

UNIVERSITE DE POITIERS
FACULTE DE DROIT

MEMOIRE

LES CRITERES JURIDIQUES DE L'ŒUVRE A L'EPREUVE DE L'ART CONCEPTUEL

Claire LE HENAFF

Mémoire réalisé sous la direction du Professeur Henri-Jacques
Lucas

Master 2 recherche en Propriété Intellectuelle

Année universitaire 2005-2006

L'Université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

REMERCIEMENTS

Avant tout propos, je souhaite remercier mon directeur de mémoire, Monsieur le Professeur Henri-Jacques Lucas pour ses conseils et son aide à la rédaction de ce mémoire.

Je remercie également, Madame Marie Cornu pour les orientations de recherche qu'elle m'a fournies.

LISTE DES ABBREVIATIONS

aff.	Affaire
AJ	Actualité jurisprudentielle du Recueil Dalloz
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
c/	Contre
Cass.	Cour de cassation
CGI	Code Général des Impôts
ch.	Chambre
ch. mixte	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
ch. réun.	Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	Chronique
civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
C.J.C.E.	Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
comm. com. élec.	Communication Commerce électronique
concl.	Conclusions
CPI	Code la propriété intellectuelle
crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz
ISF	Impôt de Solidarité sur la Fortune
J.	Jurisprudence
JCP	Juris-classeur périodique (La semaine juridique)
JCP E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise et affaires
n°	Numéro
obs.	Observations
op. cit.	Opus cité
p.	Page
préc.	Précité
Propr. intell.	Propriétés Intellectuelles
rapp.	Rapport
RDPI	Revue du droit de la propriété intellectuelle
réf.	Référence
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
R.R.J.	Revue de la Recherche Juridique

s.	et suivants
Sect.	Section
somm.	Sommaires
supra	Ci-dessus
TGI	jugement d'un tribunal de grande instance
TVA	Taxe sur la Valeur Ajoutée

SOMMAIRE

Chapitre préliminaire. La définition de l'œuvre donnée par les autres droits

Section I. La définition donnée par le droit fiscal

Section II. La définition donnée par le droit civil

§1. Un critère déterminant, l'authenticité

§2. Un critère annexe, la signature

PARTIE I. LA REMISE EN CAUSE DE L'EXIGENCE DE FORME

Chapitre I. La forme, une condition de protection de l'œuvre d'art

Section I. Le principe de l'exclusion des idées

§1. Les fondements du principe de l'exclusion des idées

§2. Une distinction difficile entre l'idée et la forme

Section II. Les conséquences de l'exclusion des idées

§1. L'absence de protection par le droit d'auteur

§2. La protection accordée par le droit de la responsabilité civile

Chapitre II. La forme, une exigence remise en cause avec l'art conceptuel

Section I. Des idées revendiquées comme œuvres

§1. Le principe développé par l'art conceptuel

§2. Des créations proches de l'art conceptuel

Section II. La perception, un critère possible de qualification de l'œuvre d'art

§1. Les avantages du critère de la perception

§2. Les inconvénients du critère de la perception

PARTIE II. LA REMISE EN CAUSE DE L'EXIGENCE D'ORIGINALITE

Chapitre I. L'originalité, une condition de la protection de l'œuvre d'art

Section I. La conception subjective de l'originalité

§1. Le reflet de la personnalité de l'auteur

§2. Les difficultés soulevées par l'approche subjective de l'originalité

Section II. La conception objective de l'originalité

§1. L'œuvre résultant d'un simple choix

§2. Les difficultés soulevées par l'approche objective de l'originalité

Chapitre II. L'originalité, une exigence remise en cause par l'art conceptuel

Section I. La présentation, un critère possible de qualification de l'œuvre d'art

§1. Les avantages du critère de la présentation

§2. Les inconvénients du critère de la présentation

Section II. Le recours aux mécanismes du droit commun

§1. Le recours à un faisceau d'indices

§2. Le recours à un droit sui generis

« L'événement qui permit de concevoir et de comprendre qu'il était possible de "parler un nouveau langage" tout en conservant un sens à l'art fut le premier "ready-made" de Marcel Duchamp. À partir du "ready-made", l'intérêt de l'art ne porte plus sur la forme du langage, mais sur ce qui est dit. Ce qui signifie que le "ready-made" fit de l'art non plus une question de forme, mais une question de fonction. Cette transformation – ce passage de l'apparence à la conception – marqua le début de l'art moderne et celui de l'art "conceptuel". Tout l'art (après Duchamp) est conceptuel ».

Joseph Kosuth, "Art after philosophy I" (extraits), *Studio International*, octobre 1969

INTRODUCTION

La notion d'œuvre est délicate à cerner, les textes étant de peu de secours pour offrir une définition juridique satisfaisante.

Aux termes de l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle, « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». L'œuvre n'est qualifiée que de manière indirecte comme le produit d'une création. Elle doit résulter d'un travail artistique conscient. Il ne saurait donc y avoir de droit d'auteur sur une chose préexistante, faute d'acte créatif de la part de celui qui revendique la qualité d'auteur¹.

Cette définition large de la notion d'œuvre de l'esprit est complétée par l'article L.112-2 du code de la propriété intellectuelle qui dresse une liste non limitative² des œuvres de l'esprit et par l'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle qui élimine certains critères indifférents à la protection³. La jurisprudence a affiné la définition de l'œuvre. L'exigence prétorienne est double : il faut une création de forme et une création de forme originale.

L'œuvre de l'esprit n'est donc pas définie de manière précise par le code de la propriété intellectuelle⁴. Il en est de même pour les œuvres d'art⁵ qui n'en constituent qu'une des

¹ Ainsi, par exemple, l'archéologue n'a pas de droit d'auteur sur ses découvertes. *CA Nîmes, 1^{er} ch., sect. A, 30 oct. 2001, SARL Ardèche Images production c/ Chauve* : *Com. Comm. Elect., nov. 2002, p.23, n°138, obs.Christophe Caron* (en l'espèce, les découvreurs des peintures préhistoriques de la grotte de Chauvet demandaient à bénéficier des dispositions relatives aux œuvres posthumes).

Parallèlement, les découvertes ne peuvent donner prises à un droit de propriété industrielle : *CA. Paris, 1^{er} ch. Sect. B, 28 juin 2001, Dubois Baudry c/ Pardo et al.* : *Comm. Elect., nov. 2002, p.23, n°138, obs.Christophe Caron* (en l'espèce, une personne ayant révélé l'existence d'une œuvre de Nicolas Poussin demanda la qualité d'inventeur, au sens du droit des brevets).

² Il n'y a pas une liste exhaustive des œuvres de l'esprit protégeables comme en témoigne l'utilisation de l'adverbe "notamment" dans la rédaction de l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle.

³ L'article L.112-1 du Code de la Propriété Intellectuelle énonce que les œuvres de l'esprit sont protégées quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. Dans le présent mémoire, nous n'étudierons pas de manière approfondie ces quatre critères négatifs de qualification des œuvres d'art et nous nous concentrerons sur les deux exigences prétoriennes de forme et d'originalité.

⁴ Certains auteurs rangent l'œuvre de l'esprit dans la catégorie des concepts mous (M.-A. Hermitte, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, L'exemple des droits intellectuels* : Arch. Phil. Droit 1985, p. 331 cité par A. et H.-J. Lucas, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^e éd, 2000, p. 57).

⁵ Dans le langage courant, le terme d' « œuvre d'art » n'est apparu qu'au milieu du XIX^e siècle et est absent du Littré. Selon le dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française de Paul Robert, paru en 1959, l'œuvre d'art est une « œuvre qui manifeste la volonté esthétique d'un artiste, qui donne le sentiment de la valeur artistique (beauté, perfection...) ».

Baudelaire considère, pour sa part, que la condition génératrice des œuvres d'art est « l'amour exclusif du Beau, l'idée fixe » (Baudelaire, *Art romantique*, 1859).

catégories. L'article L.112-2 du code de la propriété intellectuelle se borne en effet à donner une liste non exhaustive des créations pouvant constituer des œuvres de l'esprit, dans une sorte d'inventaire à la Prévert, parmi lesquelles on peut relever « les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; les œuvres graphiques et typographiques ; les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de technique analogues à la photographie ».

Cette liste ne constitue pas une définition des œuvres d'art, d'autant plus que la liste n'est pas limitative. Ainsi J.-M. Pontier remarque que « la notion d'œuvre d'art se présente ainsi dans ce texte de manière éclatée, à travers plusieurs sortes de création, sans que soit prise en compte une notion globale d'œuvre d'art »⁶.

Certains auteurs ont été tentés de donner une définition de l'œuvre d'art. Pierre-Yves Gautier propose ainsi de définir les œuvres d'art « comme les productions de l'esprit, faisant essentiellement appel aux formes et à l'esthétique »⁷ ou encore comme une œuvre comportant « un minimum d'effet esthétique, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des Beaux-arts ». Toutefois cette définition reste imprécise et pour A. Sériaux ne permet pas de résoudre la difficulté puisque ni l'esthétique ni les Beaux-arts ne sont définis⁸.

Pierre Sirinelli considère, pour sa part, qu' « il ne s'agit pas de façon restrictive des œuvres correspondant à un idéal esthétique, mais de façon plus générale, des créations extériorisées par des formes et/ou des couleurs (et sensibles, dit-on, à la vue) »⁹. Pour Alain Strowel, les œuvres artistiques, qui constituent le domaine traditionnel du droit d'auteur, peuvent être définies comme « les œuvres créées pour leur valeur intrinsèque, que cette valeur soit esthétique, éducative ou de l'ordre du divertissement »¹⁰.

Pour Paul Valéry, « Parmi ces œuvres, l'usage crée une catégorie dite des œuvres d'art. Il n'est pas très facile de préciser ce terme, si toutefois il est besoin de le préciser. D'abord, je ne distingue rien, dans la production des œuvres, qui me contraigne nettement à créer une catégorie de l'œuvre d'art... Mais si l'on porte le regard sur les effets des œuvres faites, on découvre chez certaines une particularité qui les groupe et qui les oppose à toutes les autres... L'œuvre nous offre dans chacune de ses parties, à la fois l'aliment et l'excitant. Elle éveille continuellement en nous une soif et une source » (Paul Valéry, *Variété V*, Leçon inaug. cours poétique, p. 317).

⁶ J.-M. Pontier, *Revue de droit public*, 1990, p.1409.

⁷ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 5^e éd., 2004, p.117.

⁸ A. Sériaux, *La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir*, R.T.D.Civ. 1994, p.808, note 28.

⁹ P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 1992, p.25.

¹⁰ A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p.472.

Il s'avère donc qu'il n'existe pas, aujourd'hui, de définition précise de l'œuvre d'art¹¹. Certains auteurs sont même allés jusqu'à affirmer que « le droit ignore ce qu'est une œuvre d'art »¹². Il convient donc de se référer à la qualification plus générale des œuvres de l'esprit, et notamment, à celle donnée par la jurisprudence.

Les historiens d'art s'interrogent également sur la notion d'œuvre d'art. Celle-ci a évolué à travers les temps, ainsi que la notion même d'art.

Les théories esthétiques de la Renaissance étaient principalement fondées sur la maxime aristotélicienne selon laquelle « L'art imite la nature »¹³. Ainsi, l'art¹⁴, à l'instar du droit était fondé sur la loi naturelle, d'origine divine. L'artiste, comme le législateur, ressemblait dans son action de recreation partielle de la nature, au créateur divin. L'artiste était selon le concept de *poeta creator, procreator*, c'est-à-dire semblable à Dieu. Ainsi Faguet affirmait au XVII^e siècle que « Boileau définira l'art : la nature observée par une tête bien faite »¹⁵. Cette référence à la nature se retrouve également chez Musset qui énonça que « l'art est constamment au-dessous de la nature, surtout lorsqu'il cherche à l'embellir »¹⁶, ainsi que chez Balzac qui écrivit que « la mission de l'art n'est pas de copier la nature mais de l'exprimer »¹⁷.

L'art devait remplir une fonction esthétique. Ainsi la formule « l'art pour l'art » employée pour la première fois par Victor Cousin¹⁸, et reprise plus tard par Théophile Gautier¹⁹, sous-

¹¹ Egalement : J. Chatelain, énonce que « sont œuvres d'art, objets de collection ou, plus généralement, biens culturels : si on met l'accent sur les réalités économiques, les biens qu'on trouve normalement proposés dans les centres importants du commerce de l'art » : J. Chatelain, *Œuvres d'art et objets de collection en droit français*, 3^e éd. Par Mme F. Chatelain et M.C. Pattyn, Berger-Levrault, 1997, p.13.

Y. Gaubiac pose que l'œuvre d'art est « l'œuvre de nature esthétique réalisée par un artiste et qui se distingue de l'œuvre technique par sa valeur propre ou par son expression symbolique » : Y. Gaubiac, *La théorie de l'unité de l'art*, Thèse Paris II, 1980.

¹² M. Dany Cohen, *La restauration et le droit moral de l'artiste selon le droit français*, in *La restauration des objets d'art. Aspects juridiques et éthiques. Etudes en droit de l'art*, Vol.6, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich et la Bibliothèque des Arts, Paris, 1995, p.125 et s.

¹³ Cette maxime a été transmise par les Institutes et le Digeste de Justinien et reprise par les glossateurs médiévaux.

¹⁴ Selon le dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française de Paul Robert, paru en 1959, l'« Art » est l'« expression, par les œuvres de l'homme, d'un idéal de beauté ».

¹⁵ Faguet, XVII^e s., Et. lit., p. 359.

¹⁶ Musset, *Nuit vénitienne*, Pléiade, p. 272.

¹⁷ Balzac, *Œuvres*, t. IX, p. 394.

¹⁸ « Il faut de la religion pour la religion ; de la morale pour la morale, de l'art pour l'art. Le bien et le saint ne peuvent être la route de l'utile, ni même du beau » (Victor Cousin, *Cours de philosophie de 1918*, p. 224.

¹⁹ « L'art pour l'art signifie, pour les adeptes, un travail dégagé de toute préoccupation autre que celle du beau en lui-même », (Théophile Gautier, Larousse, XIX^e) ou encore, « Nous croyons à l'autonomie de l'art ; l'art pour nous n'est pas le moyen, mais le but ; tout artiste qui se propose autre chose que le beau n'est pas un artiste... » (Théophile Gautier, *L'artiste*, n° du 14 déc. 1856).

entendait que l'art n'avait pas d'autre but que lui-même, qu'il ne visait pas l'utile mais le beau. Cette vision de l'art n'est plus. L'art ne se fonde aujourd'hui plus sur des critères esthétiques et sa vocation n'est plus d'imiter la nature.

Selon Martin Heidegger²⁰, Hegel a donné dans son Esthétique²¹ la plus vaste méditation de la pensée occidentale sur l'essence de l'art. Ainsi l'œuvre classique, qui est selon Hegel l'œuvre d'art grec, serait une œuvre achevée, tendant à la perfection. L'œuvre romantique, commençant avec l'apparition du christianisme, allierait recherche du beau et existence d'un sens. L'œuvre moderne serait, quant à elle, fondée presque exclusivement sur le sens. Enfin, l'œuvre contemporaine pourrait, dans certains cas, résulter d'une opposition des artistes avec la notion même d'œuvre en aboutissant à ce que d'aucuns nomment une non-œuvre²².

Les nouvelles formes d'art, notamment l'art conceptuel, ont mis à mal les définitions antérieures de l'art. Ainsi, par exemple, Thierry de Duve²³ considère que la notion d'œuvre d'art a été bouleversée par les ready-mades de Duchamp. Selon lui, depuis l'opération de « *Fountain* », un urinoir posé à l'envers et signé Richard Mutt que Marcel Duchamp a présenté comme une œuvre d'art lors de l'exposition des Artistes Indépendants de New York en 1917, la phrase « ceci est de l'art » a remplacé les jugements tels que « ceci est beau en tant que peinture ». Désormais, tout n'est pas art, mais n'importe quoi est susceptible de le devenir.

Georges Dickie²⁴ a également tenté de définir l'œuvre d'art contemporain et considère que l'œuvre n'est qu'un artefact qui n'est devenu « art » qu'en tant qu'ayant reçu le statut de possibilité d'être candidat à l'appréciation d'une institution sociale dite « monde de l'art ». Ainsi, pour lui, l'œuvre d'art peut être n'importe quel artefact que le monde de l'art aura décidé de considérer ainsi.

L'art conceptuel date du milieu des années 1960 même si on trouve quelques éléments antérieurs. En effet, on admet généralement que les premières manifestations de l'art dit

²⁰ Martin Heidegger (1889-1976), dans « l'origine de l'œuvre d'art » (1935-1936) crédita Hegel d'avoir écrit, avec son Esthétique, la plus vaste méditation de la pensée occidentale sur l'essence de l'art, sans toutefois adhérer à la conclusion hégélienne selon laquelle l'art, quant à sa destination, appartiendrait au passé. Pour Heidegger, « L'œuvre d'art est bien une chose, chose amenée à sa finition, mais elle dot encore quelque chose d'autre que la chose qui n'est qu'une chose... L'œuvre communique publiquement autre chose ; elle est allégorique. Autre chose encore est réuni, dans l'œuvre d'art, à la chose faite » (Martin Heidegger, *L'origine de l'œuvre d'art*, Paris, Gallimard, 1962, p.13).

²¹ G.W.F. Hegel, « Esthétique », Flammarion, 1979.

²² Jean Bardy, *La création et l'art, chemins vers la création*, l'Harmattan, 2000.

²³ Thierry de Duve, *Au nom de l'art : pour une archéologie de la modernité*, Editions de Minuit, 1989.

²⁴ Georges Dickie, *The Art Circle*, 1984.

conceptuel sont les « ready-mades » de Marcel Duchamp. Marcel Duchamp et les artistes du mouvement dada auraient ainsi anticipé sur les questions soulevées plus tard par les artistes conceptuels. Joseph Kosuth postula d'ailleurs, en 1969, que « Tout art (après Duchamp) est (par nature) conceptuel car l'art n'existe que conceptuellement ». Par ailleurs, Bruce Naumann, artiste conceptuel, rendit hommage à Marcel Duchamp en 1966, dans son œuvre intitulée « *self portrait as a fountain* ». Sur cette photographie, l'artiste, les bras écartés, crache de l'eau. Il se représente ainsi en fontaine. Il mime également l'action d'uriner, ce qui renvoie à la première utilisation de la « *Fountain* » de Duchamp. Cette photographie, icône de l'art conceptuel des années 1960, n'est pas seulement une idée mais elle engendre une sensation ou une émotion chez celui qui la regarde.

L'art conceptuel s'oppose radicalement à la vision antérieure de l'art puisqu'il ne s'attache plus aux formes et aux matériaux, mais aux idées et aux sens. Il remet essentiellement en question le statut traditionnel de l'objet d'art en tant qu'objet unique, de collection ou de marchandise. N'empruntant pas une forme traditionnelle, l'œuvre conceptuelle demande également souvent une participation active du spectateur. En posant une critique fondamentale de l'art, de la représentation et de l'utilisation des formes, l'art conceptuel a eu un effet déterminant sur la pensée de nombreux artistes.

La spécificité de l'Art conceptuel²⁵ est cependant parfois difficile à cerner tant par la diversité des démarches artistiques que par l'ampleur de son influence sur différentes tendances contemporaines. Toutefois, on peut distinguer deux grandes conceptions.

D'une part, avec un artiste comme Sol LeWitt, suivi de Dan Graham, l'Art conceptuel a reçu une acception large, fondée sur l'affirmation de la primauté de l'idée sur la réalisation. En conséquence, tout un pan de l'histoire de l'art peut être qualifié de "conceptuel", depuis le 15^e siècle avec l'appartenance de la peinture aux arts libéraux où le travail de l'esprit tient la plus

²⁵ Le terme « Concept Art » apparaît pour la première fois en 1961 dans le contexte américain, mais c'est en 1963 que l'artiste Fluxus Henry Flynt emploie le terme pour désigner un art dont la principale caractéristique est l'emploi du langage. Quelques années plus tard, le mot « Concept Art » est remplacé par le terme « Conceptual Art » sur l'impulsion d'un artiste dont le travail initial ne s'articule pas exclusivement autour du langage : Sol LeWitt. Ces textes « Paragraphs on Conceptual Art » (1967) et « Sentences on Conceptual Art » (1969) familiarisèrent le public avec le terme, tout en précisant ce qu'il désigne. En 1969, le collectif artistique britannique Art & Language sort le premier numéro de sa publication « Art-Language », sous-titrée « The Journal of conceptual art ». La dénomination devient donc internationale à la fin des années soixante, non sans être contestée. En 1973 paraît sous le titre « Idea Art », la première anthologie sur les nouvelles formes artistiques, publiées par Gregory Battcock.

grande part : l'art est « *cosa mentale* » avait écrit Léonard de Vinci. En somme, tout artiste qui privilégie le « *disegno* », la conception par le biais du dessin, participe de l'Art conceptuel. Pour Sol LeWitt, tout le cheminement intellectuel du projet (gribouillis, esquisses, dessins, repentirs, modèles, études, pensées, conversations) a plus de valeur que l'objet présenté. « La couleur, la surface, et la forme ne font qu'accentuer les aspects physiques de l'œuvre. Tout ce qui attire l'attention sur le physique d'une œuvre nuit à la compréhension »²⁶. Selon l'artiste Sol Lewitt, « dans l'art conceptuel, l'idée ou concept est l'aspect le plus important. Quand un artiste utilise une forme conceptuelle d'art, cela signifie que tout est prévu et décidé au préalable et que l'exécution est affaire de routine. L'idée devient une machine à faire de l'art »²⁷.

D'autre part, une acception restreinte de l'Art conceptuel a été circonscrite par Joseph Kosuth ou le groupe d'origine anglaise « Art & Language » à travers la revue du même nom. Il s'agit de limiter le travail de l'artiste à la production de définitions de l'art, de répondre à la question "Qu'est-ce que l'art ?" par les moyens de la logique. Selon Joseph Kosuth, « la définition la plus fidèle de l'art conceptuel pourrait être qu'il interroge les fondements même du concept d' "art", dans sa compréhension actuelle »²⁸. La critique d'art, Lucy Lippard, en déduit qu'il y a autant de définitions de l'art conceptuel que d'artistes conceptuels. Pour sa part, elle considère que le facteur déterminant est la dématérialisation de l'objet d'art. Toutefois, bien que remettant en cause l'objet et sa production, l'Art conceptuel n'a cependant jamais pu se passer de réalisations formelles qui se matérialisent le plus souvent par la photographie ou d'installations diverses.

Aussi bien du point de vue du droit que du point de vue de l'histoire de l'art, il apparaît donc une grande incertitude sur la définition d'une œuvre d'art. De plus, depuis quelques décennies, les structures artistiques éclatent, entraînant avec elles la déchéance des qualifications retenues pour les œuvres d'art. L'art dit conceptuel, qui englobe une large catégorie d'œuvres du XXème siècle ayant pour point commun de subvertir l'académisme de la production culturelle, fait voler en éclats « l'objet-œuvre d'art », soit que l'œuvre soit réduite à un choix d'objet et de présentation (ready-made, arte povera), à un procédé (land-art), ou à un événement (happening).

²⁶ Sol Lewitt, « paragraphes sur l'art conceptuel », Art forum, 1967.

²⁷ Sol Lewitt, « paragraphes sur l'art conceptuel », Art forum, 1967.

²⁸ Josph Kosuth, « L'art après la philosophie », Studio International, 1969.

L'incertitude sur la notion d'œuvre d'art, notamment avec l'art conceptuel, ne conditionne pas l'exercice du droit. Il appartient au juriste de déterminer quelles sont, selon lui, les créations méritant une protection²⁹.

Le droit a su s'adapter devant des pratiques artistiques nouvelles, ce fut le cas notamment pour la photographie. Néanmoins, concernant l'art conceptuel, la question d'une protection juridique adéquate se pose.

