture de toutes les activités pouvant être exercées par le professionnel.

Dès lors, il est nécessaire de déclarer cette nouvelle activité, à l'instar de toute autre, à l'assureur. En effet, une assurance obligatoire ne dispense pas le souscripteur des obligations édictées par le Code des assurances et, parmi celles-ci, se trouve l'obligation de déclaration des risques. Elle prend la forme aujourd'hui d'une déclaration « provoquée » ; autrement dit, le futur souscripteur doit répondre précisément aux questions posées par l'assureur par le biais d'un questionnaire de risques³⁸. Il y figure nécessairement une question sur les activités car il s'agit d'un élément fondamental pour l'assureur lui permettant de mesurer exactement le risque qu'il couvre et l'étendue de sa garantie. Et l'absence de déclaration d'une activité équivaut à une absence d'assurance. De la même manière, si l'activité de l'OVV évolue en cours de contrat, il est tenu de déclarer toute nouvelle activité pour que celle-ci soit couverte³⁹.

Qu'il s'agisse de la déclaration d'une activité au moment de la conclusion d'un contrat ou d'une adjonction d'activité en cours de contrat, l'assureur n'est pas tenu de couvrir cette nouvelle activité, même si elle fait partie de l'assurance obligatoire imposée au professionnel. L'OVV sera alors bloqué dans le développement de cette nouvelle activité : disposer d'une assurance est une condition d'exercice que doit d'ailleurs vérifier l'organe régulateur, aujourd'hui le Conseil des maisons de vente⁴⁰.

³⁷ S. Abravanel-Jolly, *Droit des assurances*, Ellipses, 4^e éd. 2022, n° 30.

³⁸ C. assur., art. L. 113-2-2°.

³⁹ C. assur., art. L. 113-2-3°.

⁴⁰ C. com., art. R. 321-1

Lorsqu'un OVV s'est vu refuser la conclusion d'un contrat d'assurance, il ne peut saisir aucune autorité afin de contraindre l'assureur à lui délivrer un contrat d'assurance. Certes, une autorité existe, le Bureau Central de Tarification, mais elle n'est compétente que pour certaines assurances obligatoires (comme en assurance construction ou automobile par exemple).

Quoi qu'il en soit, quand l'assureur accepte, ou acceptera, de couvrir cette activité, il devra proposer un contrat sur-mesure aux garanties multiples (2).

2) Un contrat sur-mesure aux garanties multiples

La couverture d'une vente aux enchères publiques d'un NFT sera garantie par un contrat d'assurance regroupant plusieurs types de garantie, et se présentant en quelque sorte comme un contrat « hybride » ; c'est-à-dire à la croisée de plusieurs contrats existant déjà sur le marché.

RQ : son aspect « numérique » le fait naturellement pencher du côté des contrats d'assurance cyber, déjà présents sur le marché depuis quelques années, mais aucun n'est vraiment adapté aux particularités des risques cyber liés à un NFT⁴¹. Sachant, de plus, que des garanties plus traditionnelles seront également nécessaires.

Dès lors, dans ce contrat sur-mesure, que devra-t-on trouver ?

Tout d'abord des garanties traditionnelles :

- La garantie principale de couverture de responsabilité civile avec la prise en charge des dommages et intérêts dus en cas de condamnation si l'OVV a mal exécuté ses obligations (V. I-B)
- La garantie accessoire de la prise en charge des frais de défense⁴² (frais liés à la défense de l'assuré, que l'action soit amiable ou judiciaire). Il s'agit d'une prise en charge « financière » de la réclamation qui peut être amiable⁴³ ou judiciaire. En pratique, jusqu'à présent sur les ventes de meubles corporels, très peu de réclamations aboutissaient à une mise en œuvre de l'assurance car les maisons de vente préféraient tenter un règlement à l'amiable afin d'éviter toute mauvaise publicité.

Ensuite, peuvent être prévus, à l'instar d'autres contrats comme par exemple les assurances sur les brevets, la prise en charge de frais liés à la consultation d'experts, par exemple en propriété intellectuelle, ainsi que des frais de reconstitution de l'image de marque de l'assuré, qui a pu être écornée à la suite d'une affaire médiatisée.