L'art dit conceptuel s'est en effet heurté de plein fouet avec les critères de qualification de l'œuvre d'art retenu en droit d'auteur, mais il n'a pas été le seul. Ainsi, en 1926, une œuvre de Brancusi, *Oiseau dans l'espace*, fut saisie par les douanes américaines qui refusèrent à son propriétaire l'exonération réservée aux œuvres d'art et exigèrent qu'il s'acquitte de la taxe appliquée à la matière brute (du bronze et de la pierre). Il s'ensuivit un procès qui s'achèvera deux ans plus tard en faveur de Brancusi : le juge reconnut à une œuvre abstraite le statut d'œuvre d'art, en invoquant l'évolution du discours de l'institution artistique. Les nombreux arguments invoqués dans cette affaire témoignent des difficultés d'un droit confronté à l'inadéquation d'une sculpture particulière aux critères d'appréciation juridiques retenus.

Selon Alain Berenboom, « il faut désormais s'interroger sur les limites des œuvres susceptibles d'une protection légale : quand un peintre proclame qu'une toile blanche est une œuvre d'art, qu'on expose des bouteilles de Coca-Cola ou qu'on fait entendre dans un concert l'enregistrement des bruits d'un hall de gare à l'heure de pointe, si tout peut être œuvre d'art, y a-t-il encore un auteur à protéger ? Ironie mise à part, il est sot d'être indifférent à ces manifestations créatives car on ne peut refuser de ranger parmi les œuvres, celles qui dérangent. A leur époque, Stravinsky, Jarry, Picasso, Tzara, Joyce, Kafka, Buñuel ont été considérés comme des iconoclastes. L'art se nourrit de ceux qui innovent, qui osent, qui provoquent »³⁰.

²⁹ I. Cherpillod considère que l'art et la création ont suscité la réflexion des philosophes mais qu'il appartient à la science juridique de forger ses propres concepts, même si l'autonomie entre la philosophie et le droit est relative : I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne, 1985, n.16.

³⁰ Alain Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., De Broeck & Larcier s.a., Bruxelles, 1997, n°4.

Dans quelle mesure l'art conceptuel peut-il se concilier avec l'exigence de forme originale conçue à partir d'un modèle qu'il renie ? Produit d'une démarche subversive, créant des œuvres insaisissables et des situations paradoxales, il remet en effet en cause les critères traditionnels de qualification de l'œuvre par le droit d'auteur, c'est-à-dire l'exigence de forme imposée à l'œuvre (Partie I) et l'exigence d'originalité (Partie II).

Toutefois avant même de centrer notre analyse sur l'œuvre d'art au sens du droit d'auteur, il convient de se pencher sur les qualifications retenues dans d'autres droits (Chapitre préliminaire).

CHAPITRE PRELIMINAIRE.

LA DEFINITION DE L'ŒUVRE DONNEE PAR LES AUTRES DROITS

En droit international, privé et public, les juristes utilisent l'expression de « biens culturels ». Ainsi la directive communautaire du 15 mars 1993 relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre définit le bien culturel, dans son article premier, comme « le bien classé, avant ou près avoir quitté illicitement le territoire d'un Etat membre, comme trésor national de valeur artistique, historique ou archéologique, conformément à la législation ou aux procédures administratives nationales au sens de l'article 36 du Traité et appartenant à l'une des catégories visées à l'annexe ou n'appartenant pas à l'une de ces catégories, mais faisant partie intégrante des collections publiques figurant sur les inventaires des musées, des archives et des fonds de conservation des bibliothèques... ». Cette notion se retrouve désormais dans de nombreuses lois françaises³¹. On trouve également, en droit, d'autres expressions désignant des œuvres d'art telles que « objet d'art », « ouvrages d'art » ou encore « objet culturel ».

Concernant la notion d'œuvre d'art retenue par le droit de la propriété littéraire et artistique, il est remarquable que le droit civil et le droit fiscal fassent également de la présence de la personnalité de l'auteur dans le bien le critère d'application du droit positif de l'œuvre d'art. Cependant, ces droits ne déterminent pas l'existence d'une œuvre d'art de la même manière. Eu égard aux problèmes de détermination de l'œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur, il est intéressant d'analyser, de prime abord, la définition retenue en droit fiscal (Section I) et en droit civil (Section II).

³¹ L'expression de biens culturels est utilisée non seulement par la loi concernant l'exportation (L. n° 92-1477, 31 déc. 1992 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation, *JO* 5 janv. 1993, modifiée par L. n°2000-643, 10 juill. 2000, relative à la protection des trésors nationaux, *JO* 11 juill. 2000), mais également pas celle du 10 juillet 2000 (L. n°2000-643, 10 juill. 2000, *JO*, 11 juill. 2000) qui régleme les ventes aux enchères publiques.

SECTION I. LA DEFINITION DONNEE PAR LE DROIT FISCAL

En droit fiscal, l'œuvre est appréhendée sous la catégorie plus large d'œuvres et objets d'art. Plusieurs régimes d'impositions visent expressément les œuvres et objets d'art. Néanmoins, il apparaît que le droit fiscal ne donne pas de définition précise de l'œuvre d'art. Il donne seulement des listes et des catégories d'œuvres pouvant prétendre à cette qualification.

§1. Les références aux œuvres d'art en droit fiscal

En droit fiscal, on trouve plusieurs références aux œuvres d'art. Il en est fait mention dans les textes relatifs à la TVA, au tarif douanier, à la taxe forfaitaire et à l'impôt de solidarité sur la fortune.

La loi sur la TVA, transposant la directive du 14 février 1994³², dite « 7^{ème} directive », ainsi que le décret du 17 février 1995³³, recensent sept catégories d'œuvres d'art (tableaux et dessins, gravures, estampes et lithographies, tapisseries, céramiques en exemplaire unique, émaux sur cuivre, photographies), deux objets de collection et une catégorie d'objets d'antiquité. Ces textes complètent le système commun d'assiette applicable à la taxation des objets d'occasion, des œuvres d'art, des objets d'antiquité et de collection.

Les œuvres d'art sont également visées à l'article 885-I du Code Général des Impôts concernant l'impôt de solidarité sur la fortune. Selon cet article, les objets d'antiquité, d'art ou de collection ne sont pas compris dans les bases d'imposition. L'administration considère que les biens bénéficiant de l'exonération sont ceux mentionnés à certaines positions du tarif douanier commun aux Etats de l'Union européenne. Les uns sont exonérés, quelle que soit leur ancienneté, les autres ne le sont que s'ils ont plus de 100 ans d'âge.

Une autre référence aux œuvres d'art se trouve dans les dispositions relatives à la taxe forfaitaire sur les métaux précieux, les bijoux, les objets d'art, de collection et d'antiquité. La

³² Directive n°94/5/CE adoptée par le conseil de l'Union européenne le 14 février 1994 dite « 7^{ème} directive », JOCE n°L60 du 3 mars 1994.

³³ Décret n°95-172 du 17 février 1995 relatif à la définition des biens d'occasion, des œuvres d'art, des objets de collection et d'antiquité, JO du 19 janvier 1995.

taxe forfaitaire a été créée par l'article 10 de la loi du 19 juillet 1976 portant imposition des plus-values³⁴. Souvent, s'agissant des métaux précieux, des bijoux, des objets d'art, de collections et d'antiquité, les éléments nécessaires au calcul du montant de la plus-value font défaut et il a donc été nécessaire de créer le régime particulier de la taxe forfaitaire.

Les objets soumis à la taxe forfaitaire sont les mêmes que ceux dégagés par l'administration en vue de leur exonération de l'ISF³⁵.

Toutefois, en vue de favoriser l'accroissement des collections publiques, l'exonération du paiement de la taxe forfaitaire est accordée au vendeur dans le cadre d'une vente à un musée national, à un musée classé ou contrôlé par l'Etat ou à une collectivité territoriale, également pour une vente à la Bibliothèque nationale de France, à une autre bibliothèque de l'Etat ou d'une collectivité publique, à un service d'archives de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'une collectivité publique³⁶.

Enfin, selon le droit des douanes, sont œuvres de l'esprit les « tableaux, peintures et dessins faits entièrement à la main » (ancien numéro 99-01 du Tarif commun des douanes) ou entièrement exécutés de la main de l'artiste (article 71 de l'annexe III du CGI).

§2. La définition retenue

La définition fiscale des œuvres d'art se trouve non dans le CGI mais dans le décret n°91-1326 du 23 décembre 1991 auquel il renvoie. Ce texte énonce une liste de biens considérés comme œuvres originales, qui doivent en outre être entièrement exécutées de la main de l'artiste ou tout du moins dans certains cas contrôlées par l'artiste ou ses ayants droits.

Le droit fiscal ne donne donc pas de définition des œuvres d'art mais une liste de ces dernières. Il distingue les biens d'occasion qui sont des biens meubles corporels susceptibles de remploi, en l'état ou après réparation, auxquels on ne peut assimiler les œuvres d'art, les objets de collection ou d'antiquité et autres métaux précieux et pierres précieuses. Il précise en outre que les œuvres d'art ne peuvent être des objets de collection, du moins au sens du droit fiscal.

Une œuvre d'art ou un objet de collection ne peuvent être un objet d'antiquité, c'est-à-dire un bien meuble qui a plus de cent ans d'âge, ce qui est très peu si on considère l'histoire de la peinture.

³⁴ Article 150 V bis du Code général des impôts.

³⁵ Impôt de Solidarité sur la Fortune.

³⁶ Art. 150 V bis II CGI.

La cour de cassation a décidé dans un arrêt du 17 octobre 1995 qu'un tableau de Poliakoff n'était pas une œuvre d'art au sens du droit fiscal mais un meuble meublant au sens du droit civil, c'est-à-dire un bien destiné à l'usage et à l'ornement des appartements, dès lors que son propriétaire n'a pas une véritable collection de tableaux.

L'exposition au public est une qualité essentielle à la qualification de l'œuvre d'art. Il faut une mise en scène, que l'œuvre d'art soit montrée, révélée, exposée en tant que telle³⁷.

Le droit fiscal se prononce aussi sur ce qu'il entend par œuvre d'art originale.

Selon l'article 98 A-II de l'annexe III du CGI sont considérées comme œuvres d'art les :

- tableaux, collages et tableautins similaires, peintures et dessins, entièrement exécutées à la main par l'artiste ;
- gravures, estampes, lithographies originales tirées en nombre limité [...] d'une ou plusieurs planches entièrement exécutées à la main par l'artiste, quelle que soit la technique ou la matière employée, à l'exception de tout procédé mécanique ou photomécanique ;
- productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture en toutes matières dès lors que les productions sont exécutées entièrement par l'artiste ; fontes de sculpture à tirage limité à huit exemplaires et contrôlé par l'artiste ou ses ayants-droits... ».

Le droit fiscal distingue ainsi entre les œuvres uniques et les œuvres à tirage limité. S'agissant d'œuvre unique, une œuvre d'art au sens du droit fiscal doit avoir été réalisée de la main même de l'artiste, à l'exclusion de tout autre procédé.

La cour a donné une définition de l'œuvre d'art originale au sens du droit fiscal dans un arrêt du 28 décembre 1995, utilisant le critère de l'exécution personnelle de l'artiste : « des tableaux peints entièrement à la main, en dehors du recours à tout procédé de reproduction, quelles qu'en soient les conditions de réalisation et les méthodes de commercialisation, sont des œuvres d'art originales au sens de l'article 71 A de l'annexe III du code général des impôts »³⁸.

Pour Nadia Walravens, si on opère un rapprochement entre la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur et celle d'œuvre d'art au sens du droit fiscal, l'on observe que le courant doctrinal initié par Desbois rejoint la pratique fiscale, l'exécution personnelle de l'artiste étant toujours requise. F.-J. Chatelain et C. Pattyn observent ainsi que « deux cents

³⁷ B. Jadaud, *Les tableaux de maître sont des meubles meublant* (à propos de Cass.com. 17 oct. 1995), J.C.P., 1996, p.453.

³⁸ CAA Paris, 28 déc. 1995, *Les petites affiches*, 14 août 1996, p. 28-31, note J. Fingerhut.

ans de réflexion doctrinale aboutissent ainsi à ratifier l'opinion des douaniers et des agents du fisc : sont œuvres de l'esprit les « tableaux, peintures et dessins faits entièrement à la main » ou « entièrement exécutées de la main de l'artiste ».

S'agissant d'œuvres reproduites en plusieurs exemplaires, la condition d'exécution personnelle est quelque peu assouplie. L'article 98 A de l'annexe III du CGI détermine pour chaque type d'œuvre le nombre d'exemplaires autorisé, instaurant un tirage limité.

SECTION II. LA DEFINITION DONNEE PAR LE DROIT CIVIL

En droit commun, l'œuvre d'art peut être juridiquement appréhendée comme une chose susceptible d'appropriation, c'est-à-dire comme un bien et donc se voir appliquer les dispositions des articles 516 et suivants du code civil³⁹.

Le critère déterminant pour qualifier une œuvre d'art en droit civil est l'authenticité (§1). Toutefois derrière ce critère s'en cache un autre, l'exigence de signature (§2).

§1. Un critère déterminant, l'authenticité

Au vu de l'article 1110 du code civil, il apparaît que l'erreur sur les qualités substantielles est une cause de nullité des conventions. Il est communément admis en jurisprudence que, concernant les œuvres d'art, l'authenticité constitue souvent l'élément déterminant du consentement (I). Ainsi, on remarque que les certificats d'authenticité sont de plus en plus plébiscités voire même indispensables pour toutes les œuvres d'art contemporaines (II).

I. L'erreur sur la substance

L'erreur de l'acheteur ou du vendeur sur les qualités substantielles du bien est une cause de nullité de la vente⁴⁰. Les juges du fond sont amenés à se livrer à une analyse

³⁹ Le doyen Cornu énonçait que « on dit volontiers : le droit protège. C'est vrai... Mais en amont, le droit englobe. Il fait entrer l'œuvre dans ses catégories. Le droit dit : l'œuvre est un bien. Et voilà l'œuvre dans le patrimoine (individuel et collectif). La voilà dans la théorie des biens où se trouvent aussi les monuments historiques et, plus généralement, tous les éléments immobiliers ou mobiliers du patrimoine de la nation. », Gérard Cornu, in « Le juste et le Beau », *L'art du droit en quête de sagesse*, p.142.

« psychologique »⁴¹ de la volonté des cocontractants pour déterminer ce qui a été considéré comme essentiel pour eux lors de la formation du contrat. Les juges apprécient la volonté contractuelle autant dans les comportements des parties que dans la commune intention des parties, c'est-à-dire dans le contenu du contrat.

Selon la jurisprudence, les parties font de l'authenticité, c'est-à-dire selon Lhuillier du lien irrécusable entre la personne de l'auteur et la forme originale par laquelle elle s'est matérialisée, une qualité substantielle de l'œuvre d'art, l'aléa sur cette qualité étant exclu du champ contractuel. Par exemple, l'authenticité fut retenue comme critère déterminant par la cour de cassation dans une décision en date du 23 février 1970 où il était question de marquises Louis XV, qui n'étaient en réalité que des bergères élargies au moyen d'éléments plus récents⁴².

Pour retenir le critère d'authenticité, il apparaît que l'acheteur devra démontrer qu'il a cru à cette authenticité⁴³ et que cette qualité était pour lui déterminante⁴⁴. Toutefois, la preuve de l'authenticité d'une œuvre d'art est moins rigoureuse que la preuve qui pèse habituellement sur celui qui se prévaut d'une erreur, c'est-à-dire la justification de son véritable état d'esprit au moment de la signature du contrat afin de faire ressortir clairement qu'il avait en vue cette qualité de la chose. En effet, selon la conception subjective⁴⁵ de l'erreur sur les qualités substantielles, le juge doit examiner la volonté du contractant, victime de l'erreur, afin de déterminer si la qualité qui a fait défaut était, pour lui, essentielle. Or une telle analyse peut se révéler dangereuse à mettre en œuvre pour la stabilité du contrat. Dès lors, on considère que l'erreur doit être « entrée dans le champ contractuel »⁴⁶ ou que l'erreur doit porter sur une « qualité convenue »⁴⁷. Ainsi, en matière d'œuvre d'art, on porte une grande attention aux mentions utilisées pour décrire ces œuvres. La cour de cassation⁴⁸ a donc considéré, dans

⁴⁰ Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 1110 du code civil : « l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ».

⁴¹ En ce sens, J. Ghestin, note sous C.A. Versailles, 7 janvier 1987, J.C.P. 1988, II.22121.

⁴² Cass. 1^{re} civ., 23 fév. 1970, D. 1970, p. 604, note Etesse ; JCP 1970.II.16347, note P.A. ; RTDciv 1970.751, obs. Y. Loussouarn.

⁴³ Cass. Com., 20 oct. 1970, JCP 1971, II, 16916, note J. Ghestin, RTD civ. 1971. 131, obs. Y. Louis-Souarn.

⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 1972, D. 1972. 517, JCP 1972. II. 17065.

⁴⁵ En matière d'erreur sur les qualités substantielles, deux conceptions s'affrontent : l'une objective, l'autre subjective. Dans la conception objective correspondant à la tradition romaine, l'erreur porte sur la matière dont la chose est faite. Ulpian donnait l'exemple de l'achat d'un objet en or qui se révèle être en airain. Dans la conception subjective, la qualité substantielle d'une chose est celle qui était déterminante pour celui qui s'est trompé. S'il avait eu connaissance de son erreur, il n'aurait pas contracté. Cette conception subjective a son origine dans un passage de Pothier. La jurisprudence privilégie la conception subjective de l'erreur sur les qualités substantielles.

⁴⁶ Y. Loussarn, obs. RTD civ. 1971.131.

⁴⁷ J. Ghestin, note JCP 1971, II, 16916.

⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1987, *Bull.civ.* I, n°105 ; D. 1987, jur. P.489, note Aubert ; JCP G 1989, II, 21300, note Vieville-Miravette ; TRD civ. 1987, p.743, obs. Mestre

l'affaire dite du *Verrou de Fragonard*⁴⁹, que « en vendant ou en achetant une œuvre attribuée à Fragonard, les contractants ont accepté, de part et d'autre, l'aléa sur l'authenticité de l'œuvre avait été dans le champ contractuel ; en conséquence, aucune des deux parties ne pouvait alléguer l'erreur en cas de dissipation ultérieure de l'incertitude commune, et notamment pas le vendeur ni ses ayants cause en cas d'authenticité devenue incertaine »⁵⁰. Cet arrêt met en valeur l'importance des termes qui précisent l'authenticité d'une œuvre⁵¹. Un décret du 3 mars 1981 est ainsi venu fixer le sens des formules usuelles du marché de l'art concernant l'authenticité des œuvres. Avant cette codification, les termes utilisés dans le monde des marchands d'art n'avaient aucune conséquence juridique. En l'espèce, la cour de cassation considéra qu'il y avait un aléa sur l'authenticité de l'œuvre et qu'ainsi les contractants ne pouvaient se prévaloir de l'authenticité de l'œuvre pour faire annuler le contrat de vente. « L'aléa chasse en quelque sorte la nullité pour erreur »⁵². Par contre, la cour de cassation considéra dans un arrêt du 26 février 1980 que le fait que l'acheteur exige de son vendeur un certificat d'authenticité montre à son partenaire toute l'importance qu'il attache à cette qualité⁵³.

En art contemporain, l'authenticité apparaît d'autant plus importante que l'on ne se réfère plus tellement aux qualités esthétiques de l'œuvre ou à la valeur intrinsèque de celle-ci. Ainsi pour Bernard Edelman, « Les Ready-Made, des objets utilitaires qui, placés dans des conditions muséales rigoureuses et signées de la main de l'artiste, constituaient une radicale mise à l'épreuve de l'authenticité : non seulement ces objets, bien que signés, n'avaient pas été créés par l'artiste, mais encore, ils n'étaient pas pour autant un faux. Ils se présentaient comme une authentique fabrication d'une œuvre inauthentique »⁵⁴. L'œuvre n'ayant plus de valeur en soi et n'ayant souvent même pas été réalisée par l'artiste, les certificats d'authenticité sont

⁴⁹ Plusieurs arrêts furent rendus sur ce sujet : TGI Paris, 21 janv. 1976, D. 1977.478 note Malinvaud ; Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 1979, Gaz. Pal. 1980 somm. p.60 ; Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1987 ; Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992, Contrats, conc., consom., oct. 1992 n°174 obs. L. Leveneur. En l'espèce, M. Spoturno-Coty hérita en 1966 d'un tableau que l'expertise d'inventaire de succession affirmait peinture du XVIIIème « qui ne pouvait être attribuée à Fragonard, ne possédant pas toutes les qualités du maître », ce que confirma une nouvelle expertise de 1967. Le tableau fut vendu aux enchères en 1969 sous la désignation « Fragonard (Ecole de Jean Honoré) » et adjugé 55.000 francs au directeur d'une galerie d'art. Ce dernier revendit le tableau au Musée du Louvre pour la somme de 5.150.000 francs, car l'expert qui avait affirmé initialement que le tableau ne pouvait être que de l'Ecole de Fragonard avait découvert que le tableau était authentique. Le premier propriétaire a donc demandé que la vente soit annulée.

⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1987, *Bull.civ.* I, n°105 ; D. 1987, jur. P.489, note Aubert ; JCP G 1989, II, 21300, note Vieville-Miravette ; TRD civ. 1987, p.743, obs. Mestre.

⁵¹ La pratique a fait naître un vocabulaire qui a ensuite été codifié par un décret du 3 mars 1981.

⁵² J. Mestre, RTD civ. 1989.740.

⁵³ Cass. 1^{re} civ., 26 fév. 1980.

⁵⁴ Bernard Edelman, *l'erreur sur la substance ou l'œuvre mise à nu par les artistes, même ! (Sur l'arrêt de la cour de cassation du 5 février 2002)*, D. 2003, p. 436.

devenus les véritables valeurs de l'œuvre. Ils ont pris une place prépondérante dans les transactions d'art contemporain.

II. La nécessité des certificats d'authenticité

En matière d'art conceptuel, une œuvre, une sculpture, une photographie n'ont de valeur qu'accompagnées de leur certificat. En effet, la plupart des œuvres de ce type sont réalisées de façon industrielle ou artisanale mais pas de la main de l'artiste. Elles sont donc théoriquement reproduisibles à l'infini. Seul un certificat authentifie l'œuvre et son unicité. De nombreux artistes ont eu recours à cet usage. Parmi les plus notoires, on peut citer Dan Flavin, Donald Judd, Sol Le Witt, Joseph Kosuth, etc...

Pour Jean-Jacques Gleizal, « de façon très générale, les artistes conceptuels placent l'art au-delà de l'objet et trouvent dans un acte juridique, le certificat, la preuve de l'appropriation de l'œuvre. (...) L'art conceptuel propose aux collectionneurs d'acheter un droit dépourvu du bien correspondant, alors même que, par ailleurs, le droit de propriété de l'acquéreur est réduit ».

La Cour d'appel de Paris a également considéré dans un arrêt du 8 septembre 1999 que « il est constant qu'en matière d'art conceptuel les œuvres ne sont que rarement réalisées par l'artiste lui-même et qu'elles ne sont, généralement, ni datées, ni numérotées, ni signées ; et que, par suite, le certificat d'authenticité revêt pour de telles œuvres une importance particulière »⁵⁵. En l'espèce, une personne prétendant avoir reçu du legs d'un collectionneur, une sculpture de Sol Le Witt, intitulée *Standing open structure white*, a assigné celui-ci ainsi que le détenteur du certificat d'authenticité correspondant à cette œuvre. Ce dernier, alléguant la disparition de la sculpture, demanda à l'artiste d'en réaliser un nouvel exemplaire. La légataire demanda une attestation reconnaissant que l'œuvre qu'elle détenait était celle initialement réalisée par Sol Le Witt.

La cour débouta la demanderesse en considérant notamment qu'il était improbable d'avoir omis de réclamer le certificat d'authenticité car, s'agissant d'une œuvre ni signée, ni numérotée, c'était le seul document « susceptible de conférer une certaine valeur vénale à un bien apparemment anodin ».

⁵⁵ CA Paris, 1^{re} ch. Sect. A, 8 septembre 1999, n°1998/05423. Cf. Annexe I.