Enfin, bien sûr, la couverture de risques particuliers associés à l'art numérique « NFT » comme :

- La perte de la clé permettant l'accès au NFT⁴⁴, ou encore un vol, ou un dommage au NFT alors que la clé et/ou le NFT est sous la garde de l'OVV (les assurances cyber

⁴¹ <https://www.assurtek.fr/post/assurances-et-les-nft>

⁴² Des contrats d'assurance protection juridique spécifiques sont mis en place par les assureurs. V. assurance protection juridique brevet <http://www.argusdelassurance.com/social/ace-europe-lance-zen-innovation.8923>

⁴³ Le Conseil des maisons de vente doit, selon l'article L. 321-18 du Code de commerce : 12° « examiner les réclamations faites contre ces mêmes personnes à l'occasion de l'exercice de leur profession ».

⁴⁴ La propriété de l'œuvre numérique (un fichier jpeg, une vidéo, un tweet, un mp3 et bien plus encore...) peut être démontrée avec une clé cryptographique de NFT stockée dans un portefeuille "chaud" ou "froid" (en ligne ou sur un matériel séparé).

traditionnelles ne couvrent pas les risques de dommages, de vol ou de perte des œuvres cryptographiques et des clés). On peut également penser au piratage informatique de l'environnement numérique de l'OVV présentant les NFTs⁴⁵, comme l'introduction d'un faux dans l'environnement numérique, ou un piratage de la blockchain. En effet, bien qu'étant présentée comme inviolable, la blockchain peut être, dans certains cas rares, piratée : elle peut être corrompue, si l'un des utilisateurs parvient à rassembler plus de 50 % de la puissance totale de calcul du réseau⁴⁶.

- Les risques liés à l'utilisation d'un smart contract : bug d'un smart contract proposé ou piratage en cas de failles de conception. Le cyber-attaquant peut ainsi exécuter le contrat dans le but de déclencher une transaction vers un compte pirate.
- Une garantie paiement des frais de rançon, déjà connue, aura également sa place dans ce contrat. Schématiquement, en cas d'attaque et de paiement d'une rançon, une entreprise peut être remboursée dans la limite d'un plafond de garantie et après déduction d'une franchise⁴⁷.

Des acteurs, comme Unslashed⁴⁸, ou Munich Re et OneDegree⁴⁹, proposent déjà des contrats d'assurance adaptés aux NFTs, tout comme certains opérateurs d'assurance présents sur le marché de l'art.

Pour l'assureur, d'un point de vue technique, l'une des principales difficultés reste : comment calculer le montant de la prime sur des risques nouveaux, difficiles à quantifier et évaluer car un certain nombre de réflexions sont également encore en plein développement et influenceront sur l'appréciation du risque ? Tel est le cas de la mise en place d'une blockchain propre aux maisons de vente, de la sécurisation des données et des achats, ou encore de l'intégration des conditions générales et particulières des mandats de vente dans des smart contracts.

Mais, de manière générale, la technologie de la blockchain devrait à terme minimiser ce risque.

La technologie peut aussi avoir un vrai rôle à jouer auprès des assureurs en termes de prévention des risques et de sécurité.

En plein développement, ces contrats contiendront forcément des restrictions, de garantie et financières, parfaitement licites dès lors qu'elles respectent les exigences du droit des assurances (B).

⁴⁵ La crainte de voir des criminels exploiter les vulnérabilités constitue une réelle préoccupation, illustrée avec force récemment lorsqu'un pirate a piégé un collectionneur britannique, lequel a déboursé 336 000 \$ pour acquérir un faux NFT de Banksy, mis en vente sur le site officiel de l'artiste en exploitant une faille de sécurité

⁴⁶ Le pirate peut alors créer une chaîne alternative qui sera acceptée par les autres nœuds du réseau, lui permettant ainsi de prendre le contrôle sur les transactions qui peuvent être effectuées.

⁴⁷ Si l'assurabilité de ce risque interroge, de même que son opportunité, une telle garantie ne peut être aujourd'hui juridiquement contestée. Néanmoins, plusieurs voix s'élèvent en France pour qu'elle soit interdite. En effet, à la suite de multiplications de ce type d'attaques en 2020 et 2021, le Parquet de Paris et l'Anssi (Agence nationale de sécurité des systèmes informatiques) estiment que ce type de garantie favoriserait les attaques.

⁴⁸ <https://www.unslashed.finance/>

⁴⁹ <https://www.coindesk.com/business/2022/04/11/hong-kongs-onedegree-inks-deal-with-reinsurer-munich-re-to-launch-digital-asset-insurance/>

B) Les exigences du droit des assurances

Quelles que soient les garanties mises en place, elles doivent composer avec les exigences du droit des assurances, autrement dit les règles de fonctionnement du contrat d'assurance. Le fait que l'assurance soit obligatoire n'y change rien : il existe toujours des restrictions, légales ou contractuelles. En tant que telles, elles sont susceptibles de porter atteinte à l'adéquation entre le champ de la garantie et la responsabilité pouvant être engagée par l'OVV (1). De même, l'indemnisation peut ne pas correspondre totalement au préjudice subi par la victime (2).

1) Les restrictions de garantie envisageables

Comme pour tout contrat d'assurance responsabilité civile, la responsabilité pénale est toujours exclue de l'assurance de responsabilité, cette exclusion étant d'ordre public. Seules les conséquences civiles de la responsabilité pénale de l'assuré, soit les dommages et intérêts auxquels il est condamné, peuvent être garanties. Les amendes pénales auxquelles pourraient donc être condamnées les OVV resteront à leur charge.

Par ailleurs, la faute intentionnelle de l'assuré n'est jamais assurable, pas plus que la faute dolosive⁵⁰.

A côté de ces exclusions générales, les contrats d'assurance contiennent des exclusions contractuelles de garanties, valables à condition qu'elles soient formelles et limitées. De telles exclusions peuvent-elles se retrouver lorsque l'assurance est obligatoire ?

En réalité, pour une assurance obligatoire, la loi elle-même peut les prévoir. Il peut ainsi exister une liste d'exclusions autorisées rendant illicites les exclusions non autorisées.

Pour l'assurance obligatoire des OVV, la loi est muette sur ce point. Le contrat peut-il alors contenir de telles exclusions ? Deux conceptions doctrinales s'opposent.

La première fait prévaloir le caractère d'ordre public de l'assurance qui interdirait de s'y soustraire, indirectement, par des stipulations contractuelles influant sur l'étendue des garanties. Sur ce fondement, toute réduction des garanties ne pourrait résulter que d'un texte exprès en raison du caractère finaliste de l'assurance : protéger l'assuré et les tiers victimes.

Toutefois, à l'inverse, selon la seconde conception, dans le silence de la loi il conviendrait d'appliquer les stipulations contractuelles. Les exclusions devant « *ne pas vider le contrat de sa substance* », les assureurs estiment que la loi ne fixe qu'un cadre général de garantie dont certains comportements ou « faits » peuvent être contractuellement soustraits.

Exemples d'exclusions de garantie : conséquences d'engagements ayant excédé ce qui était demandé à l'OVV (défaut d'une restauration non demandée).

Exemple d'exclusions de garantie pour une NFT : exclusion du paiement en cryptomonnaie, exclusion de certains types de Blockchain.

Parallèlement, les contrats d'assurance contiennent des conditions de garantie, bien souvent identifiées dans le contrat sous les termes « mesures de prévention » ou « process ». Pour un opérateur de ventes volontaires, il s'agira, par exemple du respect de certains *process*

⁵⁰ S. Abravanel-Jolly, *Droit des assurances*, Ellipses, 4^e éd. 2022, n° 350 et s.

spécifiques. Il y en a déjà un certain nombre dans les contrats existants en cas de vente d'un objet particulier, comme par exemple pour une vente aux enchères publiques de bijoux.

On peut imaginer que, pour la vente d'une NFT, un *process* technique particulier devra être respecté. Et, si ces process ou conditions de garantie ne sont pas respectés par l'assuré, la garantie d'assurance ne pourra pas s'appliquer.

Si les habituelles restrictions de garantie peuvent fragiliser le patrimoine des OVV qui peuvent se retrouver non couverts, il en va de même des limites financières de garantie.

2) L'indemnisation

L'indemnité d'assurance versée est fonction du préjudice subi par la victime qui a droit une réparation intégrale en droit de la responsabilité civile. L'indemnité d'assurance devra tendre à prendre en charge l'intégralité de ce préjudice subi. En cas de perte, vol ou dommage de l'objet en dépôt, destiné à être vendu ou vendu, c'est sa valeur qui servira de base au calcul de l'indemnité d'assurance.

Pour les NFTs, il faudra bien identifier le dommage causé. Par exemple, en cas de perte de la clé cryptographique ou du disque dur contenant le NFT, le fichier numérique existera toujours, et la perte liée à l'œuvre sera financière, et non physique puisque l'œuvre existe toujours. Mais, selon les cas, le fichier numérique pourra aussi être perdu ou endommagé.