Si l'authenticité est un des critères fondamentaux de détermination d'une œuvre d'art aux yeux des contractants et par la même des juges et du droit civil, la signature constitue quant à elle l'un des éléments essentiels d'appréciation de l'authenticité, d'autant plus qu'elle manifeste le lien entre la personnalité d'un créateur et l'œuvre d'art. Ainsi la cour de cassation a jugé que le 7 novembre 1995 que la mise en vente sans réserve d'une œuvre d'art portant une signature constituait une affirmation d'authenticité de l'œuvre, cassant un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait jugé que le seul fait qu'un tableau soit signé ne pouvait pas assurer l'authenticité de l'œuvre ni écarter tout aléa sur cette authenticité.

§2. Un critère annexe, la signature

Aujourd'hui une œuvre d'art est toujours associée à un nom, celui de son auteur. La question de l'attribution devient essentielle car « on achète désormais des noms et non plus des œuvres d'art »⁵⁶. La signature devient donc un des éléments essentiels de la détermination de l'authenticité⁵⁷. La signature désigne la paternité de l'œuvre. Ainsi « le droit de copier l'œuvre n'emporte pas celui de copier la signature de son auteur ; la signature est en effet, la marque apposée par l'artiste au bas du tableau pour attester qu'il en est l'auteur et faire reconnaître l'originalité de son droit d'expression »⁵⁸.

Pour Alain Strowel, la signature dans l'art contemporain joue un rôle décisif, elle permet de « produire la rareté sans laquelle il ne peut y avoir de marché de l'art et au maintien de laquelle sera en outre affectée la propriété intellectuelle. Autrement dit, plus les œuvres sont anonymes, moins elles peuvent être le fait d'auteurs anonymes. Ainsi une boîte « Brillo » n'est qu'un produit de supermarché tant qu'elle n'est pas signée par Andy Warhol⁵⁹ ».

Apposée à l'origine pour authentifier le lien qui l'unit à l'artiste, la signature prend désormais une valeur déclarative depuis l'intervention des ready-mades de Duchamp, où les objets sont qualifiés d'œuvre d'art grâce à la signature de l'artiste.

⁵⁶ C. Francblin, *L'art conceptuel entre les actes*, p.45.

⁵⁷ « - Et à quoi reconnaissez-vous le Frankenthal ? – Et la signature ! dit Pons avec feu ? Tous ces ravissants chefs d'œuvre sont signés » (Balzac, *Cousin Pons, Œuvres*, t. VI, p.552).

⁵⁸ TGI Paris, 9 mai 1995, RIDA janv. 1996, p. 282.

⁵⁹ A. Strowel, "Le droit d'auteur remis en cause par l'art conceptuel", in "L'Œuvre selon le droit d'auteur", 1993, p. 85.

Or aujourd'hui, de nombreux artistes ne signent plus leurs œuvres. En revanche, ces œuvres sont accompagnées d'un certificat d'authenticité qui porte la signature de l'artiste, permettant l'attribution de l'œuvre. Il y a donc une rupture entre l'œuvre et la signature.

Ainsi on est en présence d'œuvres pour lesquelles les méthodes d'authentification classiques restent inopérantes. L'œuvre d'art est bien reconnue comme telle, et admise par le marché de l'art. Toutefois, son authentification relève d'un certificat ou d'un acte notarié. L'évolution des pratiques artistiques conduit à la remise en cause des critères classiques d'attribution et d'authentification des œuvres. Pour Gilles Lhuilier, l'artiste « refuse la signature de l'œuvre afin de dénoncer le processus de création de l'art par le marché qui identifie par ce moyen les auteurs ».

Ainsi, par exemple, l'artiste Daniel Spoerri lors d'expositions de ses œuvres, proposait aux visiteurs de réaliser des tableaux et leur remettait des brevets de garantie vierge destinés à être collés au dos des futurs tableaux. L'artiste se réservait par la suite le droit d'accepter les toiles et de les authentifier. Un tableau *Mon petit déjeuner, Tableau piège* de 1972 fut ainsi vendu aux enchères. L'acquéreur découvrit par la suite que ce tableau avait été réalisé par un enfant de onze ans. Il demanda alors la nullité de la vente pour erreur sur la qualité substantielle. La cour de cassation cassa la décision de la cour d'appel en considérant qu'elle n'avait pas recherché si « compte tenu des mentions du catalogue, le consentement de l'acheteur n'avait pas été vicié par une conviction erronée et excusable que l'œuvre avait été exécutée par Daniel Spoerri lui-même ». Bernard Edelman, dans sa critique de la décision de la cour de cassation, considéra, que sous la question de l'erreur sur les qualités substantielles de l'œuvre, deux conceptions de l'art s'affrontaient. Dans la première hypothèse, en « reprenant le paradigme de l'art contemporain inauguré par Duchamp, [on] considère que l'œuvre n'est reliée à l'auteur que par une simple déclaration, prît-elle la forme d'une signature ou de toute autre forme de désignation ». Dans la seconde hypothèse, au contraire, l'œuvre serait reliée à son auteur du fait de son exécution, la cour n'ayant pas retenu le critère de la signature mais le critère de l'exécution de la main même de l'artiste.

Dès lors, le critère de la signature ne serait plus valable pour qualifier les œuvres d'art contemporain et le droit civil s'en remettrait au critère retenu par le droit fiscal, c'est-à-dire le critère de l'exécution de la main même de l'artiste.

PARTIE I.

LA REMISE EN CAUSE DE L'EXIGENCE DE FORME

Selon les Professeurs Lucas, « l'œuvre ne peut donner prise au droit d'auteur qu'à partir du moment où elle quitte le monde de la spéculation pour entrer dans le monde sensible de la forme »⁶⁰. La forme est donc une condition de la protection des œuvres de l'esprit (§1). Toutefois cette exigence d'une forme sensible est remise en cause par les réalisations d'art conceptuel (§2).

CHAPITRE I. LA FORME, UNE CONDITION DE PROTECTION DE L'ŒUVRE D'ART

Le concept de forme n'apparaît dans la loi que de manière détournée⁶¹. L'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle indique seulement que l'œuvre est protégée « quelle que soit sa forme d'expression ». La forme est donc indifférente mais elle doit exister⁶².

Desbois a déduit, par une lecture *a contrario* de cette disposition, une volonté implicite du législateur de ne protéger que les œuvres concrétisées dans une forme⁶³.

L'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle renvoie également implicitement à l'exigence de forme puisqu'il subordonne la naissance du droit au seul fait de sa création : « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ».

⁶⁰ A. & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^e éd, 2001., p.33.

⁶¹ Outre les articles L.112-1 et L.111-1 du code de la propriété intellectuelle qui n'abordent le principe général de l'exclusion des idées du droit d'auteur que de manière implicite, l'article L.122-6-1 du même code relatif aux logiciels exclu explicitement les idées de la protection. Cet article est toutefois dénué de toute portée générale.

⁶² Certains auteurs sont cependant restés attachés à la lettre même du texte, à l'instar d'Ivan Chepillod qui a considéré que la disposition de l'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle « entend simplement affirmer que le support matériel de l'œuvre ou le procédé employé pour sa réalisation est sans incidence sur la protection ».

⁶³ « Indirectement, l'article 2 de la loi nouvelle soustrait aux droits d'auteur les idées, comme telles, en disposant que le domaine de la propriété littéraire et artistique englobe toutes les œuvres de l'esprit, « quelle que soit la forme d'expression ». Peu importe la forme que l'expression a revêtue ; du moins est-ce la forme d'expression, à l'exclusion de l'idée exprimée, qui donne prise à l'appropriation », H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, p.22.

SECTION I. LE PRINCIPE DE L'EXCLUSION DES IDEES

Le droit d'auteur ne protège que les créations de forme et non les idées⁶⁴. Ces dernières appartiennent à un fonds commun, au domaine public⁶⁵. Elles ne sont pas des œuvres en elles-mêmes, puisque seules leurs réalisations concrètes les font accéder au statut d'œuvres.

Bien qu'à l'origine le législateur français n'ait pas expressément exclu les idées de la protection du droit d'auteur, la doctrine, dans la lignée de Desbois, a déduit de l'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle, une volonté implicite de ne protéger que les œuvres concrétisées dans une forme.

Mais à partir de quel stade de réalisation, l'œuvre peut-elle exister et, de ce fait recevoir protection ? Cette question, qui peut s'apparenter à celle de l'enfant simplement conçu ou déjà né, est fondamentale mais difficile à appréhender. Si les idées ne sont pas en soi protégeables et doivent, pour ce faire, être matérialisées dans une forme concrète, la distinction entre l'idée et la forme peut parfois apparaître ténue.

§1. Les fondements du principe de l'exclusion des idées

Au XVIIIème siècle, Fichte distinguait dans un livre, l'élément corporel et l'élément spirituel, qu'il divisait à son tour entre le contenu d'idées exposé par l'auteur et la forme donnée à ses pensées. Pour Fichte, chacun peut s'approprier les idées ou les découvrir par lui-même, par un travail de lecture et de compréhension que rend possible l'achat du livre, meuble corporel. En revanche, nul ne peut s'approprier la forme dans laquelle l'auteur a exprimé ses idées, forme qui lui est propre et personnelle. Cet auteur distinguait donc la forme de l'idée et précisait que les idées ne pouvaient être appropriées. Cette conception avait d'ores et déjà été énoncée par certains auteurs littéraires tels La Bruyère⁶⁶ ou Pascal⁶⁷.

⁶⁴ Par la dénomination d' « idées », on entend regrouper aussi bien les inspirations, les pensées, les opinions, les réflexions, les intentions ou les projets. Pour Bernard Edelman, l'idée « exprime la faculté que l'homme a de connaître, de parler et d'imaginer ».

⁶⁵ Le « domaine public » recouvre en droit d'auteur des situations très diverses. Y sont inclus, les œuvres non protégées par le droit d'auteur car elles manquent d'originalité, les œuvres protégées par le droit d'auteur mais dont les droits patrimoniaux sont venus à expiration et qui peuvent être reproduites ou représentées librement sous réserve du droit moral de l'auteur, les œuvres qui, de par leur nature, appartiennent au domaine public.

⁶⁶ Dans *Les caractères*, La Bruyère constate que « Tout est dit et l'on vient trop tard depuis plus de sept mille ans qu'il n'y a des hommes et qui pensent... ».

⁶⁷ Pascal, dans *Les Pensées*, énonce « qu'on ne dise pas que je n'ai rien dit de nouveau ; la disposition des matières est nouvelle ; quand on joue à la paume, c'est la même balle dont on joue l'un et l'autre, mais l'un la place mieux ».

Aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, la théorie dite de la matérialisation⁶⁸, a conduit à nier que l'idée soit un objet de droit et a donc retenu le principe de l'exclusion des idées de la protection accordée par le droit d'auteur. Ainsi, Pouillet, en 1908, affirmait que « la pensée elle-même échappe à toute appropriation ; elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre »⁶⁹. Desbois développera par la suite ce principe d'exclusion de l'idée en énonçant la célèbre maxime, aujourd'hui reprise par la grande majorité des auteurs, « les idées qu'émettent les historiens, les philosophes, les juristes, sont de libres parcours ; ils les offrent à la méditation et à la critique de leurs pairs »⁷⁰.

Par ailleurs, le principe d'exclusion des idées du droit d'auteur, qui n'a pas été formulé à l'origine par le législateur français, a été repris dans divers textes communautaires et internationaux. Les articles 9§2 de l'accord ADPIC (TRIPs) et l'article 2 du traité de Genève du 20 décembre 1996 (OMPI) énoncent expressément que la protection ne s'étend pas aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques.

Plusieurs raisons ont conduit à exclure les idées de la protection accordée par le droit d'auteur et à exiger une mise en forme de l'œuvre.

I. Le libre parcours des idées

Il est communément admis aujourd'hui que les idées sont de libre parcours et qu'elles ne peuvent donc être protégées en tant que telles. Ce principe a été dégagé, comme nous l'avons vu précédemment, par Desbois qui énonçait que « qu'elle qu'en soit l'ingéniosité et même si elles sont marquées au coin du génie, la propagation et l'exploitation des idées exprimées par autrui ne peut être contrariée par les servitudes inhérentes aux droits d'auteur : elles sont par essence et par destination de libre parcours [...] Peu importe la forme que l'expression a revêtue ; du moins est-ce la forme d'expression, à l'exclusion de l'idée exprimée, qui donne prise à l'appropriation »⁷¹.

⁶⁸ Cf. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 3^e éd., 2004, p. 54.

⁶⁹ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, ILGJ, 1908, p. 45.

⁷⁰ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, p.22.

⁷¹ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, p.22.

Le fait que les idées sont considérées comme de libre parcours est désormais un principe fondamental du droit de la propriété intellectuelle⁷². Cette position doctrinale a reçu dès 1908 le soutien de la jurisprudence. En effet, le tribunal civil de la Seine considéra qu'un auteur « ne saurait revendiquer un droit exclusif de propriété sur une idée prise en elle-même, celle-ci appartenant, en réalité, au fonds commun de la pensée humaine ». Après quelques divergences des juges du fond⁷³, cette position fut pleinement consacrée par un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 29 novembre 1960, qui énonça qu' « une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas susceptible en elle-même d'une appropriation privative »⁷⁴. En l'espèce, la cour refusa d'accorder la protection prévue par le droit d'auteur à une idée de solfège où les notes de la gamme seraient représentées par des petits enfants, mais elle prononça tout de même une condamnation sur le fondement de la responsabilité civile, après avoir relevé la faute de celui qui s'était approprié l'idée d'autrui.

En considérant que les idées sont de libre parcours, la liberté de création et l'intérêt collectif sont préservés. Permettre l'appropriation d'une idée conduirait à interdire toute utilisation ultérieure de cette idée et empêcher tout développement.

L'exclusion des idées du champ de la protection du droit d'auteur conduit à reconnaître l'existence d'un domaine public des idées permettant le renouvellement perpétuel de la création. L'idée est au stade originel de la création et ne doit donc pas être protégée pour ne pas assécher les productions ultérieures. Pour Philippe Gaudrat, « la création part toujours d'une idée, ce qui veut dire que l'idée est en deçà de l'acte qui fait naître le droit d'auteur »⁷⁵.

Les idées ne sont ainsi pas appropriables et constituent un fonds commun, ouvert à tous et participant du domaine public⁷⁶. Ne peuvent, par exemple, pas bénéficier de la protection prévue par le droit d'auteur, les idées littéraires⁷⁷, artistiques⁷⁸, décoratives⁷⁹, publicitaires⁸⁰,

⁷² A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^e éd, 2001, p.33.

⁷³ Aix-en-Provence, 13 juill. 1958, JCP 1958, II, 10412 ; D. 1958, 555, obs. Desbois.

⁷⁴ Com, 29 nov. 1960, Bull. civ. III, n°389 ; Gaz. Al. 1961, 2, 152; Ann. Propr. Ind. 1961, 309, note Blaustein ; RTD com. 1961, 607, obs. Desbois.

⁷⁵ Ph. Gaudrat, « *Objet du droit d'auteur, œuvres protégées. Notion d'œuvre* », Juris-classeur Propriété littéraire et artistique, fasc. 1134, n°16. Dans son article, Philippe Gaudrat distingue différents types d'idées : l'idée-inspiration, fruit d'une projection inconsciente, et l'idée-abstraction.

⁷⁶ Il est à noter que l'exclusion des idées est un principe commun au droit des brevets (Com. 31 mars 1854 et Paris, 2 avr. 1981) et au droit des dessins et modèles (Paris, 18 mai 2001).

⁷⁷ Idée d'un livre : TGI Paris, 19 avril 1989, RIDA, octobre 1989, p.360.

⁷⁸ Idée d'un monument : Cass. Civ. I, 19 novembre 1975, D., 1976, p.156.

⁷⁹ Colmar, 11 février 1987, D., 1988, som. Com. 393, obs. Colombet, ou encore Bordeaux, 12 mars 2001: Juris-Data n°143836 (Ne peut être protégée, l'idée d'associer des rubans aux branches d'un arbre).

⁸⁰ Cass. Civ. I, 17 octobre 2000, « Eminence », Bull. civ.I, n°248, p.156.

les découvertes⁸¹, les faits historiques⁸², ou encore les styles, les genres⁸³, les thèmes⁸⁴ ou les manières. Une solution contraire aurait, par exemple, empêché le détournement d'objets usuels après Duchamp, ou empêché tout collage plastique ou littéraire⁸⁵.

Ainsi, un auteur ne peut pas prétendre accaparer un style ou un genre artistique⁸⁶ mais il peut obtenir un droit exclusif sur l'œuvre particulière dans laquelle il a mis en application ce style ou ce genre, d'une façon originale. C'est ainsi que la cour d'appel de Paris a considéré le 13 mars 1986 que Christo avait un droit d'auteur sur l'emballage qu'il avait fait du Pont-Neuf⁸⁷ durant l'automne 1985. En l'espèce, cet emballage a incité de nombreuses entreprises à réaliser et à diffuser des films et des photographies reproduisant le Pont-Neuf emballé. Christo demanda l'interdiction de telles reproductions et l'obtint aux motifs qu'il y avait eu non seulement formulation d'une idée, mais aussi création d'une œuvre, même si cette dernière s'était avérée être éphémère⁸⁸. En revanche, le tribunal de grande instance de Paris a refusé, dans un jugement du 26 mai 1987, d'accorder à l'artiste un monopole sur le genre artistique que constitue l'emballage artistique de monuments en général⁸⁹. En l'espèce, des entreprises reprirent l'idée de Christo et réalisèrent des photomontages représentant des lieux dont certains éléments étaient emballés à la manière de Christo. Ce dernier souhaita obtenir à nouveau un dédommagement, mais le Tribunal de Grande Instance considéra que « la loi du 11 mars 1957 ne protège que des objets déterminés, individualisés et identifiables, et non un

⁸¹ Ainsi l'archéologue n'a pas de droit d'auteur sur ses découvertes. *CA Nîmes, 1^{er} ch., sect. A, 30 oct. 2001, SARL Ardèche Images production c/ Chauvet et al. : Com. Comm. Elect., nov. 2002, p.23, n°138, obs.Christophe Caron* (en l'espèce, les découvreurs des peintures préhistoriques de la grotte de Chauvet demandaient à bénéficier des dispositions relatives aux œuvres posthumes).

Parallèlement, les découvertes ne peuvent donner prises à un droit de propriété industrielle : *CA. Paris, 1^{er} ch. Sect. B, 28 juin 2001, Dubois Baudry c/ Pardo et al. : Comm. Elect., nov. 2002, p.23, n°138, obs.Christophe Caron* (en l'espèce, une personne ayant révélé l'existence d'une œuvre de Nicolas Poussin demanda la qualité d'inventeur, au sens du droit des brevets).

⁸² Cass. Crim., 16 juin 1955, « Caruso », D., 1955, p.554 ; TGI Paris, 7 mars 1990, « Toscani au Brésil », D., 1991, som. Com. 87, obs. C. Colombet (Le tribunal a considéré qu' « un fait historique appartenant au domaine public et par la-même insusceptible d'appropriation, ne peut être invoqué par l'auteur d'un synopsis comme un élément protégeable » et qu'ainsi une partie de la vie de Toscanini pouvait être reprise par un scénariste, même si elle avait fait l'objet d'un premier synopsis par un autre auteur).

⁸³ TGI Paris, 3 juin 1998 ; Gaz. Pal. 1998, 2, somm. p.689 (Le genre cubiste ne peut pas être l'objet d'un monopole).

⁸⁴ Civ. 1^{re}, 25 mai 1992 ; D. 1993, Jur. 184 (Le thème d'un film ne peut bénéficier de la protection du droit d'auteur).

⁸⁵ Com., 29 nov. Desclée de Brouwer c/ Zurfluh et s.

⁸⁶ Paris, 17 décembre 2003, « Dominique Web c. Dani Lary », D., 2004, p.1588, obs. P. Fleury. Egalement, Cass., 18 octobre 1977, R.I.D.A., avril 1978, 114 ; R.T.D. com, 1978, p.566, note Desbois, (un peintre ne pourra prétendre être plagié lorsqu'on imite « ses procédés, genre et style »).

⁸⁷ Paris, 13 mars 1986, D., 1987, som. Com., 150, obs. C. Colombet.

⁸⁸ « L'idée de mettre en relief la pureté des lignes du Pont-Neuf et de ses lampadaires au moyen d'une toile soyeuse en polyamide, couleur pierre de l'Île-de-France, ornée de cordages en propylène mettant en évidence [...] le relief lié à la pureté des lignes constitue bien une œuvre originale » (CA Paris, 13 mars 1986).

⁸⁹ TGI Paris, 26 mai 1987, « Christo », D., 1988, som. Com., 201, obs. C. Colombet.

genre ou une famille de formes [...] ou une idée comme celle d'emballer des objets qui n'ont pas besoin de tels soins ».

Par conséquent, l'idée d'emballer un monument historique n'a pas été considérée comme une œuvre en soi. Par contre, il a été jugé que la réalisation de cette idée était une œuvre de l'esprit. C'est ainsi que Christo a pu toucher des droits sur la vente des photos et cartes postales du Pont Neuf emballé, mais qu'il n'a pu interdire que d'autres emballent, par exemple, les arbres d'un jardin public. L'idée pouvait donc être reprise par quiconque⁹⁰.

Pour de nombreux auteurs, seule la forme peut être protégée car elle seule porte l'empreinte de la personnalité de son auteur (et est donc originale). Pouillet énonçait à ce titre que « ce fond commun d'idées qui appartient de toute éternité à tout le monde, trésor inépuisable et qui s'accroît à mesure que l'on y puise [...] Qu'importe que l'auteur puise au fonds commun, puisque le fonds commun n'en demeure pas moins à la libre disposition de tous et n'en est pas appauvri, puisque la loi ne protège que ce qui porte [...] le cachet d'individualité de l'auteur ».

En outre, Bernard Edelman rappelle que « l'idée pure et simple ne possède aucune valeur créatrice, dans la mesure où elle n'est que la répétition du fonds commun imaginaire d'une société »⁹¹.

En définitive, pour qu'une idée puisse être protégée, il faut qu'elle revête une forme concrète dans laquelle la personnalité de son auteur pourra s'exprimer. Ce principe avait déjà été évoqué par L. Poinsard au début du XX^{ème} siècle. Il énonçait en effet que « c'est la forme seule qui est protégée parce que seule elle peut revêtir un caractère personnel, et prendre une disposition matérielle, fruit du travail, susceptible d'appropriation »⁹².

⁹⁰ Voir également la décoration florale d'un monument effectuée par Kenzo : Paris, 29 avr. 1998, RIDA, oct. 1998.

⁹¹ B. Edelman, *Création et Banalité*, Dalloz, n°12, 1983, p.14.

⁹² L. Poinsard, *La propriété artistique et littéraire*, 1910, p.165.

II. Une forme perceptible aux sens

Ainsi il ne suffit pas que quelque chose soit produit par l'esprit humain. Il faut encore que cela ait pris forme⁹³. La création doit avoir dépassé le stade de l'idée, du concept, du thème et avoir reçu une certaine concrétisation, fut-ce au stade de la simple ébauche⁹⁴.

Le droit d'auteur protège uniquement les œuvres concrétisées dans une forme perceptible aux sens⁹⁵. Seule la forme de l'œuvre est protégée et protégeable par le droit d'auteur à l'exclusion du fond, c'est-à-dire de l'idée. L'idée n'est qu'un préliminaire de la création : il ne peut y avoir d'œuvre sans concrétisation de l'idée dans une forme. Pour qu'il y ait réservation, il est nécessaire que l'idée ait été extériorisée. C'est ce que le professeur Gautier qualifie de « théorie de la matérialisation ».

Déjà pour Augustin-Charles Renouard, « l'émission de la pensée ne saurait avoir lieu que par sa réalisation, sous une forme matérielle quelconque, la parole, la peinture, l'écriture. Si l'auteur veut faire connaître sa pensée, il faut absolument qu'il la livre [...] En résumé, la pensée est, par essence, inappropriable »⁹⁶. Pouillet, également, écrivait que « ce qui appartient à l'auteur, ce qu'il peut revendiquer, c'est la forme de sa pensée, c'est l'ouvrage qu'il a écrit, qu'il a peint, qu'il a sculpté, pour la manifester. C'est cette œuvre sensible et corporelle, parfaitement définie, qui est sa propriété exclusive »⁹⁷. L'exigence d'une forme sensible a été reprise par nombre d'auteurs⁹⁸ mais n'a réellement été consacrée que par un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 29 novembre 1960 à propos d'une méthode de solfège⁹⁹.