L'estimation de l'œuvre numérique ou du NFT devra figurer dans le contrat d'assurance. Du moins, c'est ce qui se passe pour les meubles corporels. De manière traditionnelle, pour les œuvres reçues en dépôt par les maisons de vente, leur estimation est portée au contrat d'assurance. En cas de perte, de vol ou de détérioration de l'objet, c'est cette estimation qui sert de base à un remboursement du vendeur par l'assurance.

Ainsi, les entreprises d'assurance se réfèrent au mandat de vente en cas de dommage avant la vente. En revanche, concernant le prix de réserve, les compagnies d'assurance ont des approches différentes (certaines ne couvrent pas le prix de réserve ; d'autres évoquent « 150 % du prix de réserve »). Les maisons de vente ont donc intérêt à bien se référer à leur contrat d'assurance afin de déterminer la meilleure approche à retenir dans le mandat de vente (mentionner une estimation basse et un prix de réserve).

Toutes ces traditionnelles difficultés liées à la juste estimation se retrouvent également pour les œuvres numériques. Ainsi une sous-évaluation entraînera une sous-assurance, et le versement d'une indemnité d'assurance en-deçà du préjudice subi par la victime qui cherchera alors un complément d'indemnisation directement auprès de l'OVV.

D'autres limites financières peuvent venir diminuer l'indemnité d'assurance et elles vont également se retrouver dans les nouvelles garanties proposées. Il s'agit des franchises et les plafonds de garantie.

Ces limites financières sont réglementées dans les assurances obligatoires des OVV. Ainsi, pour la franchise, l'article R. 321-17 du Code de commerce prévoient que « *les contrats d'assurance ne doivent pas prévoir de franchise à la charge de l'assuré supérieure à 10 % des indemnités dues, dans la limite de 8 000 euros par créancier. La franchise n'est pas opposable aux créanciers de l'opérateur* ». Autrement dit, l'assureur verse l'indemnité à la victime sans tenir compte de la franchise qu'il récupère ensuite par une action contre l'OVV.

Pour le plafond de garantie, l'article R. 321-14 du Code de commerce prévoit un plafond de garantie minimal :

« Le montant de la garantie accordée à une société ne peut être inférieur à la plus élevée des deux sommes suivantes :

1° Le chiffre moyen mensuel des ventes, taxes comprises et net d'honoraires, réalisé par la société au cours de l'exercice précédent ;

2° La moitié du montant maximal des fonds détenus par la société pour le compte des tiers, à un moment quelconque, au cours des douze mois précédents ».

Par ailleurs, l'organe régulateur, aujourd'hui le Conseil des maisons de vente, devra s'assurer que le montant de la garantie est adapté, d'une part à l'activité normale, et d'autre part aux ventes exceptionnelles, dès lors que, conformément aux dispositions de l'article R. 321-16 du Code de commerce, le montant garanti doit être révisé *« lorsque des circonstances particulières sont susceptibles de modifier l'étendue du risque »*.

Là-encore, les valeurs particulières des NFT devront être prises en compte pour adapter au mieux les limitations financières des contrats dans la mesure de ce qui sera financièrement assurable.

D'autres règles de fonctionnement du contrat d'assurance doivent faire l'objet d'une attention particulière de l'OVV, en raison de l'incidence qu'elles peuvent avoir sur le versement de l'indemnité d'assurance. Ainsi, par exemple, comme nous l'avons déjà évoqué, toute circonstance nouvelle ou aggravante apparaissant en cours de contrat doit être déclarée à l'assureur.

L'appréciation de ce qui doit être déclaré ou non se fait par rapport aux questions posées par l'assureur lors de la déclaration des risques, et à l'incidence de la circonstance sur la réponse apportée. Si celle-ci modifie la réponse, elle doit alors être déclarée à l'assureur. On peut ainsi imaginer que l'assureur a posé un certain nombre de questions concernant les modalités d'une vente aux enchères publiques d'un NFT ; et que l'OVV soit tenu, en fonction des caractéristiques techniques ou de la valeur des NFT devant être vendus, de procéder à quelques déclarations. Ce point est important et ne doit pas être négligé car une omission de déclaration entraînera des sanctions lourdes financièrement, opposables aux victimes, vendeur ou acquéreur.

En effet, si l'omission a été réalisée de bonne foi, elle entraînera une réduction proportionnelle de l'indemnité due. Et si l'assureur arrive à prouver une réticence intentionnelle, le contrat d'assurance sera annulé.