⁹³ Pour une réflexion sur le concept de forme cf. Ph. Gaudrat, *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, in *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p.195 et s.

⁹⁴ Par exemple, à propos de la reprise d'une idée publicitaire : Cass. Civ. 1^{re}, 17 nov. 2000 : JCP G 2000, IV, n°2786, « la protection de l'idée comme œuvre de l'esprit suppose la création de l'œuvre par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'œuvre ».

⁹⁵ Par exemple, pour un arrêt de principe : Cass, 1^{re} civ., 29 nov. 2005, Com. Comm. Electr., février 2006, p.27, note C. Caron (la propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils se sont exprimés).

⁹⁶ A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, J. Renouard et Cie, 1838, p.454.

⁹⁷ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, ILGJ, 1908, p. 36.

⁹⁸ Par exemple Sylviane Durrande énonce que « Le droit d'auteur s'attache à un élément tangible : la forme d'expression choisie par l'auteur, la façon dont il a organisé, présenté et mis en œuvre ses idées, mais pas aux idées elles-mêmes » (Durrande Sylviane, *Propriété littéraire et artistique*, Encyclopédie Dalloz pénal, volume V, 1996 ,p.3). Egalement, le Doyen Cornu énonce qu' « il faut pour que l'œuvre existe, que, sous une forme ou une autre, la conception s'extériorise, qu'elle prenne corps hors l'esprit de son auteur, qu'elle existe en dehors de lui » (Cornu, *droit civil*, t.1, Domat, 8^{ème} édition, 1997, n°1688).

⁹⁹ Cass. Com. 29 nov. 1960, RIDA n°XXXI, avr. 1961, p. 78.

Ainsi une création purement idéale, fut-elle géniale, mais au stade du simple concept, n'est pas protégée. Il faut une mise en forme. Par conséquent, l'idée d'emballer les arbres des Champs-Élysées, sans réalisation concrète, n'a-t-elle pas été protégée¹⁰⁰, mais l'emballage du Pont-Neuf par Christo l'a été parce que cette idée avait été effectivement réalisée¹⁰¹. Il faut donc une « création matérialisée »¹⁰².

La forme est destinée à être communiquée au public. Elle doit donc être sensible, perceptible à l'esprit¹⁰³. Cette exigence d'une mise en forme est générale¹⁰⁴.

Toutefois, l'exigence d'une forme où se matérialise la personne de l'auteur est parfois qualifiée de critère de fixation de l'œuvre sur un support matériel¹⁰⁵. Cette conception dégagée notamment par Y. Gendreau peut paraître contestable. En effet, au vu de l'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle, l'exigence de concrétisation n'implique pas celle de fixation car l'auteur jouit d'un monopole « du seul fait de sa création ». De plus, l'article L.112-2 accorde une protection à des œuvres exclusivement orales¹⁰⁶.

Par contre, dans les pays de copyright, la fixation est un critère déterminant. Ainsi, l'article 2.2 de la convention de Berne a réservé aux Etats membres la faculté de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques « ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel ». En droit français, il n'existe pas de référence à un critère de fixation sauf pour les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque et les pantomimes « dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement »¹⁰⁷. Toutefois, l'exigence de fixation de ces œuvres n'est qu'une règle de preuve et non une règle de validité¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Corr. Paris, 26 mai 1987, D., 1988, som., p.201, obs. Colombet.

¹⁰¹ Paris, 13 mars 1986, D., 1987, som. Com., 150, obs. C. Colombet

¹⁰² A. Bertrand, p.162, n°5.111.

¹⁰³ La protection des programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur permet toutefois de mettre en doute cette finalité (A. & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 1994, pp.74-75, n°61-62).

¹⁰⁴ Comme le relève le doyen Cornu, dans la diffusion des données publiques, une distinction s'affirme entre les données brutes, sans mise en forme originale, qui ne sont en principe la propriété de personne (res nullius) et les données élaborées qui, en raison de la valeur ajoutée par l'administration, sont susceptibles d'appropriation intellectuelle. Exemple donné par la circulaire du 15 février. 1994 (Gaz. Pal. 1994. I. 11-12 mars) cité par G. Cornu, *Droit civil*, Domat, 8éd. 1997, p.578.

¹⁰⁵ Y. Gendreau, *Le critère de fixation en droit d'auteur*, R.I.D.A., 1994, n°159, p. 111.

¹⁰⁶ Cet article vise notamment les plaidoiries, les conférences, les allocutions et les sermons.

¹⁰⁷ Cf. article L.112-2-4 CPI.

¹⁰⁸ CA Paris, 4^e ch. A, 17 déc. 2003, M. Dominique Webb c/ Monsieur Bittoun et SARL Magic TV ; Com. Comm. Electr., mai 2004, p.27 : la règle de fixation posée par l'article L.112-2-4 du Code de la propriété intellectuelle doit être regardée comme une règle de preuve, sauf à contredire le principe posé par l'article L.111-1 du même code selon lequel le droit d'auteur naît du seul fait de la création. En l'espèce, un magicien estimait, dans le cadre d'une action en contrefaçon, que la forme de son tour de magie était prouvée par sa fixation sur des vidéogrammes.

Par ailleurs, si l'œuvre doit être concrétisée dans une forme tangible, perceptible aux sens, l'intangibilité de l'œuvre n'est pas une condition de la protection. De surcroît, l'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle pose des conditions négatives, c'est-à-dire que cet article énumère des éléments qui ne doivent pas rentrer en ligne de compte pour déterminer si une œuvre est protégeable par le droit d'auteur. Ainsi la protection est accordée indépendamment du genre, de la forme d'expression, du mérite et de la destination de l'œuvre.

A ces critères, certains auteurs en ajoutent un autre d'origine jurisprudentielle, l'indifférence de l'exécution personnelle. Selon ce critère, l'œuvre peut être conçue par un premier artiste et réalisée par un second, c'est-à-dire qu'une personne a eu l'idée et une autre l'a concrétisée dans une forme. Le premier n'en est pas moins auteur et le second coauteur. Ce critère a pu être dégagé notamment au regard d'une décision de la cour de cassation en date du 13 novembre 1973¹⁰⁹ qui a implicitement reconnu la qualité d'auteur à Renoir pour une sculpture quand bien même celui-ci n'avait aucunement participé à la réalisation matérielle de l'œuvre.

En l'espèce, Richard Guino réalisa des sculptures conçues par son maître, Auguste Renoir, qui ne pouvait plus les exécuter lui-même à cause de ses rhumatismes. La cour de cassation considéra les deux artistes comme des coauteurs puisque l'idée de Renoir avait bien été réalisée et que Guino était aussi auteur de l'œuvre car il y avait imprimé sa propre personnalité, même s'il avait suivi les instructions de Renoir. La cour de cassation a ainsi jugé que Guino avait conservé sa liberté de création, puisqu'il lui arrivait de travailler seul pendant des heures, parfois loin de Renoir, et qu'il était constant « que certaines attitudes, certaines expressions avaient été acceptées et non dictées par Renoir »¹¹⁰.

Pour Nadia Walravens, la cour ne s'est pas cantonnée à l'exigence exclusive d'une forme, distincte de l'idée. Elle a semblé prôner une conception large de l'œuvre, qui comprend l'idée de l'œuvre et la forme de celle-ci¹¹¹.

Toutefois que dire devant les artistes contemporains qui délèguent la réalisation de leurs œuvres à des ouvriers ? Est-ce que ces ouvriers sont également auteurs de l'œuvre ? En fait, il faut trancher au cas par cas et analyser si celui qui a réalisé, du point de vue matériel, l'œuvre

¹⁰⁹ Cass, 1^{re} civ., 13 nov. 1973, D. 1974, jurispr. p. 533, note Colombet.

¹¹⁰ Bernard Edelman constate que la cour de cassation ne s'est pas prononcée sur les raisons qui font de Renoir un auteur de l'œuvre, mais seulement sur les raisons pour lesquelles Guino pouvait être considéré comme un auteur. Pour cet auteur, Guino devait être considéré comme un créateur car il était libre (B. Edelman, « la main et l'esprit », D. 1980 ; ch. 43).

¹¹¹ N. Walravens, *op. cit.*

avait une certaine marge de manœuvre et peut ainsi être considéré comme coauteur. Et inversement, il faut analyser s'il existe un réel lien entre celui qui a fourni l'idée et celui qui a réalisé l'œuvre¹¹². Ainsi le Tribunal de Grande Instance de Paris a pu considérer, contrairement à l'affaire Renoir, qu'il n'y avait pas collaboration quand il n'existait pas de liens entre deux artistes¹¹³. En l'espèce, Vasarely avait demandé à un peintre d'agrandir un de ses tableaux et s'était borné à indiquer qu'il devait être traité en noir, blanc et gris, nuancé de un à dix. Par la suite, il revendiqua la co-titularité, mais selon le tribunal le second peintre n'avait pas suivi aveuglément la programmation de Vasarely en donnant à l'œuvre « une nouvelle dimension et une nouvelle tonalité ». De plus, Vasarely n'avait eu aucune part personnelle dans la réalisation de l'œuvre et n'avait « effectué aucun contrôle de l'exécution et aucune retouche de l'œuvre achevée ».

Par contre, depuis l'affaire Renoir, le Tribunal de Grande Instance de Paris a retenu une conception plus laxiste de l'indifférence de l'exécution personnelle¹¹⁴. En effet, si dans l'affaire Renoir, la cour exigeait la réalisation personnelle pour attribuer la qualité d'auteur, dans un jugement du 4 juillet 2001, le juge s'est contenté de la « conception intellectuelle » d'une création matériellement exécutée par autrui pour accorder le bénéfice de cette qualité d'auteur¹¹⁵.

§2. Une distinction difficile entre l'idée et la forme

Comme nous venons de le voir, la forme est souvent mentionnée au titre de condition d'exigence du droit d'auteur, même si pour Le Tourneau, « la forme n'est que l'apparence de l'œuvre, qui est substantielle. Privilégier ce qui est à la surface des choses (tel ou tel tour de phrase, tel ou tel enchaînement des paragraphes) par rapport à la matière même qui est exposée traduit une vision réductrice de l'homme ». Pour lui, les idées expriment davantage la personnalité de leur auteur, en étant unies au plus intime de lui-même, que la façon dont il les exprime. Cet auteur souhaiterait ainsi qu'une plus grande protection soit accordée aux idées, quand bien même elles ne seraient pas matérialisées dans une forme concrète. Dès lors l'exigence de forme ne serait plus qu'une exigence de preuve.

¹¹² Cf. *infra* : II/ « une série de théories sans œuvres ».

¹¹³ TGI Paris, 21 janv. 1983, 1^{re} espèce, D. 1984, IR, p. 286, obs. Colombet.

¹¹⁴ TGI Paris, 4 juill. 2001, caumont et al. c/ Sté Galerie Beaubourg et A. Raffray, , comm. com. élect., oct. 2001, p. 15.

¹¹⁵ C. Caron, *Vrais et faux auteurs*, comm. com. élect., oct. 2001, p. 15.

Néanmoins, si l'on entend par forme toute manifestation perceptible aux sens et par idée une représentation imaginaire non extériorisée, il va de soi que la protection est dépendante de la présence d'une forme¹¹⁶. Mais la question est de savoir si l'idée qui est contenue dans une œuvre concrète est protégeable ou non et à partir de quel moment peut-on considérer qu'il y a une forme susceptible de protection.

I. La forme, une notion difficile à cerner

Selon le Professeur Gautier, « La forme est à l'œuvre ce que le corps est à la personne ». Toutefois la notion même de forme, concept fondamental, n'est que très rarement définie. Philippe Gaudrat a dressé une typologie des différentes formes. Ainsi, il distingue la forme interne, par essence subjective, sans laquelle il ne peut y avoir de création, de la forme externe, perceptible, qui permet l'expression¹¹⁷.

Concernant ce que recouvre la notion de forme, il est traditionnellement considéré par la doctrine, à la suite d'Henri Desbois, qu'elle englobe « l'expression » et « la composition » que Desbois distinguait.

Ainsi, si l'idée est exclue de la protection par le droit d'auteur¹¹⁸, la composition est protégeable, ainsi que l'expression. Dans le processus de création, la mise en forme commencerait dans la composition même de l'œuvre, indépendamment du stade ultérieur de l'expression. Mais toute la difficulté est de distinguer l'idée et la composition. Pour Messieurs Lucas, la théorie de Desbois présente, en outre, « l'inconvénient, telle qu'elle est formulée, de n'être pas commodément transposable dans le domaine musical ou celui des arts graphiques et plastiques »¹¹⁹. Nadia Walravens considère également que, si le processus de création proposé par Desbois pouvait aisément être transposé aux œuvres d'art figuratives, la composition et l'expression semblent indiscernables dans la peinture abstraite et monochrome¹²⁰.

¹¹⁶ Par exemple, selon le dictionnaire alphabétique et analytique de la langue française de Paul Robert, paru en 1959, la forme est la « manière dont une pensée, une idée s'exprime ».

¹¹⁷ P. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, p.195 et s.

¹¹⁸ Desbois énonçait que « les idées, comme telles, n'ont pas accès à l'atelier du peintre ou du sculpteur : même s'il propose d'exprimer une pensée, un sentiment, il doit, tout d'abord, procéder à une mutation, sous la forme d'une illustration [...] L'image, dans l'ordre des Arts, exclut l'idée », *Le droit d'auteur en France*, p.11.

¹¹⁹ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^e éd., 2001, p. 226.

¹²⁰ N. Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, op. cit., p. 55.

L'absence de détermination claire entre l'idée et la forme a conduit dans certains cas, les tribunaux à accepter de protéger de simples concepts, pourvus qu'ils soient suffisamment originaux¹²¹. L'absence d'harmonisation des décisions judiciaires a dès lors conduit une partie de la doctrine à suggérer, à l'instar de la doctrine allemande de la *Schöpfungshöhe* (niveau créatif), que la protection du droit d'auteur ne devait bénéficier qu'à des œuvres qui remplissaient un certain degré de création artistique ou de mérite. Une partie de la doctrine allemande défend en effet l'idée que le droit d'auteur ne protège que les créations d'une certaine « intensité » pour écarter ce qu'elle appelle la « petite monnaie du droit d'auteur »¹²². De même, en Belgique, Van Hecke et Gotzen énoncent que le droit d'auteur doit protéger les œuvres qui manifestent une « originalité suffisante »¹²³. Mireille Buydens considère pour sa part que seules les prestations qui dépassent un certain seuil de créativité sont protégées par le droit d'auteur. Les autres prestations doivent être considérées comme des « quasi-créations » et relevant d'une législation séparée.

En France, P.-Y. Gautier suggère, pour sa part, que le droit d'auteur ne protège que les œuvres qui comportent « un minimum d'effet esthétique, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des Beaux-arts ». Il considère que c'est parce qu'une idée est banale qu'on ne la protège pas¹²⁴. Pour permettre une distinction entre l'idée non protégeable et la forme protégeable, B. Edelman a tenté d'établir des distinctions entre les idées banales et celles qui peuvent bénéficier de la protection¹²⁵.

D'autres auteurs ont soutenu que des genres dits « mineurs » ne devraient pas bénéficier de la même protection que les autres œuvres artistiques. Il en serait ainsi pour les arts appliqués, la photographie ou le cinéma. Il est notable que ce sont les arts du XX^e siècle qui sont expressément visés.

Mais le juge n'est pas un critique d'art, son rôle n'est pas d'apprécier les mérites d'une œuvre. Aux termes de l'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle, « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ». Tout critère qualitatif est

¹²¹ Par exemple, TGI Paris, 16 mai 1973, RIDA octobre 1973, p.166.

¹²² Cf. M. Buydens, p. 43 et s. ; 91 et s. ; A. Strowel, n°328 et s.

¹²³ Van Hecke et Gotzen, *Overzicht van rechtspraak, 1970-1975*, T.P.R., 1977, p.689 et 694.

¹²⁴ Ainsi une moulure de plafond, correspondant à un modèle courant n'a pu être protégée : Paris, 17 nov. 1900, DP, 1901. 2. 336.

¹²⁵ B. Edelman, « Création et banalité », D. 1983, Chron. P. 73.

donc a priori exclu car cela constituerait une forme de censure¹²⁶ de la faculté créatrice de l'artiste.

Ainsi, il est exclu de recourir au mérite ou des valeurs éminemment subjectives pour déterminer si une œuvre mérite ou non protection. La notion de forme n'étant pas clairement définie, le problème de l'étendue de la protection se pose.

II. La forme, une notion délimitant l'étendue de la protection

La frontière entre une idée non protégeable et une mise en forme suffisante pour donner prise à une protection est ténue, mais il importe de tracer une frontière entre le monopole et le domaine public afin de délimiter l'étendue de la protection. Le fond et la forme ne doivent pas être confondus car seule une forme est normalement susceptible de protection. Toutefois, Philippe Le Tourneau récuse cette distinction entre la forme et le fond, car selon lui, elle conduit à un jugement de valeur sur l'œuvre pour savoir quelle forme mérite d'être protégée. Cela serait directement contraire à l'article L. 112-1 du code de la propriété intellectuelle¹²⁷. Il apparaît donc que c'est surtout la mise en œuvre du critère qui fait réellement problème. Comment différencie-t-on alors la forme du fond ?

Une fois l'idée mise en forme, elle devient, selon nombre d'auteurs classiques¹²⁸, inséparable de sa forme. Pour certains, l'idée n'existerait même pas, en dehors de son expression¹²⁹. Mais Philippe Le Tourneau estime quant à lui que le *distinguo* idée/forme est inadéquat et artificiel. Pour lui, les idées ont autant d'importance que la forme et méritent reconnaissance. Il

¹²⁶ Par exemple, une œuvre sera protégée qu'elle soit de bon ou de mauvais goût : Crim, 6 mai 1986 : protection de films pornographiques.

¹²⁷ Ph. Le Tourneau, « Folles idées sur les idées », CCE févr. 2001, p. 9.

¹²⁸ « La forme et le fond sont aussi indivisibles que la chair et le sang » (Hugo, *P.-S. de ma vie, Le goût*) ; « Tantôt une idée commande la forme qui lui convient ; tantôt la forme, la consonance seule, détermine tout » (Delacroix, *écrits*, II, p.80.) ; « La forme est la chair même de la pensée, comme la pensée est l'âme de la vie » (Flaubert, *Corresp.*, t.II, p.187).

¹²⁹ « Créer une œuvre ne saurait consister, ainsi que le croit souvent le profane, à revêtir d'une apparence visible une idée qui serait déjà toute élaborée dans le cerveau de l'artiste. La forme n'est pas une sorte de traduction ou de vêtement plastique d'une pensée ; elle ne lui est pas conférée après coup. Focillon a eu le grand mérite de le souligner : l'artiste, en quelque sorte, pense et sent directement avec les formes, comme d'autres avec les mots. » (René Huyghes, *Dialogues avec le visible*, p. 428).

« L'esprit ne peut se passer d'idées, et les idées ne peuvent se passer de talent ; c'est lui qui leur donne l'éclat et la vie : or les idées ne demandent qu'à être bien exprimées, et s'il est permis de le dire, elles mendient l'expression » (Rivarol, *Littérature*, p. 106).

souligne en outre que certaines idées ont une valeur commerciale en elle-même¹³⁰. Cette distinction entre la forme et l'idée a même été récusée par Y. Cherpillod¹³¹ qui la trouve trop artificielle.

La distinction semble d'autant plus difficile que le tribunal de Grande Instance de Tarascon n'a pas hésité à affirmer que l'œuvre « se retrouve tant dans le concept de ready-made que dans l'objet lui-même »¹³². Cette affirmation sous-entendrait que, une fois que le concept de ready-made a été matérialisé dans une forme concrète, ce concept pourrait être protégé contre toute autre utilisation. Néanmoins, il semble que ce ne soit pas l'intention du juge et que cette lecture outrepassé nettement sa volonté.

Par ailleurs, la difficulté à distinguer le fond de la forme est particulièrement perceptible en cas de pluralités d'auteurs¹³³. Au regard de l'affaire Renoir¹³⁴, seul celui qui contribue, d'une manière ou d'une autre, à l'extériorisation d'une idée peut recevoir la qualité de coauteur, mais la cour n'indique pas à partir de quel moment il y a eu extériorisation de l'idée. Dès lors, certains auteurs, ont envisagé un nouveau critère de protection, le critère de la précision. Il y aurait protection de l'idée que lorsque celle-ci serait extériorisée de façon suffisamment précise. Selon Pierre-Yves Gautier, « il s'agit en fait de la détermination des contours de ce qui n'est pas un vague thème, un sujet encore flou »¹³⁵.

Pour Bernard Edelman « nous ne savons donc pas très bien en quoi consiste une « forme » en droit d'auteur [...] De proche en proche, on s'aperçoit que le débat est dévié, et sera dévié, tant que nous resterons prisonniers du dualisme idée/ forme, tant que nous chercherons l'idée, exprimée dans une forme, ce qui nous poussera à nous demander, à l'infini, à quel moment et comment et jusqu'où l'idée a-t-elle pris forme au point de devenir une œuvre »¹³⁶.

¹³⁰ P. Le Tourneau, *Le parasitisme*, Litec, 1998, n°144.

¹³¹ Y. Cherpillod, *l'objet du droit d'auteur*, étude critique de la distinction fond/ forme.

¹³² TGI Tarascon, 20 nov. 1998, Dalloz, 2000, jurisp. p. 128-129 ; chron. B. Edelman, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncely », p. 98-102.

¹³³ R. Lindon, L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation, JCP 1970, I, 2295

¹³⁴ Renoir ayant perdu l'usage de ses mains et ayant fait réaliser ses œuvres par son élève Guino, ce dernier s'est vu reconnaître la qualité de coauteur car il avait réalisé les sculptures sur les descriptions de son maître mais avec son propre pouvoir créateur (Civ, 1^{re}, 13 nov. 1973, D. 1974, 533, note Colombet, Gaz pal, 1974, I, 93, JCP 1975, II, 18029, note Manigne).

¹³⁵ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°31.

¹³⁶ Bernard Edelman, note sous CAA Nancy, 2 mai 1996.

Ainsi, la distinction entre la forme et l'idée reste encore aujourd'hui imprécise, d'autant plus que certains artistes d'art conceptuel affirment que « les idées peuvent être des œuvres d'art »¹³⁷.

SECTION II. LES CONSEQUENCES DE L'EXCLUSION DES IDEES

Si les idées ne sont pas protégées par le droit d'auteur ni par un autre droit de propriété intellectuelle, cela ne signifie pas qu'elles puissent être reprises impunément dans tous les cas. La reprise des idées d'autrui peut en effet être sanctionnée, dans certains cas sur le fondement de la responsabilité civile, et plus particulièrement de la concurrence déloyale et du parasitisme.

§1. L'absence de protection par le droit d'auteur

Le droit de la propriété littéraire et artistique sanctionne sa violation par l'action en contrefaçon. Toutefois les idées ne peuvent bénéficier de cette action puisqu'il n'y a violation d'aucun droit privatif. Certains auteurs s'insurgent contre cette exclusion car certaines idées ont une valeur économique.

I. La contrefaçon

Tout acte commis en violation des droits de l'auteur constitue une contrefaçon¹³⁸, mais pour qu'un artiste puisse invoquer une atteinte à l'un de ses droits d'auteur et obtenir réparation de son préjudice encore faut-il que sa revendication porte sur une œuvre de forme originale.

L'auteur d'une création de forme originale est investi de prérogatives morales¹³⁹ (droit de divulgation, droit au respect et à la paternité, droit de retrait et de repentir) et de prérogatives

¹³⁷ Sol LeWitt.

¹³⁸ La contrefaçon est à la fois une infraction, un acte et une action en justice.

¹³⁹ Consécration de la protection pénale du droit moral: Cass. crim., 13 dec.1995, bull. crim., n°378.

patrimoniales (droit d'exploitation et droit de suite) qui lui permettent d'agir devant les tribunaux répressifs contre quiconque porterait atteinte à ses droits¹⁴⁰.

L'atteinte au droit d'auteur, quelle que soit la forme matérielle qu'elle présente, est qualifiée de contrefaçon. La contrefaçon est la sanction pénale d'un droit civil¹⁴¹, mais elle est également un délit civil. La contrefaçon est une infraction qui englobe la quasi-totalité des atteintes aux droits des auteurs. Elle trouve son fondement dans le livre Ier du Code de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement dans son article L.111-1 qui investissant l'auteur de droits privatifs, lui permet d'autoriser ou d'interdire la reproduction de son œuvre et de poursuivre ceux qui la pratiqueraient sans son accord.

La définition du délit, les pénalités encourues et les conditions de la poursuite figurent aux articles L.335-1 à L. 335-10 du Code de la Propriété Intellectuelle¹⁴².

L'élément matériel de la contrefaçon est constitué, aux vues des articles L. 335-2, L.335-3 et L. 335-4 du Code de la propriété Intellectuelle par toute édition, production, exportation, importation, reproduction¹⁴³, représentation¹⁴⁴, diffusion¹⁴⁵, fixation, communication ou mise à la disposition du public d'une œuvre, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs. La Chambre criminelle de la cour de cassation a par ailleurs insisté sur le fait que la contrefaçon doit être entendue de façon large, par toute atteinte portée aux droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis par la loi¹⁴⁶. En définitive, la contrefaçon sanctionne toute reproduction ou imitation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Pour que l'élément

¹⁴⁰ Néanmoins, une exception existe. En effet, la méconnaissance du droit de suite n'entraîne pas de sanctions pénales. L'article L.334-1 du Code de la Propriété Intellectuelle prévoit en effet seulement la condamnation solidaire de l'acquéreur et des officiers ministériels à des sanctions civiles consistant en l'allocation de dommages-intérêts.

¹⁴¹ Cela n'est pas surprenant, en effet, selon la tradition léguée par Portalis, « les lois pénales sont moins une espèce particulière de lois, que la sanction de toutes les autres » (R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. I, 7^{ème} éd., Cujas, 1988, n°146).

¹⁴² Il s'agit de l'élément dit légal de la contrefaçon.

¹⁴³ Selon l'article L.122-3 CPI, "la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte". Deux types de reproduction peuvent être distinguées, la reproduction à l'identique dite aussi servile, et la reproduction par imitation qui reproduit les éléments essentiels d'une œuvre protégée tout en s'en détachant par certains aspects.

¹⁴⁴ Selon l'article L.122-3 CPI, "la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte". Deux types de reproduction peuvent être distinguées, la reproduction à l'identique dite aussi servile, et la reproduction par imitation qui reproduit les éléments essentiels d'une œuvre protégée tout en s'en détachant par certains aspects.

¹⁴⁵ La « diffusion » peut être comprise comme toute exploitation de l'œuvre. Ainsi la responsabilité d'un éditeur et d'un distributeur a pu être retenue en dépit du fait qu'ils arguaient s'être contenté de distribuer de bonne foi un ouvrage. La cour considéra que la contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la production, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés : Civ. 1^{re}, 29 mai 2001 ; PI, oct. 2001, p. 71, obs. Sirinelli ; D. 2001. AJ. 1952 ; JCP E 2003. 278, n°9, obs. Ratovo ; Comm. Com. Elec. 2002, comm.. n°81, note Caron.

¹⁴⁶ Crim. 6 juin 1991, *Bull. Crim.* n°240 ; JCP 1991. IV. 357 ; D. 1993. Somm. 86, obs. Colombet.

matériel de la contrefaçon soit rempli, il suffit d'un seul exemplaire reproduit¹⁴⁷. Par ailleurs, pour apprécier l'existence de la contrefaçon, la cour de cassation a considéré que le juge devait se fonder sur les ressemblances et non sur les différences¹⁴⁸.

Enfin, concernant l'élément moral de la contrefaçon, la Cour de Cassation a établi une présomption de mauvaise foi du prévenu contrefacteur¹⁴⁹. Toutefois, même si une telle présomption existe, le délit de contrefaçon reste soumis à l'exigence d'une intention coupable de la part de son auteur, comme le rappelle un arrêt de la chambre criminelle du 1^{er} février 1912¹⁵⁰. La preuve de la bonne foi peut toujours être rapportée mais elle sera plus difficilement admise pour les professionnels¹⁵¹.

Les notions juridiques de contrefaçon ou de plagiat ont été mises à mal par les artistes. En effet, les dadaïstes pratiquaient des collages et Vik Muniz recréait avec des aliments ou des métaux précieux des œuvres qui n'étaient pas libres de droit. Le samplage en musique en est un autre exemple. La contrefaçon a cependant survécu car elle est très protectrice des artistes. Toutefois, elle ne peut être exercée que si, à l'origine, il y avait une œuvre. L'idée n'étant pas considérée comme une œuvre, elle ne peut être protégée par une action en contrefaçon. Ne serait ce qu'en cas d'emprunt limité à l'idée de l'œuvre, l'on peut alors seulement invoquer le plagiat qui n'est pas répréhensible en droit d'auteur.

¹⁴⁷ CA Lyon, ch. corr., 7 nov. 1958, RIDA n° XXIV, juill. 1959, p. 146.

¹⁴⁸ Crim. 16 juin 1955, D. 1955. 554 ; Civ. 1^{re}, 13 avr. 1988, RIDA, oct. 1988, p. 297 ; Com. 18 oct. 1994, RDPI 1996, n°64, p.59.

¹⁴⁹ Cass. crim., 15 juin 1844, Bull. crim., n°217 (Si le délit de contrefaçon suppose l'existence d'une intention coupable, la bonne foi de l'inculpé ne se presume pas).

¹⁵⁰ Crim. 1^{er} févr. 1912 : Gaz. Pal. 1912. 1. 437 qui précise que les délits prévus par les articles L. 335-2 et L. 335-3 sont des infractions intentionnelles. Voir également : Crim. 20 avr. 1934, Gaz. Pal. 1934. 1. 971 ; Crim. 12 févr. 1969 : D. 1969. 296 ; Crim. 1^{er} juin 1994, RIDA, janv. 1995, p. 163, obs. Kéréver.

¹⁵¹ TGI Paris, 10 févr. 1971, RIDA, avr. 1971, p. 24 : « il y a lieu de se montrer plus sévère à l'égard des professionnels qui ne peuvent se méprendre, par exemple, sur la provenance d'un thème mélodique parfaitement reconnaissable pour tout auditeur averti ».

Dans le cas d'un professionnel averti, l'idée retenue par la jurisprudence est que certaines circonstances exceptionnelles auraient nécessairement dû inquiéter le contrefacteur dont l'absence de toute interrogation témoigne en réalité d'une acceptation tacite, si ce n'est de la contrefaçon, du moins d'un risque éventuel de porter atteinte au droit d'auteur ou aux droits voisins, ce qui suffit à le faire tomber sous le coup de la loi pénale.

Il peut également s'agir d'un cocontractant avisé, qui connaît parfaitement les limites de ses droits et les a donc nécessairement outrepassées en connaissance de cause. Une hypothèse fréquente en jurisprudence est celle du gérant de discothèque qui rompt le contrat général de représentation passé avec la SACEM mais continue à exploiter son répertoire. Il ne peut alors prétendre qu'il ignorait la nécessité d'une autorisation qui était en l'espèce subordonnée au paiement des redevances.

II. L'inapplicabilité de l'action en contrefaçon aux simples idées

Pour certains, l'exclusion des idées de la protection du droit d'auteur conduit à une insécurité juridique préjudiciable aux artistes, car elle constitue une invitation au pillage et au parasitisme. Ainsi, de nombreuses entreprises qui désirent protéger leurs investissements critiquent cette exclusion des idées de la protection du droit d'auteur car de nombreuses idées présentent, pour elles, une valeur économique.

L'absence de protection des idées par le droit d'auteur conduit à des situations parfois injustes. Ainsi lorsqu'un tiers emprunte l'idée d'une œuvre d'art à un artiste, celui-ci ne peut invoquer le grief de la contrefaçon. L'artiste se trouve alors totalement démuné dans la reconnaissance de ses droits, qu'ils soient d'ordre moral ou patrimonial. C'est notamment le cas s'agissant de l'appropriation d'idées artistiques à des fins commerciales par des publicitaires. Alors que la publicité repose principalement sur des idées, la matérialisation ayant un rôle moindre, les concepteurs publicitaires ne peuvent avoir recours à la contrefaçon pour se défendre en cas de pillage de leur création. Dans certains cas, on pourra cependant admettre que le créateur lésé agisse sur les fondements des droits de la personnalité, qui ont d'ailleurs été considérés durant quelques années comme un palliatif à l'absence de droit moral des artistes-interprètes. Cependant la protection accordée par les droits d'auteur ne doit pas être confondue avec celle des droits de la personnalité, car elles recouvrent des situations différentes.

Certains auteurs tels que Raymond Lindon¹⁵² se positionnent en faveur d'une protection des idées. Sans nier le fait qu'il y ait un fonds commun de toutes les idées dans lequel on puisse se servir sans craindre une contrefaçon, certaines idées méritent, pour lui, d'être protégées. Cet auteur vise le cas de l'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation. Outre Raymond Lindon, Philippe Le Tourneau propose également, comme nous l'avons vu précédemment, une protection des idées¹⁵³. En 1992, une proposition de loi fut même élaborée par Jacques Godfrain prévoyant l'accès à la protection des idées de toutes sortes¹⁵⁴.

¹⁵²R. Lindon, L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation, JCP (G), I, doctrine, 2295, 1970.

¹⁵³ Ph. Le Tourneau, « Folles idées sur les idées », Comm. Com. Elec., févr. 2001, chr. n°4, p.8.

¹⁵⁴ Proposition de loi sur « les créations réservées », enregistrée à l'Assemblée nationale le 30 juin 1992.

Cf. Chronique de C. Le Stanc, « la propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées », Dalloz, n°1, 1993, p.4-8.

Cf. également X. Desjeux, « La reprise de la prestation d'autrui : l'idée commerciale et l'investissement économique (Esquisse d'un projet de loi) », Gaz. Pal., 17 déc. 1992, p. 973-975.

Mais il semble que ces auteurs souhaitent essentiellement adopter le système anglo-saxon axé sur la seule valorisation commerciale de l'œuvre.

Par ailleurs, face à l'absence de protection des idées par le droit d'auteur, Yves Klein, inventeur du monochrome, fit appel pour protéger sa création, non pas au droit d'auteur, mais au dépôt de brevet. Ainsi, cet artiste a déposé en 1960 un brevet¹⁵⁵ pour protéger son invention IKB (International Klein Blue). Pour l'expert H. Weitemeier, ce dépôt n'était pas seulement destiné à garantir l'originalité de l'artiste dans l'immatériel mais montrait comment l'artiste « prévoyait qu'il n'y avait pas d'autre moyen pour lui de protéger "l'authenticité de l'idée pure" contre les contrefaçons futures »¹⁵⁶.

Les artistes ne sont donc pas complètement démunis face à la reprise de leurs idées. La reprise de leurs idées, si elle ne peut être sanctionnée par l'action en contrefaçon, peut l'être sur le fondement de la responsabilité civile. Il convient cependant de distinguer l'action en contrefaçon de l'action en concurrence déloyale¹⁵⁷.

§2. La protection accordée par le droit de la responsabilité civile

On ne peut détenir un droit exclusif¹⁵⁸ sur une idée. L'action en concurrence déloyale fondée sur l'article 1382 du code civil ne peut donc permettre de reconstituer un droit privatif sur une idée non protégée ou sur une création tombée dans le domaine public.

Toutefois, un courant jurisprudentiel a émergé en retenant la théorie dite de la concurrence parasitaire pour pallier l'absence de protection du droit d'auteur¹⁵⁹. Cette théorie visait à l'origine à sanctionner l'utilisation par un commerçant de la réputation d'un tiers pour

¹⁵⁵ Formule déposée le 19 mai 1960 à l'INPI sous le numéro 63471.

¹⁵⁶ H. Weitemeier, *Yves Klein*, Taschen, 1995, p. 19.

¹⁵⁷ Par exemple, Com. 14 nov. 1995 : PIBD 1996, III, p. 75 ; RIPIA 1996. 243 : « les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale ayant des fondements différents, il n'est pas possible de déduire l'absence de concurrence déloyale de l'absence de contrefaçon ; aussi viole l'article 1382 du code civil la cour d'appel qui, pour rejeter la demande fondée sur la concurrence déloyale alléguée se fondant sur la diffusion de modèles argués de contrefaçon dans un même quartier et à des prix inférieurs, la demande n'a plus de fondement dès lors que la contrefaçon n'est pas établie ».

¹⁵⁸ L'expression « droit exclusif » est celle employée par la loi de 1793 et par la convention de Berne.

¹⁵⁹ Par exemple, la chambre commerciale de la cour de cassation a énoncé, dans une décision du 18 janvier 1982 que l'action en concurrence déloyale qui trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du code civil a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif. En l'espèce, la cour cassa l'arrêt qui avait refusé d'accueillir l'action en concurrence déloyale d'un éditeur contre un concurrent ayant réalisé l'impression d'un ouvrage par des procédés de copie servile à des prix de revient inférieurs, au motif que l'œuvre reproduite n'était pas protégée par le droit d'auteur : Com. 18 janv. 1982 : RIDA, juill. 1982, p. 150.

détourner le fruit des investissements réalisés par celui-ci. Une partie de la jurisprudence en a étendu le champ d'application pour décider que le seul fait de tirer profit du travail intellectuel d'autrui, en dehors de toute volonté d'appropriation d'une réputation, fait naître un droit à réparation¹⁶⁰.

La jurisprudence a donc admis qu'en l'absence d'un droit privatif permettant une action en contrefaçon, une action en concurrence déloyale était possible. Cette solution a été retenue par la cour de cassation dans un arrêt du 29 novembre 1960 qui dispose que « l'action en concurrence déloyale ayant pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif »¹⁶¹. L'action en concurrence déloyale a ainsi pu conduire à protéger des créations soustraites au droit d'auteur car elles ne constituaient pas des œuvres, comme par exemple les idées¹⁶².

Fondée sur la responsabilité civile délictuelle prévue aux articles 1382 et 1383 du code civil, l'action en concurrence déloyale consiste à sanctionner tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes du commerce. Elle appréhende donc la faute commise par un commerçant dans l'exercice de son activité dès lors que celle-ci a été génératrice de préjudice. Selon Roubier, « l'action en concurrence déloyale est bien une action en responsabilité, elle ne tend pas à la reconnaissance d'un droit du demandeur, elle tend seulement à la reconnaissance d'un devoir du défendeur, à savoir le devoir qui pesait sur lui de ne pas employer des moyens déloyaux à l'encontre de ses concurrents. Ici, ce n'est pas le droit qui crée un devoir, ce sera au contraire un devoir qui créera un droit, à savoir le droit d'un concurrent lésé à une sanction des manœuvres déloyales »¹⁶³.

S'agissant d'une action en responsabilité civile, l'action en concurrence déloyale est soumise à certaines conditions. En effet, l'action ne peut être engagée qu'en présence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. La preuve d'une intention frauduleuse n'est cependant pas nécessaire, comme l'a rappelé la cour de cassation dans son arrêt du 29 novembre 1960¹⁶⁴. Un

¹⁶⁰ Cf. Lucas André et Henri-Jacques, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^e éd., 2001.

¹⁶¹ Com, 29 nov. 1960, Bull. civ. III, n°389 ; Gaz. Al. 1961, 2, 152; Ann. Propr. Ind. 1961, 309, note Blaustein ; RTD com. 1961, 607, obs. Desbois. Egalement : Com., 3 oct. 1978, Bull. civ. IV, n°208 ; CA Toulouse, 11 sept. 1997, Gaz. Pal. 1997, 2, somm. p. 402 ; CA Rennes, 28 janv. 1998, JCP E 1998, p. 195.

¹⁶² Par exemple : CA Paris, 8 juill. 1972 : JCP 1973, II, 17509, note Leloup ; RTD com 1974, p. 91, obs. Desbois.

¹⁶³ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952-1954, t.1, n°118, p.532 et s.

¹⁶⁴ Com, 29 nov. 1960, Bull. civ. III, n°389 ; Gaz. Al. 1961, 2, 152; Ann. Propr. Ind. 1961, 309, note Blaustein ; RTD com. 1961, 607, obs. Desbois.

comportement déloyal sera sanctionné qu'il y ait ou non mauvaise foi. Il peut y avoir quatre catégories de fautes constitutives de concurrence déloyale : le dénigrement, la désorganisation de l'entreprise concurrente ou du marché, la confusion ou l'imitation d'un concurrent, et le parasitisme. La confusion, le dénigrement et la désorganisation ont été dégagés par Roubier. A cette trilogie, la doctrine ultérieure a ajouté un quatrième élément, le parasitisme, qui tend à s'imposer comme le moyen général de concurrence déloyale¹⁶⁵. Le parasitisme a ainsi été élaboré par Y. Saint-Gal¹⁶⁶ et défini par lui comme le fait pour un agent économique « de vivre dans le sillage d'un autre en profitant des efforts qu'il a réalisés, de ses activités et de ses produits ou services ». Contrairement aux autres faits caractéristiques de concurrence déloyale, le parasitisme n'exige pas de situation concurrente entre les parties.

Concernant les idées, la faute consiste plus spécialement en une imitation, qualifiable d'agissement parasitaire. L'action en concurrence déloyale est également ouverte à l'auteur d'une œuvre ayant pris corps dans une forme originale et dont seule l'idée génératrice a été reprise pour en créer une nouvelle. Cette nouvelle œuvre n'est pas une contrefaçon de la première dès lors qu'elle ne lui emprunte ni sa composition, ni son expression. Pour autant l'imitation frauduleuse pourra être considérée comme un comportement déloyal préjudiciable, puisqu'il s'agit de profiter indûment du travail d'autrui, et être sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts. L'utilisation de la renommée de l'auteur pourra être constitutive de parasitisme, comme le montre par exemple l'affaire Picasso du 3 juin 1998¹⁶⁷

Pour que l'action en concurrence déloyale aboutisse, il sera indispensable de prouver que le comportement incriminé est « de nature à créer un risque de confusion dans l'esprit du public »¹⁶⁸. La copie d'une création ne donnant prise à aucun droit exclusif constitue un acte de concurrence déloyale dès lors qu'elle provoque, ou même risque de provoquer, une confusion dans l'esprit d'une clientèle entre deux entreprises. Par exemple, concernant la

¹⁶⁵ S. Durrande, *JurisClasseur, Propriété littéraire et artistique, Objet du Droit d'auteur, Droit d'auteur et concurrence déloyale*, fasc. 1116, 11, 1993, p. 4, n°9.

¹⁶⁶ Y. Saint-Gal, « Concurrence déloyale et agissements parasitaires », *RIPIA* 1956, n°25/26, p. 73.

¹⁶⁷ TGI Paris, 3 juin 1998, *Gaz. Pal.*, 1998, p. 689, cité par Nadia Walravens, *op. cit.* p. 405 : En l'espèce, dans un spot publicitaire destiné à promouvoir une marque de peinture, deux tableaux étaient présents. Le premier reproduisait le portrait de Van Gogh et le second ressemblait à une œuvre de Picasso. Les ayants-droits du peintre démontrèrent que les publicitaires avaient utilisé la renommée du peintre pour en tirer un profit commercial. Cette utilisation de la réputation d'autrui constituait un agissement parasitaire.

¹⁶⁸ L'idée doit être utilisée dans des circonstances particulières telles qu'un risque de confusion entre deux utilisateurs qui sont « d'attention moyenne » naisse.

protection d'une méthode de solfège¹⁶⁹, la Cour d'appel de Paris en 1957¹⁷⁰ énonça que « si une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas susceptible en elle-même d'une appropriation privative, son auteur, lorsqu'il en aura fait application dans une œuvre radiophonique ou littéraire, est en droit d'exiger que des concurrents n'en fassent pas application sous une forme générale identique de nature à créer une confusion entre les deux œuvres ». En l'espèce, l'affaire avait été portée sur le seul terrain de la concurrence déloyale et c'est la confusion créée entre les deux méthodes qui fonda la condamnation. Cette approche vaut notamment pour sanctionner la reprise déloyale des idées publicitaires.

Si certains éléments sont pris en compte pour qualifier une reprise de déloyale, la cour de cassation adopte néanmoins une attitude extrêmement protectrice envers les « concepteurs », permettant une large application de l'action en concurrence déloyale. Comme nous l'avons vu précédemment, la cour de cassation n'a pas hésité à juger que l'action en concurrence déloyale « a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut pas se prévaloir d'un droit privatif »¹⁷¹. De plus, dans deux arrêts rendus le 22 octobre 2002, la cour de cassation a déclaré que « l'action en concurrence déloyale peut être intentée même par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif »¹⁷². Parallèlement, la jurisprudence tend à sanctionner de plus en plus le parasitisme. La chambre commerciale de la cour de cassation a même défini récemment le parasitisme économique comme « l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire »¹⁷³. Philippe Le Tourneau observe que l'on assiste à une multiplication des actions en concurrence déloyale qui visent à protéger des idées¹⁷⁴. Ainsi, par exemple, la cour d'appel de Paris a considéré que « la reprise de la couleur dominante des collections d'une société de haute couture par un concurrent, pour ses sacs d'emballage, constitue un comportement parasitaire »¹⁷⁵. Pour Le Tourneau, il est indéniable que c'est une idée qui a ici été protégée. Pour lui, les idées méritent d'être protégées contre les

¹⁶⁹ Une personne prétendait protéger une méthode de solfège, qui consistait à rendre le solfège vivant en personnifiant les notes de musique, contre la reprise de cette idée par un tiers dans une méthode concurrente.

¹⁷⁰ Cf. Com. 29 nov. 1960, Bull. civ. III, n°389 ; Gaz. Al. 1961, 2, 152; Ann. Propr. Ind. 1961, 309, note Blaustein ; RTD com. 1961, 607, obs. Desbois.

¹⁷¹ Com. 13 janv. 1981, Bull. civ. IV, n°63 ou encore, 18 janv. 1982, Bull. civ. IV, n°19 ; JCP 1982, IV, 123.

¹⁷² Com. 22 oct. 2002 ; D. 2002, AJ 3142, obs. Chevrier ; JCP 2003, II, 10038, note Mainguy ; PIBD 2003, 696, III, 213.

¹⁷³ Com. 26 janv. 1999, RDPI 1999, n°100, p.49.

¹⁷⁴ Ph. Le Tourneau, « Folles idées sur les idées », Comm. com. élec., févr. 2001, chr. n°4, p. 8.

¹⁷⁵ CA Paris, 22 mai 1996 : Gaz. Pal. 1997, I, somm. p. 264.

usurpations intervenant dans une activité commerciale, car l'absence de protection conduit, selon lui, à l'inertie et à la rétention.

Toutefois la défense contre l'utilisation d'une idée par autrui n'entraînera pas *ipso facto* une action en concurrence déloyale. Il est nécessaire qu'il y ait un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle mais également toutes les idées ne peuvent être protégées.

Avec la dématérialisation de l'art qui caractérise notamment l'art conceptuel, seule l'idée semble constituer l'œuvre d'art. Les idées ne sont pas protégées par le droit d'auteur, ni par un autre droit de propriété intellectuelle, même si il est possible d'arguer, dans certains cas, la concurrence déloyale ou le parasitisme. Mais, alors que la protection de l'œuvre d'art passe par une exigence de forme, le support matériel dans l'art conceptuel est souvent constitué d'objets de série, de biens de consommation ou toutes autres choses, détournés de leurs fonctions par l'auteur. L'élément objectif de la définition de l'œuvre d'art, qu'est l'exigence de forme, est alors remis en cause.

CHAPITRE II. LA FORME, UNE EXIGENCE REMISE EN CAUSE PAR L'ART CONCEPTUEL

L'art contemporain a repoussé les limites de l'œuvre. Le critère classique de forme est inadéquat pour juger de ces œuvres, qui se veulent en rupture avec les règles classiques. Ces bouleversements amènent de nombreux auteurs à s'interroger sur la possible protection de ces créations. Ainsi, pour Alain Berenboom, « aujourd'hui, la représentation est décomposée jusqu'à ses limites, la toile blanche. A l'inverse d'autres refusent de sublimer l'objet représenté et le restituent dans une fidélité clinique, l'objet devenant une œuvre d'art : un vélo emballé dans une housse de plastique, une automobile rutilante une machine à pointer prennent place dans les musées. [...] Ces expériences limites qui sont des actes créatifs, peuvent elles prétendre être juridiquement protégées ? Lorsqu'un artiste prétend que « pour désacraliser l'art, il faut supprimer l'art lui-même »¹⁷⁶, que reste-il à protéger ? »¹⁷⁷.

En définitive, dans l'art conceptuel, les artistes revendiquent la qualification d'œuvres pour leurs idées (Section I). Par ailleurs, ces œuvres d'art conceptuel instaurent un nouveau type de rapport entre l'œuvre de l'artiste et son public. Dès lors la perception que le public peut avoir d'une œuvre pourrait être considérée comme un élément déterminant de la reconnaissance d'une œuvre (Section II).

SECTION I. DES IDEES REVENDIQUEES COMME OEUVRES

Catherine Millet explique que « l'art conceptuel dans les années 70 a milité d'une manière parfois très radicale pour la disparition de l'objet d'art. Comme son nom l'indique l'art conceptuel entendait remplacer la circulation des œuvres d'art par une circulation des idées. Les artistes conceptuels ont donc révélé qu'après tout, l'œuvre d'art n'avait peut-être pas de valeur en elle-même, contrairement à ce qu'on avait pensé [...].L' œuvre d'art n'était que le

¹⁷⁶ Cf. Roland Barthes, *Le degré zéro de l'écriture*, éd. Le Seuil.

¹⁷⁷ A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., De Boeck & Larcier, Bruxelles, 1997, n°39.

résidu d'un processus très vaste qui en avait permis l'existence. L'objet d'art n'était que le déchet d'une pensée »¹⁷⁸.

Ainsi, l'art conceptuel est essentiellement basé sur des concepts (§1), toutefois d'autres courants artistiques peuvent s'apparenter en de nombreux points et aspects à l'art conceptuel (§2).

§1. Le principe développé par l'art conceptuel

L'art conceptuel (Donald Judd, Sol LeWitt, etc.) milite pour la disparition de la dimension matérielle de l'œuvre au profit de la circulation des idées. En art conceptuel, l'objet représente un concept qui est l'œuvre véritable de l'artiste. Un artiste conceptualiste fabrique des concepts qu'il illustre par des installations ou des objets. En se rendant à une exposition, on ne va pas voir un objet mais un ensemble d'objets qui illustrent un concept.

Selon la définition de J. Kosuth, l'art conceptuel est une « interrogation des fondements mêmes du concept d'« art » ». Il doit être compris comme une remise en cause de la démarche marchande. En désirant détruire dans une œuvre l'objet qui constitue ce qui est échangeable, (I), les artistes conceptuels bousculent les fondements mêmes du droit d'auteur. De nombreux juristes se sont donc interrogés sur l'implication de telles manifestations artistiques sur le plan juridique (II).

I. La « dématérialisation » des œuvres

Les artistes conceptuels ont cherchés à « dématérialiser » l'art en ne produisant plus d'objets échangeables. L'expression « dématérialisation de l'art » vient d'un article de John Chandler et Lucy Lippard daté de 1968 et intitulé « La dématérialisation de l'art ». Dans cet article, ils affirmèrent que l'art émotionnel et intuitif qui dominait le marché depuis 1945 avait cédé la place à un « art ultra-conceptuel presque exclusivement axé sur la spéculation intellectuelle ». Les œuvres étant réalisées en dehors de l'atelier, « l'atelier redevient un lieu d'étude. Pareille tendance semble entraîner une dématérialisation de l'art en profondeur, en particulier de l'art incarné par un objet – tendance, qui, si elle continue de prévaloir, pourrait bien rendre l'objet tout à fait obsolète ». En définitive, les artistes conceptuels ont cherché à s'opposer à ce que Monsieur Gautier qualifie de théorie de la matérialisation en dématérialisant leurs œuvres.

¹⁷⁸ Millet Catherine, *le montant de la rançon. Art conceptuel : l'avant et l'après*, Art press n° 139, sept. 1989, p.36.

Pour Sol Lewitt, la distinction entre la forme et l'idée est artificielle car elle découle directement de la distinction entre le fait de sentir et celui de penser.

Pour « dématérialiser l'art », les artistes ont du s'engager dans des voies nouvelles pour présenter leurs idées.

Certaines réalisations d'art conceptuel ne présentent plus des objets mais des documents qui visent à véhiculer une idée de l'œuvre. Ainsi par exemple Joseph Kosuth réalisa en 1965 *One and Three Chairs*, qui montre un objet réel, une chaise, associée à ses reproductions photographique et lexicographique. L'objet réel, une chaise quelconque, est choisi parmi les objets d'usage courant les plus anonymes. Il est placé contre une cimaise, entre sa photographie et sa définition rapportée d'un dictionnaire anglais. L'ensemble est la triple représentation d'une même chose sans qu'il y ait une répétition formelle. Ce qui est multiplié d'une partie à l'autre de l'œuvre, ce n'est pas la chaise réelle, encore trop particulière malgré sa neutralité, ni la photographie qui ne représente que son image du point de vue du spectateur, ni enfin sa définition qui envisage tous les cas répertoriés de l'emploi du mot "chaise" mais néglige de fait celui de la chaise réelle et de son image. Dans les trois cas, il s'agit d'un degré distinct de la réalité de l'objet. Tous trois désignent, par leur association, une quatrième chaise, idéale et invisible dont le concept se trouve ainsi suggéré, bien plus que défini. Là où défaille l'objet, intervient l'image, et là où celle-ci à son tour défaille, apparaît le langage, lui-même insuffisant mais déjà relayé par l'objet.

Des artistes conceptuels ont réalisé diverses performances en s'affranchissant de la protection des objets. Toutefois, pour eux, la photographie est devenue utile en tant que technique d'enregistrement et de preuve de leurs actions¹⁷⁹. Leurs photographies étaient cependant pour eux un produit sans valeur marchande, dénué de toute valeur ou prétention esthétique. Elles ne constituaient pas quelque chose d'autonome mais seulement la preuve d'une action. Par ces photographies, ils renvoyaient nécessairement à une idée, à un processus développé. L'image pouvait également être produite pour que le spectateur reconstitue une démarche, une expérience, un système.

¹⁷⁹ Concernant les photographies de performances, la cour d'appel de Paris a considéré dans une décision du 3 décembre 2004 que ces photographies constituaient des œuvres de collaboration au motif que le premier artiste a imposé son choix dans la composition et la mise en scène du sujet, tandis que le photographe a imposé son choix dans le cadrage, les contrastes et la lumière (CA Paris, 3 déc. 2004, D., 2005, jurispr., n°18, p. 1237, note E. Treppoz.

En définitive, si la photographie peut désormais être considérée comme une œuvre au sens du droit d'auteur, la performance photographiée reste quant à elle du domaine de l'idée et c'est cette performance que le droit ne peut protéger.

Quelques artistes ont cherché une dématérialisation totale de l'objet d'art. Par exemple Ian Wilson voulait réaliser des œuvres d'art purement verbales, et pour éviter jusqu'à la plus rudimentaire matérialisation, les disait à haute voix à l'intérieur d'une galerie plutôt que de les coucher sur le papier. De même, Robert Barry, lors de son exposition à la galerie Art & Project d'Amsterdam apposa sur la porte d'entrée une note disant : « durant l'exposition, la galerie sera fermée ». Il n'y avait pas d'œuvres visibles, pas de pièces où elles auraient pu l'être. Tout ce que l'artiste présenta était une note indiquant qu'une exposition, bien qu'invisible, avait lieu. C'était l'expérience du spectateur qui était ici recherchée. Cette exposition pourrait s'apparenter à celle d'Yves Klein dénommée *Le vide*¹⁸⁰ où une pièce blanche entièrement vide était présentée. Seulement le processus d'Yves Klein allait plus loin puisque l'acquéreur d'une telle œuvre devait payer en or, or qui était par la suite dispersé dans la Seine où moment où le collectionneur devait brûler son reçu. Ainsi, s'il y avait bien eu un échange de biens matériels, au final il ne restait plus rien, que du vide.¹⁸¹ Par ailleurs, Manzoni réalisa un projet similaire à celui de Robert Barry en décidant de barricader un espace d'exposition avec des planches en laissant l'écriteau : « Ici repose l'esprit de l'artiste ».

Par conséquent, l'art conceptuel, en dématérialisant l'objet de la création, tend à une dilution de la notion d'auteur et, corrélativement, à un amoindrissement de la protection juridique des artistes.

Certains artistes ont rejeté cependant cette obsession de la dématérialisation. Ainsi Mel Brochner fit remarquer dans un article de 1970 qu' « en dehors du mot prononcé, aucune pensée ne peut exister sans un support consistant ».

De plus, si la volonté première des artistes conceptuels était de détruire l'objet en tant qu'œuvre d'art, on peut remarquer, à l'instar d'Alain Strowel, que « malgré ces déclarations, les artistes conceptuels n'en continuent pas moins de respecter les normes de la propriété

¹⁸⁰ Yves Klein, *L'exposition du Vide, La Spécialisation de la sensibilité à l'état de matière première en sensibilité picturale stabilisée*, Galerie Iris Clert, Paris, 1958.

¹⁸¹ C. Millet, « Le montant de la rançon, Art conceptuel : l'avant et l'après », *Art press*, n°139, sept. 1989, p.39.

artistique et de se plier aux règles du marché de l'art »¹⁸². Dès lors, se pose la question d'une protection de ce que nomme Stowel, ces « théories sans œuvres ».

II. « Une série de théories sans œuvres »

Pour A. Stowel¹⁸³, « alors que l'art s'est toujours défini par ses œuvres, qui s'accompagnaient parfois de théories, l'art d'aujourd'hui a produit une série de théories sans œuvres ».

En effet, *l'exposition du Vide* d'Yves Klein ne peut, par exemple, être reconnue au regard des critères du droit d'auteur comme une œuvre protégeable, l'exigence de forme n'étant nullement remplie. En l'espèce, la substance même de l'œuvre étant le vide, sa forme était par essence immatérielle. Yves Klein a voulu amener le spectateur à réfléchir sur la notion de vide et par cet acte, cet artiste conceptuel a désiré montrer qu'il existait différentes façons, pour le spectateur, de réfléchir vis-à-vis d'une réalisation¹⁸⁴.

Toutefois toutes les œuvres conceptuelles ne sont pas toujours totalement dénuées de forme. Le media dont se sert l'artiste conceptuel pour véhiculer son idée peut ainsi être protégé. Ce fut le cas pour le land art de Christo, la réalisation de l'idée ayant pu être protégée mais pas l'idée elle-même.

Cette solution cependant se heurte aux fondements de l'art conceptuel car l'œuvre ne se résume pas à une œuvre éphémère, à la photographie d'une performance ou à une réalisation quelconque mais dans l'appréhension qu'à le spectateur de l'œuvre et dans la présentation dans laquelle se trouve l'œuvre. Ainsi, aucune de ces œuvres ne bénéficie réellement d'une protection par le droit d'auteur car elles ne rentrent pas dans la notion de forme au sens du droit d'auteur. La forme du droit d'auteur s'apparente à un objet. Concernant les œuvres d'art, elle se fonde dans le support de l'œuvre. Ainsi, on peut considérer que les œuvres d'art conceptuel sont des théories sans œuvres car ce ne sont pas, par exemple, les moyens d'enregistrement des actions réalisées qui constituent la véritable œuvre au sens de ces artistes, mais l'idée qui est véhiculée et son appréciation par le spectateur.

Par exemple, Dan Flavin utilisa comme matériau la lumière colorée provenant de l'agencement de tubes fluorescents de dimensions standard. Son œuvre n'était pas constituée

¹⁸² A. Stowel, « le droit d'auteur remis en cause par l'art conceptuel », in « L'œuvre selon le droit d'auteur », 1993, p.86.

¹⁸³ A. Stowel, « le droit d'auteur remis en cause par l'art conceptuel », in « L'œuvre selon le droit d'auteur », 1993, p.85.

¹⁸⁴ Cf. infra sur le critère de perception de l'œuvre par le public.

par ces tubes, qui sont la forme de l'œuvre au sens du droit d'auteur, mais par l'espace lumineux qu'ils déployaient.

Par ailleurs, les artistes conceptualistes souhaitaient, en déniant toute part de création à l'exécutant de l'œuvre, aller plus loin que la position de la cour de cassation lorsqu'elle avait, dans sa décision en date du 13 novembre 1973¹⁸⁵, implicitement reconnu la qualité d'auteur à Renoir pour une sculpture quand bien même celui-ci n'avait aucunement participé à sa réalisation matérielle. En effet, Sol Le Witt considérait que « dans l'art conceptuel l'idée ou concept est l'aspect le plus important. Quand un artiste utilise une forme conceptuelle d'art, cela signifie que tout est prévu et décidé au préalable et que l'exécution est affaire de routine. L'idée devient une machine qui fait l'art »¹⁸⁶. Il dissociait ainsi conception et réalisation de l'œuvre. Tandis que la réalisation de l'œuvre échappe au contrôle de l'artiste, l'idée revient à l'artiste et ce n'est donc pas l'œuvre réalisée qui est déterminante, mais l'idée de l'œuvre. Seule l'idée pourrait être une œuvre d'art et non la forme, puisqu'elle est indifférente.

A côté de l'art conceptuel proprement dit, plusieurs courants se sont greffés, comme le land art, l'Arte Povera, les performances, les happenings, le body art, etc.... L'art conceptuel, lui-même a découlé, selon ses instigateurs, des ready-mades de Marcel Duchamp.

§2. Des créations proches de l'art conceptuel

Les ready-made effectués par Duchamp, s'ils ne peuvent être qualifiés d'art conceptuel au sens propre, ont servi de base aux artistes conceptualistes. Ces objets, faits en série et présentés comme des œuvres d'art, soulèvent également des difficultés au niveau juridique(I). Parallèlement à l'art conceptuel, d'autres courants se sont formés dont l'origine et les théories véhiculées s'apparentent directement à l'art conceptuel (II).

I. Les ready-mades de Duchamp

Les ready-mades de Marcel Duchamp se caractérisent par la banalité de l'objet présenté au public comme une œuvre d'art. Il s'agit en effet d'objets manufacturés, d'objets du quotidien.

¹⁸⁵ Cass, 1^{re} civ., 13 nov. 1973, D. 1974, jurisp. p. 533, note Colombet.

¹⁸⁶ Sol Le Witt, *Sentences on Conceptual art*, G.M.T.A.C., 1989, p. 21.

Selon A. Schwarz, « en général, il convient d'appeler ready-made toute entité banale, résultant d'une fabrication, et qui, par le simple fait qu'elle a été choisie par l'auteur, sans qu'il y apporte aucune modification, est consacrée comme œuvre d'art »¹⁸⁷.

Avec ses ready-mades, Duchamp rompit avec la tradition voulant que l'œuvre d'art résulte d'un certain savoir-faire artisanal. Cet artiste introduisit l'objet manufacturé dans la sphère artistique, que ce soit une roue de bicyclette, un porte-bouteille ou encore un urinoir. Il ne créait plus une œuvre de ses propres mains mais opérait un choix¹⁸⁸. Marcel Duchamp insista d'ailleurs sur ce choix réalisé dans un article paru dans la revue *The Blind Man* : « Certains ont prétendu que c'était du plagiat » ; d'autres ont mis l'accent sur l'absence d'exécution personnelle. Pourtant, « que Mr Mutt ait fabriqué ou non la fontaine de ses propres mains n'a aucune importance. Il l'a CHOISIE. Il a pris un objet de la vie quotidienne, l'a mis en situation de façon à faire oublier son caractère utilitaire par un nouveau titre et un nouveau point de vue - et il a créé une conception nouvelle de cet objet ».

Dans ces ready-mades, c'est l'idée de prendre tel ou tel objet qui fait l'œuvre. L'intention de l'artiste, l'acte mental de conception de l'œuvre importe plus que le résultat formel qui est donné à voir. Cependant, au regard du droit d'auteur, l'idée n'est pas suffisante pour obtenir la qualification d'œuvre de l'esprit. Ainsi, dans l'affaire Pinoncelli, le TGI de Tarascon a relevé l'absence « d'acte matériel créateur » désignant ainsi le défaut d'activité créatrice. Pour le juge, la démarche de l'artiste « consiste à déclarer œuvre d'art de simples objets de la vie courante »¹⁸⁹. En l'espèce, en 1993, l'artiste comportemental Pinoncelli¹⁹⁰ se présenta lors d'une exposition¹⁹¹ devant le ready-made *Fountain*¹⁹² signé par Marcel Duchamp d'un faux nom et exposé à l'horizontale. Pinoncelli urina dedans puis le cassa à coups de marteau. Au

¹⁸⁷ A. Schwarz, *Marcel Duchamp, La mariée mise à nu chez Marcel Duchamp même*, G. Kall, 1974, p. 60 cité par N. Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, op. cit., p. 102.

¹⁸⁸ «Le mot art, d'ailleurs, étymologiquement, veut dire faire, tout simplement faire... Qu'est ce que faire? Faire quelque chose, c'est choisir un tube de bleu, un tube de rouge, en mettre un peu sur sa palette et toujours choisir la qualité du bleu, la qualité du rouge, et toujours choisir la place sur laquelle on va le mettre sur la toile, c'est toujours choisir. Alors pour choisir, on peut se servir de tubes de couleur, on se servir de pinceaux, mais on peut aussi se servir d'une chose toute faite, qui a été faite, ou mécaniquement, par la main d'un autre homme, même, si vous voulez, et se l'approprier, puisque c'est vous qui l'avez choisi. Le choix est la chose principale, dans la peinture, même normale », M. Duchamp, entretiens inédits avec G. Charbonnier, TRTF, 1961, cité par T. de Duve, *Résonnances du ready-made, Duchamp entre avant-garde et tradition*, p. 142-143.

¹⁸⁹ TGI Tarascon, 20 nov. 1998, Dalloz, 2000, p. 128 ; Dalloz, 2000, n°6, chron. B. Edelman, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelli », p. 98.

¹⁹⁰ Cet artiste avait déjà, en 1969, perpétré un « Attentat culturel contre André Malraux », en l'aspergeant au pistolet à peinture lors de l'inauguration du Musée Chagall.

¹⁹¹ Exposition inaugurale du Carré des Arts, « L'Objet dans l'art au XXème siècle ».

¹⁹² Marcel Duchamp se procure un urinoir chez Matt, un drugstore de Manhattan. Sous le pseudonyme de Richard Mutt, il le propose sans succès à une exposition libre de sculpture, après l'avoir intitulé *Fountain* et renversé, de sorte qu'il soit inutilisable dans sa fonction première.

cours du procès, cet artiste invoqua son droit moral de co-auteur pour contester la restauration dont a fait l'objet *Fountain*, qui a effacé toute trace de son geste. Le Tribunal jugea que « l'action de pénétrer dans un musée, armé d'un marteau, d'uriner dans une des œuvres exposées puis d'utiliser le marteau pour la briser s'inscrit dans ce cadre juridique de la responsabilité pour faute ». Dans ce jugement, le tribunal qui ne pouvait raisonnablement pas considérer que le ready-made de Duchamp, appartenant à l'Etat français, n'était pas une œuvre de l'esprit. Toutefois, il le sous-entend en énonçant que « on ne peut pas déduire que les œuvres d'art détenues par l'Etat sont sans valeur et que son patrimoine ne se trouve pas affecté par la disparition ou la détérioration d'une de ses œuvres. Le tribunal n'a pas à substituer ses propres choix artistiques à ceux de l'autorité compétente en matière d'achat d'œuvres ». Le litige portait sur le terrain de la responsabilité civile et non sur celui du droit d'auteur. Le tribunal n'avait donc pas besoin de se prononcer sur la qualification de *Fountain* comme œuvre de l'esprit. Reconnaître qu'il s'agissait d'une œuvre lui donnait cependant une valeur marchande et permettait donc une indemnisation à sa juste valeur.

En définitive, il apparaît qu'aucun des critères traditionnels de qualification ne permet de considérer les ready-made comme œuvres de l'esprit et qu'avec eux, Duchamp bouleversa la définition de l'œuvre en abandonnant le critère de la forme au profit de celui de la présentation.

Le mouvement dada inspira les artistes conceptuels, et encore aujourd'hui les performances s'inscrivent dans la continuité des spectacles loufoques de Tzara et Arp et les installations procèdent du même esprit que les assemblages ou les photomontages. De même certains artistes réalisent encore des ready-mades en s'inspirant de Duchamp¹⁹³. Par exemple, en 1980, Jeff Koons réalisa *new Hoover Convertible*, une œuvre présentant un aspirateur derrière une vitrine.

II. Les courants découlant de l'art conceptuel

Plusieurs courants artistiques sont associés à l'art conceptuel, les plus significatifs sont l'Arte Povera, le land art et le body art.

¹⁹³ Par exemple, Maureen Connor fabriqua à partir de 1988 plusieurs versions du *Porte-Bouteille*. De même, Sherrie Levine donna sa version de la *Fountain* de Duchamp en 1991 en reproduisant l'objet dans un bronze éteincellant.

A. L'Arte Povera

L'Arte Povera signifie littéralement « l'art pauvre », par référence aux matériaux ordinaires qu'il utilise.

Le terme d'Arte Povera fut créé par le critique d'art milanais Germano Celant pour désigner un groupe d'artistes italiens. Selon le conservateur suisse Jean-Christophe Amman, l'Arte Povera signifie « art qui aspire à délivrer un message poétique par opposition au monde technologique, et qui exprime ce message par les moyens les plus simples. Ce retour aux lois et aux procédés les plus simples et les plus naturels, recourant à des matériaux issus du pouvoir de l'imagination, équivaut à une réévaluation de nos comportements dans une société industrialisée »¹⁹⁴.

Par exemple, invité à exposer dans une galerie de Rome en 1969, Jannis Kounellis y fit venir douze chevaux et transforma la galerie en écurie. Cette installation peut être assimilée à une relecture des ready-made de Duchamp. Ainsi, l'œuvre de l'Arte Povera est constituée d'une forme concrète directement perceptible mais également de divers éléments ne pouvant pas être pris en compte par le droit d'auteur et posant donc des problèmes pour sa protection, comme par exemple dans l'œuvre de Kounellis, l'odeur des chevaux ou l'impression dégagée par son installation dans une galerie.

B. Le Land Art

Le Land Art est apparu dans les années soixante aux Etats-Unis. Les artistes se réclamant de ce courant utilisèrent la nature et le paysage comme matériaux.

Les œuvres du Land Art comme la monumentale *Spiral Jetty*¹⁹⁵ de Smithson, en Utah, qui trace une courbe longue de 457 mètres s'avancant sur le Grand Lac salé, avec ses innombrables tonnes de gravats, sont aussi d'une certaine manière conceptuelle. C'est l'idée qui importait avant tout. La tendance de l'époque voulait pourtant que l'on interprêtât le Land Art comme n'étant pas véritablement conceptuel, en raison de la taille des objets créés et aussi parce que l'on assimilait cet art à une philosophie sentimentale ou nostalgique, proche du romantisme, mais non critique¹⁹⁶. Toutefois la différence entre l'art conceptuel et le Land Art

¹⁹⁴ Cité dans : Tony Godfrey, *L'art conceptuel*, Phaidon, 2003, p. 179.

¹⁹⁵ *Spiral Jetty* est une œuvre qui a été réalisée en 1970 par Robert Smithson.

¹⁹⁶ T. Godfrey, *L'art conceptuel*, Phaidon, 2003.

est encore moins visible qu'entre l'art conceptuel et l'Arte Povera. Pour les artistes du Land Art, la nature était le lieu où les idées pouvaient s'incarner, apparaître, être mises à l'épreuve. Ainsi des artistes comme Kounellis, Richard Long et Robert Smithson se sont intéressés non plus aux objets industriels comme Marcel Duchamp, mais aux matériaux naturels.

Ces œuvres, soumises aux aléas climatiques et aux phénomènes naturels, sont éphémères. Toutefois, ce n'est pas parce qu'elles sont éphémères qu'elles ne peuvent pas bénéficier de la protection du droit d'auteur. Le principe de ces œuvres est parfois même l'évolution de la vie et sa disparition. Ainsi, par exemple, Peter Hutchinson monta au sommet du volcan Parícutin au Mexique et déposa 204 kg de pain blanc autour du cratère. La vie à cet endroit ne devait pas exister, mais au milieu des vapeurs sulfureuses du volcan, de la moisissure apparut sur le pain couvert d'un film plastifié, qui passa du blanc au rouge, puis de l'orange et enfin au noir en six jours. Les œuvres évolutives, faites de matériaux périssables par exemple, sont directement liées à ce courant artistique¹⁹⁷.

C. L'happening et le body art

Le terme d'happening fut inventé par l'américain Allan Kaprow en 1959 pour décrire une performance artistique en apparence anarchique, mais en réalité structurée. Ces événements s'inspiraient de l'exemple de *l'action painting* de Jackson Pollock, et étaient influencés par les performances collectives réalisées au Black Mountain College, en Caroline du Nord, par John Cage, Merce Cunningham et Robert Rauschenberg et par les événements réalisés en extérieur par Gutai.

Les happenings étaient un des moyens inventés par les artistes pour donner de l'importance au spectateur, ou plus exactement au participant. A propos de ses installations et de ses happenings, Allan Kaprow écrivait qu'en devenant un participant, le spectateur incarnait en fait l'objet ou la peinture, tandis que les instructions de l'œuvre ou les matériaux équivalaient à la toile de fond. Le spectateur devait devenir un penseur.

En détruisant l'urinoir de Marcel Duchamp, Pinoncelli se réclamait de ce courant. Pour lui, son geste était une action artistique éphémère constituant un hommage à Marcel Duchamp. Néanmoins, il semble qu'on puisse douter de cette thèse et voir dans son acte une véritable

¹⁹⁷ La biennale de Lyon qui s'est achevée le 31 décembre 2005 intitulée "L'expérience de la durée", montrait des œuvres inspirées des courants artistiques des années 60-70 et qui étaient fondées sur la durée, sur l'éphémère et le périssable.

volonté de destruction de l'œuvre de Duchamp puisqu'il réitéra son geste. En effet, le 4 janvier 2006, durant l'exposition Dada se tenant au centre Pompidou, Pinoncelli s'est attaqué de nouveau avec un petit marteau à l'urinoir de Marcel Duchamp, pièce centrale de l'exposition¹⁹⁸.

Les performances ne sont souvent pas des œuvres achevées et une grande place est laissée au hasard. Certaines performances ou happenings sont entièrement fondées sur une improvisation spontanée, tandis que d'autres sont au contraire méticuleusement préparées. En droit d'auteur on admet que le hasard ait pu intervenir dans la création, à condition que son auteur ait eu une conscience même vague du résultat à atteindre.

Le body art, quant à lui, peut être présenté comme une version extrême de la performance. Ainsi au début des années 60, plusieurs artistes ont mis l'accent sur le corps comme lieu principal de l'expression artistique. Au-delà des intentions différentes des artistes, on peut relever que ce courant artistique se rattache à l'ambition de mêler l'art à la vie. Les artistes revendiquent à la fois leur existence comme témoignage de leur humanité et comme œuvre d'art. Le corps, devenu ainsi le lieu d'expression privilégié de leur singularité, est promu au niveau de médium.

Le principal problème que représentent ces œuvres est que le corps est présenté comme une œuvre d'art. Jeff Koons par exemple a fait de lui-même l'objet de son art. « Son corps peint à l'aérographe figure sans doute le ready-made suprême »¹⁹⁹.

Dans un domaine plus extrême on peut également faire référence aux plastinations²⁰⁰ de corps humain, ou aux œuvres présentant des cadavres²⁰¹. Ces réalisations, si elles pouvaient être, du point de vue du droit d'auteur, être qualifiées d'œuvres²⁰², s'opposent directement à la

¹⁹⁸ « L'urinoir de Duchamp vandalisé », 20minutes Paris, vendredi 6 janvier, p.2.

¹⁹⁹ T. Godfrey, *L'art conceptuel*, op. cit., p. 394.

²⁰⁰ Le docteur Gunther von Hagens découvrit la plastination en 1977 et la fit breveter entre 1977 et 1982. Il trouva le moyen de substituer à l'eau des cellules des cadavres des résines époxy en trempant les cadavres encore frais dans un bain d'acétone. Il en résulte un arrêt définitif des processus de putréfaction et une rigidité du corps. Ainsi, les corps plastinés sont des préparations anatomiques, dont les liquides contenus dans les tissus ont été remplacés, à des fins de conservation, par une matière plastique. Le procédé se déroule en trois étapes. Il convient cependant de remarquer qu'il existait déjà auparavant des techniques de conservation des corps, outre les momies, on peut trouver des écorchés, notamment au Musée de l'école de médecine navale de Rochefort.

²⁰¹ Par exemple, le groupe « Cadavre » réunit plusieurs artistes chinois qui utilisent des cadavres humains dans leurs œuvres. Cf. « Transgresser le principe céleste, dialogue avec le groupe cadavre », Fei Dawei, *Art Press, édition spéciale « représenter l'horreur »*, mai 2001, p.60.

²⁰² « Sont ce encore des cadavres ou bien du matériel, ready-made mis à la disposition de l'artiste, comme des cuvettes de w.c., des guidons de bicyclette ou des fourchettes, et pourquoi a-t-on tant tardé à en user ? »: Charles Melman « Enfin une jouissance nouvelle : la nécroscopie », cité dans *Art Press, édition spéciale « représenter l'horreur »*, mai 2001, p.56.

règle posée par les articles 16, 16-2 et 16-5 du code civil selon lesquels on ne peut porter atteinte à un corps humain et que toutes les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles²⁰³. Le Tribunal de Grande Instance de Lille a ainsi pu considérer que « tout élément du corps humain en état de désagrégation, qui provient d'une sépulture, fût-elle abandonnée, est digne de protection »²⁰⁴. Ainsi, on peut s'interroger sur le fait de savoir si certaines plastinations qui sont présentées comme de véritables œuvres d'art²⁰⁵ ne portent pas atteinte au droit au respect du corps humain. On peut admettre que des cadavres présentant un intérêt ethnographique, médical, scientifique, voire même historique soient présentés au public, mais cela est différent quand ces dépouilles sont présentées comme des œuvres d'art. Par exemple, le docteur Gunther von Hagens, même s'il considère parfois que ces réalisations ont un intérêt médical, réalise des expositions où les corps plastinés sont présentés comme des œuvres d'art. Ainsi, un cadavre, écorché de façon à laisser apparaître les muscles et les trajets vasculaires et nerveux fut présenté portant sur son bras sa propre peau. Il s'agit, selon nous, clairement d'une allusion au martyr de Saint Barthélémy et non d'une présentation à visée scientifique. Il existe d'autres exemples d'atteintes au droit des personnes, à l'ordre public et aux bonnes mœurs²⁰⁶.

Selon Nadia Walravens, « l'existence d'un monopole sur l'idée empêcherait quiconque de faire un tableau blanc (*Carré blanc sur fond blanc*, Malévitch) ou un tableau bleu (*Bleu IKB*, Klein), de présenter un objet comme œuvre d'art (*Ready-made*, Duchamp) » ce qui conduirait « à un épuisement irréversible de la création »²⁰⁷.

Les idées artistiques sont ainsi reprises, repensées et reformulées dans des voies jusqu'alors inexplorées, ce qui permet l'évolution de la création. L'instauration d'un monopole sur l'idée est alors inconcevable.

²⁰³ On considère ainsi que le corps humain est indisponible en raison du caractère sacré de la personne humaine et de ses attributs essentiels.

²⁰⁴ TGI Lille, ord., 5 déc. 1996 : D. 1997. 376, note Labbé.

²⁰⁵ Ces cadavres sont présentés comme des œuvres d'art dans des expositions itinérantes battant des records d'affluence. Par exemple, l'exposition, présentée à Mannheim, a fait 780 000 visiteurs, où il fallut laisser les portes ouvertes 24 heures sur 24 pour satisfaire la demande, et à Tokyo, deux millions et demi de personnes ont visités l'exposition.

²⁰⁶ Pour les autres atteintes, cf. N. Heinich, *Le Triple jeu de l'art contemporain*, op. cit., p. 151 et s.

²⁰⁷ N. Walravens, op. cit., p. 376-377.

L'accès à la protection des idées dans le champ de protection du droit d'auteur poserait des problèmes notamment de preuve.

Dès lors, il est apparu nécessaire de trouver un autre critère de qualification. Certains auteurs ont pu avancer la possible référence à la présentation de l'œuvre. En effet, l'art conceptuel modifie l'approche visuelle de l'œuvre et instaure un nouveau rapport avec le spectateur. L'artiste cherche à attirer l'attention du spectateur sur l'idée exprimée, aussi il convient de se demander si la perception de l'œuvre par le public ne pourrait pas être un critère possible de qualification de l'œuvre d'art conceptuel.

SECTION II. LA PERCEPTION, UN CRITERE POSSIBLE DE QUALIFICATION DE L'ŒUVRE D'ART

S'agissant des Ready-mades ou de l'Art conceptuel, la substance de l'œuvre réside davantage dans l'idée que dans la forme. La seule prise en compte des éléments tangibles de l'œuvre est insuffisante pour appréhender ces œuvres. Dès lors, on peut se demander si la perception que le public a de l'œuvre peut être prise en compte par le droit d'auteur. Il apparaît que la perception de l'œuvre présente de nombreux avantages (§1). Toutefois, il présente aussi des inconvénients (§2).

§1. Les avantages du critère de la perception

Une des grandes questions posée dans les années 1960 sous l'influence de l'art conceptuel est celle de l'auteur et de sa place face au public. Ainsi, par exemple, en 1967, paraît dans le magazine *Aspen* un essai de Roland Barthes, *La mort de l'auteur*, dans lequel il souligne plus le rôle du lecteur que celui de l'auteur dans la production de sens d'un texte²⁰⁸.

La position du spectateur devient un thème récurrent. A propos de ses installations et de ses happenings, Allan Kaprow écrit qu'en devenant un participant, le spectateur incarnait en fait l'objet ou la peinture, tandis que les instructions de l'auteur ou les matériaux équivalaient à la toile de fond. Le spectateur devait devenir un penseur et s'engager intellectuellement dans

²⁰⁸ Roland Barthes utilise le terme de « scripteur » pour parler du lecteur confronté au texte qui d'abord l'irrite puis le stimule. Ainsi, en lisant les poèmes de Stéphane Mallarmé, les yeux balaient la page, marquant les pas d'une chorégraphie complexe. Le lecteur doit suivre les mots d'une manière active, comme un interprète. L'acte de lire n'est plus actif mais passif. Pour Barthes, toute la poésie de Mallarmé tend à faire disparaître l'auteur au profit du texte et ainsi à restaurer la place du lecteur.

l'œuvre. « On était loin du rôle qui lui était dévolu face aux peintures formalistes de l'époque, telles celles de Jules Olitski, que Lucy Lippard qualifiait de "soupe visuelle". [...] Avec l'art conceptuel en revanche, le spectateur est maintenu dans un inconfort intellectuel permanent »²⁰⁹.

La perception de l'œuvre par le public est devenue un élément fondamental de l'art conceptuel. Il appartenait au public de s'appropriier les œuvres afin d'en comprendre toute la dimension. L'œuvre, selon Mikel Dufrenne, en appelle à la communication, elle quête le regard du public. De même, D. Riout observe que « les monochromes, et l'on ne voit pas pourquoi ceux de Klein échapperaient à la règle, sont des peintures. Mais arrachées aux problématiques du tableau, les propositions monochromes invitent le spectateur à inventer une attitude nouvelle, indispensable pour que puisse se rencontrer le désir de l'artiste et l'esprit du regardeur »²¹⁰.

Dès lors, ce critère de la perception de l'œuvre par le public conduit à ne plus se placer du côté de l'œuvre ou de l'auteur de l'œuvre mais du côté du public et de la perception que celui-ci a de la réalisation. Les œuvres d'art conceptuel appelle le public à ressentir les œuvres, à se les approprier. Les artistes conceptuels conçoivent davantage l'œuvre d'art comme une expérience. N'empruntant pas une forme traditionnelle, l'œuvre conceptuelle demande une participation active du spectateur²¹¹. Aussi peut-on dire que l'œuvre d'art conceptuel n'existe véritablement que dans la participation mentale du spectateur et qu'ainsi il appartient au spectateur de déterminer ce qu'est une œuvre d'art.

§2. Les inconvénients du critère de la perception

Si l'art conceptuel valorise la prise en compte de la perception par le public de l'œuvre, prendre en compte cette perception revient à remettre en cause les fondements du droit d'auteur. En effet, dans le droit d'auteur, l'auteur bénéficie d'une place prédominante. Le

²⁰⁹ T. Godfrey, *L'art conceptuel*, op. cit., p. 143.

²¹⁰ D. Riout, *La peinture monochrome. Histoire et archéologie d'un genre*, Editions Jacqueline Chambon, 1996, p. 24.

²¹¹ Cette vision de la forme de l'œuvre peut se rapprocher de celle retenue par Philippe Gaudrat concernant la forme interne de l'œuvre. Philippe Gaudrat relève l'interdépendance existant entre les éléments intangibles de l'œuvre qu'il appelle « forme interne » (forme mentale) et les éléments concrets, la « forme externe » (forme matérielle) : « lorsque l'œuvre est protégeable, la protection ne naît qu'à partir qu'à partir du moment où la forme interne est revêtue d'une forme externe ; mais la condition principale de protection (l'originalité) ne s'apprécie que dans la forme interne » (Ph. Gaudrat, *JurisClasseur, Propriété littéraire et Artistique, Objet du droit d'auteur, Œuvres protégées, Notion d'œuvre, Fasc. 1134, 1995, p. 13*).

droit d'auteur est centré sur la personne de l'auteur. Cette prééminence de l'auteur justifie l'existence du droit moral et de règles exorbitantes du droit commun, destinés à assurer la protection du consentement de l'auteur dans les cessions²¹².

Un équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux du public doit être trouvé. C'est pour tenir compte de l'intérêt du public que les idées sont exclues de protection, que la durée du monopole est limitée ou encore qu'il existe des limites au droit de divulgation.

La perception que le public a d'une œuvre ne peut pas être prise en compte indépendamment de la volonté de l'auteur et ne peut donc être un critère indépendant de la qualification d'œuvre d'art.

De plus, chaque personne peut réagir différemment devant une réalisation d'art conceptuel. La perception ne sera pas la même pour chaque spectateur. Dès lors en tenant compte du critère de la perception pour déterminer ce qui est protégeable et englober dans cette protection plus que la forme tangible de l'œuvre, on pourrait être confronté à une multitude de sentiments et de perceptions différentes selon chaque spectateur. Une telle approche paraît donc impossible à mettre en œuvre. Il semble plus raisonnable de se conformer à la volonté même de l'auteur et que celui-ci décrive son œuvre et les réactions auxquelles il entend soumettre le public.

Par ailleurs, tenir compte de la perception que le public a de l'œuvre pourrait s'avérer dangereux. Le public n'est pas forcément très réceptif aux nouvelles manifestations artistiques. Il a par exemple rejeté, au XIX^{ème} siècle, les œuvres des impressionnistes au profit d'œuvres d'artistes plus académiques comme par exemple Puvis de Chavanne. De plus prendre en compte la perception par le public reviendrait en quelque sorte à estimer le mérite de l'œuvre voire à la censurer.

En estimant que le marché de l'art sert de régulateur et permet de déterminer quelles sont les réalisations qui méritent d'être protégées car le public les a perçues comme des œuvres d'art, de nouveaux problèmes seraient à surmonter. En effet, cela reviendrait à juger du mérite de l'œuvre car seules les œuvres d'artistes connus pourraient bénéficier d'une protection. En outre, on considère généralement qu'il faut environ cinquante ans pour déterminer quels sont les artistes qui ont marqués leur époque. Certaines réalisations pourraient dès lors être exclues de toute protection à un moment donné. En reprenant l'exemple des peintres impressionnistes, leurs œuvres n'étaient, au début, pas reconnues par le marché de l'art contrairement aux

²¹² Cf. A. & H.-J. Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, Litec, 2001, p. 34.

œuvres de Puvis de Chavanne²¹³. Or désormais la tendance est inversée. Les toiles de Monet et de Gauguin sont connues à travers le monde, alors que les œuvres de Puvis de Chavanne bénéficient d'un moins grand prestige.

En définitive, le critère de la perception ne peut être pris en compte. Il permet, tout au plus, de savoir si le public considère que la réalisation est une œuvre d'art. Mais il n'est pas possible d'étendre le champ de la protection aux éléments intangibles de l'œuvre, c'est-à-dire aux idées qui sont véhiculées à travers la réalisation. La seule prise en compte de la perception de l'œuvre pourrait conduire à une protection quasi infinie des idées.

Toutefois dans certains cas, il semble que la perception, au même titre que l'intérêt du public, puisse être prise en compte si elle reste encadrée par les limites fixées par le droit d'auteur. Ainsi, comme l'énonçait Renouard à propos de l'équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux du public, « une loi sur cette matière ne saurait être bonne qu'à la double condition de ne sacrifier ni le droit des auteurs à celui du public, ni le droit du public à celui des auteurs »²¹⁴.

Au terme de l'alinéa 1^{er} de l'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle, « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. » En matière de propriété littéraire et artistique, les œuvres sont donc protégées indépendamment de toute formalité légale, contrairement à la propriété industrielle. Même si certains dépôts auprès d'organismes officiels sont imposés²¹⁵, ils ne sont pas nécessaires pour bénéficier du droit d'auteur. Mais pour qu'une œuvre soit protégée par le droit d'auteur, elle doit résulter d'une activité créatrice, avoir une forme et être originale. Nous avons vu dans cette première partie que le critère de forme n'était pas adapté pour protéger les réalisations d'art conceptuel. Qu'en est-il du critère d'originalité ?

²¹³ A cette époque, Puvis de Chavanne fut chargé par l'Etat de la réalisation de grandes fresques comme par exemple celles du Panthéon, ou de la faculté de La Sorbonne.

²¹⁴ Renouard, tome 1, p.437, cité par A. & H.-J. Lucas, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 2000, p.36, note 282.

²¹⁵ Par exemple, les articles L.132-2 et L.132-3 du code du patrimoine soumettent certains documents à un dépôt légal obligatoire auprès de la Bibliothèque Nationale de France, du Centre national de la Cinématographie, de l'Institut national de l'audiovisuel et du ministère de l'Intérieur. A défaut, les éditeurs et les producteurs encourrent une peine d'amende de 1 500 à 75 000 euros.

PARTIE II.

LA REMISE EN CAUSE DE L'EXIGENCE D'ORIGINALITE

Selon Desbois, « Est originale toute création qui n'est pas la simple reproduction d'une œuvre existante et qui exprime le goût, l'intelligence et le savoir-faire de son auteur, en d'autres termes, sa personnalité dans la composition et l'expression »²¹⁶. Les textes régissant le droit d'auteur n'énoncent pas de critère positif de protection, mais la doctrine s'accorde pour penser, conformément à la jurisprudence antérieure, que c'est autour de la notion d'originalité que doit se faire la distinction entre les œuvres qui sont investies de droits d'auteur et les autres. Le critère d'originalité revêt en effet une importance capitale²¹⁷ car comme l'a souligné Xavier Linant de Bellfonds, « le patrimoine littéraire et artistique de l'humanité est si riche que l'idée vraiment originale constitue une rareté ». L'originalité est une condition nécessaire à l'octroi du droit d'auteur et la Cour de cassation censure, lorsqu'elle en a l'occasion, les décisions qui auraient appliqué le régime du droit d'auteur à une œuvre sans se prononcer sur le caractère original. L'originalité est donc une condition de la protection de l'œuvre d'art par le droit d'auteur (Chapitre I). Toutefois avec l'art conceptuel, cette condition est remise en cause (Chapitre II).

CHAPITRE I. L'ORIGINALITE, UNE CONDITION DE LA PROTECTION DE L'ŒUVRE D'ART

La notion d'originalité n'a pas été définie par la loi. Les lois de 1791 et 1793 n'en faisaient pas mention, la loi du 11 mars 1957 ne l'évoquait que pour les titres²¹⁸, la jurisprudence,

²¹⁶ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, p.23.

²¹⁷ Cf. O. Lalignant, *La problématique de la protection du parfum*, p. 628.

Pascale Desjancquères considère pour sa part que l'originalité de l'œuvre « constitue l'élément décisif en matière de droit d'auteur » (P. Desjancquères, *Les droits d'auteurs, guide juridique, social et fiscal*, édition juris-service/AGEC, 1997, p. 39).

²¹⁸ Article L. 112-4, alinéa 1^{er}, du code de la propriété intellectuelle : « Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même ».

même, ne l'a reconnue que tardivement. En définitive, cette notion a été consacrée par la doctrine, mais elle est aujourd'hui « en crise »²¹⁹.

Si l'exigence d'originalité est désormais tenue pour certaine, le problème est de lui donner un sens précis faute d'indication du législateur. A la conception subjective de l'originalité (Section I), s'oppose désormais une autre approche plus objective de cette notion (Section II).

SECTION I. LA CONCEPTION SUBJECTIVE DE L'ORIGINALITE

De manière classique, l'œuvre d'art, appréhendée dans sa dimension incorporelle, est le reflet de la personnalité de son auteur, c'est-à-dire de la personnalité du créateur, titulaire sur sa création d'un droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous.

L'œuvre d'art est « un coin de la création vu au travers d'un tempérament »²²⁰. Il s'agit du « moyen d'une âme »²²¹. Ce critère de l'originalité est le résultat de l'influence de l'esthétique idéaliste. « La jurisprudence, en matière de propriété littéraire et artistique, est amenée, par la force des choses, à se faire critique d'art, et dans une certaine mesure à élaborer une philosophie de l'art »²²².

Néanmoins, cette approche subjective qui prend en compte le reflet de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre (§1) soulève des difficultés (§2).

§1. Le reflet de la personnalité de l'auteur

Traditionnellement, l'originalité se définit par l'empreinte de la personnalité de l'auteur²²³, mais la jurisprudence a pu employer des formulations diverses pour la caractériser, comme l'empreinte personnelle²²⁴, le reflet de la personnalité de l'auteur²²⁵, ou la marque de la

Il y avait également une référence à l'œuvre originale dans l'article 42 de la loi de 1957, aujourd'hui codifiée à l'article L. 122-8 du CPI concernant le droit de suite, mais l'originalité qui est ici visée n'est pas la même que l'originalité servant à déterminer l'existence d'une œuvre d'art.

²¹⁹ A. & H.-J. Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 77.

²²⁰ Emile Zola, *Mes haines*.

²²¹ Maurice Barrès, *Mes cahiers*.

²²² B. Edelman, *De la nature des œuvres d'art d'après la jurisprudence*, D. 1969 ; Chr. X, p. 11.

²²³ CA Paris 1er avril 1957, D. 1957 p 436 ; CA Paris 16 mai 1994, RIDA 4/1994, p 47

²²⁴ CA Paris 21 février 1991, Juris-data n° 020807

²²⁵ CA Paris 12 décembre 1995, RIDA 3/1996 p 372

personnalité de celui-ci²²⁶. Ces formules ont toutes en commun d'insister sur le caractère subjectif de la notion, conforme à la vision personnaliste du droit d'auteur et sur laquelle s'accorde la doctrine dominante. Ainsi pour M. Gautier, l'œuvre originale est l'œuvre qui porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur et qui manifeste, par rapport au fond commun de la culture ou à des œuvres préexistantes créées par d'autres, suffisamment d'indépendance pour être consacrée par un monopole d'exploitation²²⁷.

Desbois, pour définir de façon plus précise cette notion, a mis l'accent sur l'opposition entre la notion subjective d'originalité entendue comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur et la notion objective de nouveauté, utilisée en propriété industrielle. A ce titre, il citait l'exemple de « deux peintres qui, sans s'être concertés et se promettre un mutuel appui, fixent l'un après l'autre, sur leurs toiles, le même site, dans la même perspective et sous le même éclairage ». Le second tableau ne sera pas nouveau, mais il sera original dès lors que les deux peintres « ont déployé une activité créatrice, l'un comme l'autre en traitant, indépendamment l'un de l'autre, le même sujet »²²⁸. Ainsi Claude Monet et Auguste Renoir ont pu peindre la même scène, à la même heure²²⁹, sans que soit dénié le caractère d'œuvre d'art à leurs tableaux, car « l'artiste est tout entier dans son œuvre, et l'œuvre révèle l'artiste²³⁰ ». Colombet a énoncé également qu' « une copie de tableau ou de sculpture par un disciple dans l'atelier du maître sera encore originale, car la personnalité du copiste n'aura pu entièrement disparaître lors de l'exécution »²³¹. Seule l'originalité est requise, « indépendamment de la notion d'antériorité inopérante dans le cadre de l'application de la propriété littéraire et artistique »²³².

L'originalité est ainsi l'empreinte laissée par la personnalité de l'auteur dans l'œuvre créée : « la création est le produit d'un travail intellectuel libre, exprimant la personnalité du créateur, et s'incarnant dans une forme originale »²³³. Ce n'est pas l'œuvre elle-même qui est

²²⁶CA Paris 23 novembre 1982, D. 1983, I.R p 512 ; toutes ces décisions sont des décisions des juges du fond, lesquels sont souverains pour déterminer l'existence de l'originalité : Req. 27 juin 1910, DP 1910.1.296

²²⁷P.Y. Gautier, "les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français", RID. Comp. 1994, p 551

²²⁸Desbois, *Le droit d'auteur en France*, op. cit.

²²⁹*Canoitiers à Argenteuil* pour Claude Monet et *Voiliers à Argenteuil* pour Auguste Renoir.

²³⁰J.-M. Pontiers, *La notion d'œuvre d'art*, revue de droit public, 1990, p.1420.

²³¹Cité par A. & H.-J. Lucas, *La propriété littéraire et artistique*, op. cit. , p. 79.

²³²Cass. 1^{re}, 11 févr. 1997 : JCP G 1997, II, 22973, 1^{re} eso., note Daverat ; D. 1998, p. 290, 2^e esp., note crit. F. Greffe ; somm. p. 189, obs. Colombet ; RTD com 1999, p. 391, obs. Françon.

²³³B. Edelman, *Propriété littéraire et artistique*, P.U.F., 1989, p.15.

examinée, mais à travers elle, l'activité personnelle de son auteur, qui l'a conçue de manière indépendante, sans imiter un modèle antérieur.

Cette conception subjective de la création, qui vise à protéger la personne du créateur a pour conséquence le principe de neutralité esthétique : le code de la propriété intellectuelle dans son article L. 112-1 précise que sont protégées « toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ». Le juge ne peut donc que constater la « trace de l'auteur »²³⁴. Toutefois, il arrive que la jurisprudence, sous couvert d'originalité, recherche le mérite de l'œuvre²³⁵.

En définitive, le monopole est fondé sur le lien entre la personne de l'auteur et l'œuvre qui en est le prolongement. Ainsi pour les professeurs, André Lucas et Pierre Sirinelli, l'originalité découle de « l'arbitraire du créateur ». L'œuvre originale est celle où le créateur a pu déployer « un minimum de fantaisie » et échapper aux « contraintes de la technique »²³⁶. Peu importe la netteté et l'ampleur de l'empreinte que la personnalité de l'auteur a laissée dans l'œuvre. L'originalité ne se pèse pas, il suffit qu'elle existe²³⁷.

Dans les systèmes de copyright, en revanche, l'originalité se définit par l'absence de copie²³⁸. Au Royaume-Uni, une approche beaucoup plus objective qu'en France a été retenue puisqu'il suffit de la démonstration d'un effort proche d'un labeur ou d'un investissement en temps ou en argent (« *sweat of the brow* » ou « *skill and labour* »). Toutefois, la cour suprême des Etats-Unis a refusé la protection d'annuaire pour manque de créativité²³⁹. La cour canadienne quant à elle a adopté une solution de compromis entre les critères anglais et américain²⁴⁰. Ainsi, elle a estimé que l'œuvre originale est celle « qui émane d'un auteur et qui n'est pas une copie d'une autre œuvre », sans pour autant qu'elle soit « créative, c'est-à-dire novatrice ou unique » mais à condition qu'elle soit « le produit de l'exercice du talent et du jugement d'un auteur », étant précisé que cet exercice « ne doit pas être négligeable au point que l'on

²³⁴ A. Strowel, *L'œuvre selon le droit d'auteur*, op. cit., p. 81.

²³⁵ Pierre-Yves Gautier : "ou bien la jurisprudence recherche le mérite, sous couvert d'originalité, ou bien elle ne recherche ni l'un, ni l'autre, se contentant d'utiliser formellement l'adjectif "original", selon une clause de style propre à satisfaire la Cour de Cassation".

²³⁶ A. Lucas et P. Sirinelli, *L'originalité en droit d'auteur*, JCP, 1993, doctr., 3681, p. 255-256.

²³⁷ A. & H.-J. Lucas, *La propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 80.

²³⁸ Adage anglais : « tout ce qui mérite d'être copié, mérite d'être protégé ».

²³⁹ Aff. Feist, 111 S.ct. 1282 (1991) ; RIDA, oct. 1991, p.99, note P.-E. Geller.

²⁴⁰ Aff. de la *Bibliothèque d'Osgoode Hall*, Propr. Intell. 2004, p.230, obs. A. Lucas.

puisse le qualifier d'entreprise purement mécanique »²⁴¹. La cour canadienne a donc retenu le double critère du talent et du jugement.

Concernant les œuvres artistiques « classiques » telles que les peintures et les sculptures, l'originalité ne soulève généralement aucune difficulté. Toutefois, dans de nombreux domaines, et notamment dans celui des pratiques artistiques contemporaines, l'appréciation de l'empreinte de la personnalité de l'auteur s'avère problématique.

§2. Les difficultés soulevées par l'approche subjective de l'originalité

Pour les Professeurs Lucas, « la vision subjective privilégie une vision très classique, on dit parfois “romantique” de la création littéraire et artistique »²⁴². « Mais l'accent mis sur la personnalité de l'auteur ne cadre pas avec certaines manifestations d'art contemporain dans lesquelles le créateur récuse expressément une telle empreinte ni, il faut bien en convenir avec le poids de la logique de marché dans les industries culturelles »²⁴³. La conception subjective de l'originalité semble en effet appropriée pour l'art figuratif. La personnalité de l'auteur peut aisément transparaître dans le sujet représenté et dans l'exécution personnelle de l'artiste.

Mais de nombreuses œuvres contemporaines ne cherchent plus à décrire une situation et n'ont aucune fonction représentative en elles-mêmes. Des artistes actuels ont tendance à faire disparaître de l'œuvre la perception directement visible de leur empreinte personnelle. Ainsi pour Alain Strowel, dans des œuvres telles le Carré noir de Malevitch ou les peintures monochromes d'Yves Klein, « il s'avère ardu de trouver une empreinte personnelle (d'autant que certains artistes, tel que Daniel Buren, adoptent explicitement une stratégie consistant à éliminer toute subjectivité), si ce n'est dans le projet ou l'idée artistique, en principe, non protégeable »²⁴⁴. Ainsi, avec l'apparition de nouvelles formes d'expression picturale comme la peinture monochrome²⁴⁵, l'exigence d'empreinte de la personnalité de l'auteur peut être remise en cause. Cette « dématérialisation » de la création rend donc plus difficile la protection des droits de l'artiste : « en présence d'une œuvre limite, se ramenant à une suite d'instructions, en présence d'un art littéralement sans œuvre (réalisée), on voit difficilement comment pourrait être revendiquée une protection ». « Les artistes contemporains s'acharnent

²⁴¹ P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, D., 2005, panorama, n°22, p.1482.

²⁴² A. & H.-J. Lucas, *La propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 94.

²⁴³ A. & H.-J. Lucas, *La propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 94.

²⁴⁴ A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, op. cit., p.411.

²⁴⁵ La peinture monochrome se caractérise par une surface peinte d'une seule couleur.

souvent à effacer de l'œuvre toute empreinte personnelle, comme s'ils voulaient disparaître dans l'anonymat »²⁴⁶.

Cependant, certains considèrent, au contraire, que l'auteur moderne met davantage de lui-même dans son œuvre. Ainsi, pour Luc Ferry, « simplement, la prétention de l'art a peut être changé : pour nombre d'artistes, il ne s'agit plus aujourd'hui [...] de découvrir le monde, d'utiliser l'art comme un instrument de connaissance d'une réalité étrangère à soi. Tout à l'inverse, il semble que, dans bien des cas [...], l'œuvre soit définie par l'artiste lui-même comme un prolongement de soi, une sorte de carte de visite particulièrement élaborée »²⁴⁷. Cet auteur énonce également que « dans le domaine de l'art, l'œuvre ne peut être que le prolongement de l'artiste »²⁴⁸.

Par conséquent, on considère traditionnellement que, si le critère de l'originalité subjective s'applique bien au champ des œuvres d'art, il existe des domaines « limites », comme la photographie ou encore l'art conceptuel qui « radicalise la tendance générale de l'art depuis le XIX^{ème} siècle à dépersonnaliser l'œuvre »²⁴⁹. Dès lors, on a pu se demander si une originalité plus objective pouvait être retenue à l'égard des œuvres d'art conceptuel.

SECTION II. LA CONCEPTION OBJECTIVE DE L'ORIGINALITE

L'art égyptien ne permettait guère à l'artiste d'exprimer son individualité, mais au cours de l'histoire, la marge de liberté laissée à l'artiste est allée sans cesse grandissante, et avec elle, la possibilité de manifester plus directement son individualité. Les œuvres pieuses du Moyen-âge et de la Renaissance, bien qu'elles obéissent à des vecteurs qui émanent de leurs commanditaires, laissent tout de même passer l'âme du créateur²⁵⁰. Plus on avance vers la période moderne, plus le message que véhicule l'œuvre est personnel. Par ses créations l'artiste propose sa vision du monde et de la condition humaine. Enfin désormais, l'empreinte

²⁴⁶ A. Strowel, *le droit d'auteur remis en cause par l'art conceptuel*, in « L'œuvre selon le droit d'auteur », 1993, p.85.

²⁴⁷ L. Ferry, *Homo aestheticus, L'invention du goût à l'âge démocratique*, Grasset, Le Collège de philosophie, 1990, p. 22-23, cité par A. et H.-J. Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^e éd. 2000, p. 94, note 174.

²⁴⁸ Luc Ferry, op. cit., cité par A. et H.-J. Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^e éd. 2000, p. 94, note 174.

²⁴⁹ A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, op. cit., p.473.

²⁵⁰ Toutefois, à cette époque, on considérait que l'inspiration était d'origine divine et que par conséquent ce n'était pas l'âme du créateur que l'on pouvait percevoir dans ses œuvres, mais l'âme de Dieu.

de la personnalité de l'auteur ne passerait plus par son œuvre entendue en tant que telle mais par le message qu'il désire transmettre au public. Ainsi, les ready-made s'ils peuvent être considérés comme dépourvus de toute empreinte de la personnalité de son auteur car ce sont des objets manufacturés, on admet que c'est la volonté de l'artiste de présenter ces objets comme des œuvres d'art qui serait en soi une œuvre d'art. Les ready-mades résulteraient d'un choix²⁵¹ (§1).

Cependant, comme le soulignent André et Henri-Jacques Lucas, si l'originalité de l'œuvre se révèle parfois dans les choix effectués par l'auteur, par exemple dans le domaine de la photographie, il n'est pas possible d'admettre que le seul choix constitue une œuvre. On ne saurait donc en principe accorder de protection à des objets trouvés (ready-made) revendiqués par leur « inventeur » en tant qu'œuvres d'art (§2).

§1. L'œuvre résultant d'un simple choix

Une partie de la doctrine prône une conception objective de l'originalité, qui aboutit à occulter l'approche personnaliste du droit d'auteur. Ces auteurs considèrent que l'originalité peut être appréhendée en fonction des choix de l'artiste et de ses « efforts » de création.

Au vu de l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle, l'œuvre de l'esprit pourrait se définir par un choix, puisque cet article accorde le bénéfice du droit d'auteur aux anthologies et recueils « qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles ». De plus, le critère du choix a été retenu pour déterminer si des photographies étaient originales. Ainsi la cour d'appel de Dijon a reconnu le 7 mai 1996 l'originalité de photographies compte tenu « d'un certain nombre de choix, notamment quant à l'éclairage et à l'utilisation corrélatrice du matériel »²⁵². De même, la Cour d'Appel de Paris²⁵³ a qualifié des œuvres photographiques d'œuvre de collaboration en raison du « choix dans la composition et la mise en scène du sujet » par le premier artiste et du « choix dans le

²⁵¹ En 1917, l'urinoir de Duchamp, signé R. Mutt. 1917, fut refusé par le comité des Artistes Indépendants de New York. Dans le second numéro du magazine « The Blind Man », on pouvait lire que la « Fountain » avait été refusé par les membres du comité car ils considéraient que cette réalisation était immorale et vulgaire et, pour d'autres, qu'elle constituait un plagia d'une pièce de plomberie, ce à quoi il était répondu que « Monsieur Mutt ait fabriqué la fontaine de ses propres mains ou non est sans importance. Il l'a CHOISIE. Il a pris un objet de la vie quotidienne, l'a mis en situation au point de faire oublier sa fonction et sa signification utilitaires sous un nouveau titre et un nouveau point de vue et a créé une pensée nouvelle de cet objet. Et pour ce qui est de la plomberie, c'est absurde. Les seules œuvres d'art que l'Amérique ait données sont sa plomberie et ses ponts ».

²⁵² CA Dijon, 7 mai 1996, D. 1998, somm. comm., p. 189.

²⁵³ CA Paris, 3 déc. 2004, D., 2004, jurisp., n°18, p.1237, note E. Treppoz.

cadrage, les contrastes et la lumière » pour le second. Edouard Treppoz, dans sa note, considère que ces choix « marquent l'originalité de la composition ainsi créée »²⁵⁴.

Pour Bertrand, « s'agissant des ready-made, on se trouve dans une situation similaire à celle de la photographie où la jurisprudence considère que l'originalité ne découle pas de l'objet photographié mais de la recherche qui se manifeste dans son cadrage, les jeux de lumière et de sa présentation »²⁵⁵. Les historiens d'art considèrent en effet que « l'originalité des œuvres de Marcel Duchamp réside dans l'intention artistique, dans le déplacement qu'il opère entre la sacralisation de l'œuvre et la sacralisation du choix, et non pas dans l'objet lui-même »²⁵⁶. R. Lebel énonce à ce titre que s'agissant de la *Roue de bicyclette*, Marcel Duchamp « ne distingue pas une roue de bicyclette pour ce qu'un futuriste pourrait y découvrir de beauté moderne, il la choisit précisément parce qu'elle est quelconque. Elle n'est rien qu'une roue comme des centaines de milliers d'autres et, de fait, bientôt égarée, elle sera remplacée par des « répliques » équivalentes. Pour le moment, fixée à l'envers sur un tabouret de cuisine qui lui sert de socle, elle jouit du prestige inattendu et dérisoire qu'elle tient tout entier du choix dont elle est l'objet. Il s'agit d'une sacralisation »²⁵⁷. Se pose donc la question de savoir si de par ces choix l'œuvre est originale et peut bénéficier de la protection accordée par le droit d'auteur.

Cette nouvelle approche de l'originalité se fondant sur les choix de l'artiste s'inscrit dans un mouvement d'objectivisation de la notion d'originalité, ceci en raison de l'apparition de ces nouvelles créations que sont les logiciels et les bases de données²⁵⁸, pour lesquelles les tribunaux se sont ingéniés à trouver de nouvelles formules telles que « effort personnalisé », « apport intellectuel » ou « choix créatifs »²⁵⁹. Ainsi, la jurisprudence a parfois été tentée de s'écarter de la définition traditionnelle de l'originalité en la considérant, non comme la marque personnelle de l'auteur, mais comme le résultat d'un effort créateur ou encore d'un « effort intellectuel, pourvu qu'il constitue un apport un tant soit peu novateur ». L'assemblée

²⁵⁴ En l'espèce, Alberti Sorbelli, travesti en prostituée, réalisa une performance au Louvre devant *La Joconde*. Cette performance fut photographiée par un second artiste. La cour d'appel considéra que ces photographies étaient des œuvres de collaboration. Edouard Treppoz, dans sa note, conteste cette qualification et considère que la qualification d'œuvre composite aurait été plus adaptée (CA Paris, 3 déc. 2004, D., 2005, jurispr., n°18, p.1237, note Edouard Treppoz).

²⁵⁵ A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 99.

²⁵⁶ Nadia Walravens, op. cit., p. 313.

²⁵⁷ R. Lebel, *1914-1918, Les ready-made. La guerre Conquête involontaire de New York*.

²⁵⁸ Il faut cependant noter qu'il y avait déjà eu un lobbying de la part des industries fabriquant des œuvres des arts appliqués qui ne pouvaient être protégées par le droit d'auteur car le seuil d'originalité exigé était trop élevé. On a ainsi protégé ces œuvres en abaissant le critère d'originalité tel qu'il résultait de la vision personnaliste du droit d'auteur.

²⁵⁹ Cf. Cour de cassation, Ass. Plénière, 7 mars 1986, D. 1986, p. 405-417, note B. Edelman.

plénière de la cour de cassation a ainsi, dans un arrêt du 6 mars 1986, reformulé le critère général de protection qu'est l'originalité en exigeant un « effort personnalisé » qui se déduit de la liberté de choix dont dispose le programmeur. Une partie de la doctrine a vu dans cet arrêt un abaissement du « seuil de créativité »²⁶⁰ et la volonté évidente de remettre en cause la conception traditionnelle de l'originalité.

Par ailleurs, les juges ont désormais du mal à distinguer l'originalité du choix. Ainsi la cour d'appel de Paris²⁶¹, dans son arrêt du 22 juin 1999 rendu dans une affaire relative au plan de promenade du cimetière du Père-Lachaise a évoqué « une empreinte originale particulière qui est la conséquence du choix arbitraire des auteurs révélatrice de leur personnalité ». La cour a également pu juger que l'auteur du « Gaiguide » a fait preuve d'originalité en « sélectionnant des adresses d'hôtels, restaurants, bars et autres lieux plus particulièrement fréquentés par la clientèle des homosexuels »²⁶² et qu'« un photographe de plateau a fait preuve d'originalité car il avait « le choix du moment opportun et des moyens de réalisation des clichés »²⁶³.

Concernant la décision de la Cour sur l'affaire du plan du cimetière du Père-Lachaise, Christophe Caron remarque que la « référence au choix arbitraire illustre justement une évolution des plus contemporaines de la notion d'originalité comme en témoigne l'article L.112-3 du code de la propriété intellectuelle [...] si l'originalité réside dans un choix, cela signifie que l'on s'attache peut-être davantage au comportement de l'auteur, au choix arbitraire qu'il effectue, qu'à l'œuvre elle-même qui en est la conséquence... Cela prouve que, jamais achevée, la réflexion sur l'accès à la protection du droit d'auteur doit aussi se nourrir des enseignements que nous offrent les créations classiques, tels les plans »²⁶⁴.

Toutefois, A. Tricoire remarque que même si le choix est une opération de l'esprit, à travers laquelle l'on peut reconnaître la personnalité de quelqu'un, « choisir n'est pas créer », car il n'y a pas ce minimum de fantaisie ou d'arbitraire propre à la création²⁶⁵. On s'aperçoit dès lors que ce recours à la notion de choix de l'artiste pour déterminer si une œuvre est ou non originale n'est pas dénué de tout reproche.

²⁶⁰ A. Lucas, *Le droit de l'informatique*, PUF, 1987, p. 223.

²⁶¹ CA Paris, 4^e ch., 22 juin 1999 : D. 1999, inf. rap. p. 229.

²⁶² CA Paris, 4^e ch., 5 avr. 1994 : Gaz. Pal. 1995, I, somm. p. 93 ; D. 1995, somm. p. 54, obs. Colombet.

²⁶³ CA Paris, 4^e ch., 15 mai 1998 : Juris-data n° 1998-021910.

²⁶⁴ Sous CA Paris, 22 juin 1999 : D. 1999, inf. rap. p. 229.

²⁶⁵ A. Tricoire, Note sous Paris, 26 mars 1991, D., 1992, 464-466.

§2. Les difficultés soulevées par l'approche objective de l'originalité

Pour admettre la protection des dessins d'un peintre animalier, les juges ont constaté que celui-ci ne se contentait pas de réaliser une copie de la nature, même s'il s'efforçait de reproduire les animaux le plus exactement possible ; il opérait au contraire des choix « arbitraires révélateurs de sa personnalité » en sélectionnant l'attitude des animaux, leurs coloris, leur représentation morphologique²⁶⁶. De par ces choix, l'artiste laisserait une trace de sa personnalité dans son œuvre. Une peinture même monochrome laisserait ainsi transparaître l'empreinte de la personnalité de l'artiste.

Pour Nadia Walravens²⁶⁷, la peinture est imprégnée, ne serait-ce que dans sa phase de préconception, de la personnalité de l'artiste. De même, pour les ready-mades, la démarche artistique révélerait à elle seule l'empreinte de la personnalité de l'artiste qui transparaîtrait dans le processus de désignation d'un objet comme œuvre. Ainsi l'empreinte de la personnalité de l'artiste qui auparavant transparaissait uniquement dans l'objet matériel, se manifeste aujourd'hui également par la démarche purement mentale de la création. En définitive, cette empreinte se trouverait toujours dans l'œuvre et ce principalement car sans elle, l'auteur ne pourrait pas revendiquer de droit moral sur sa création.

Cette conception large de l'originalité qui conduit à englober un grand nombre de création est contestable. Il apparaît, en effet, que le seul choix ne peut constituer une œuvre. Ainsi, dans l'affaire Pinoncelli, le Tribunal de Grande Instance de Tarascon a refusé que le choix participe de l'activité créatrice. Le tribunal dénonce même la « mystification » de Marcel Duchamp dont « la démarche consiste, surtout à partir de 1915, à créer des œuvres d'art par la seule force de l'esprit, sans acte matériel créateur, en se contentant de déclarer "œuvre d'art" de simple objets de la vie courante »²⁶⁸. Ainsi pour Ivan Cherpillod « qu'il s'agisse d'objets trouvés dans la nature (racines, feuilles mortes, cristaux, par exemple) ou d'ustensiles empruntés au quotidien (comme l'urinoir baptisé « fontaine » par Marcel Duchamp), l'objet n'est pas nouveau en tant qu'il existait déjà avant l'intervention de l' "auteur". Son choix ne constitue donc pas en lui-même une création »²⁶⁹. Pour de nombreux auteurs, il ne suffit donc pas de constater que le créateur avait le choix entre plusieurs propositions pour considérer que

²⁶⁶ CA Paris, 4^e ch., 20 oct. 1995: D. 1996, somm. p. 285.

²⁶⁷ N. Walravens, *op.cit.*

²⁶⁸ TGI Tarascon, 20 nov. 1998, *op. cit.*, p. 128.

²⁶⁹ I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, *op. cit.*

l'option finalement retenue est originale. Comme l'a constaté M. Gaudrat, « le moteur de l'acte créatif n'est pas le choix, car il est un acte négatif qui s'exerce nécessairement sur un acte positif antérieur de propositions de formes entre lesquelles choisir »²⁷⁰.

Par conséquent, selon l'expression de Françon, « choisir n'est pas créer ». Les anthologies peuvent refléter, à travers les choix effectués, la personnalité de leur auteur ; de même en matière de photographie, les juges se fondent souvent sur les nombreux choix effectués par l'auteur pour en déduire qu'il a marqué l'œuvre de sa personnalité. Toutefois, il reste qu'un choix ne peut suffire en lui-même pour définir l'originalité.

Nadia Walravens soutient dans sa thèse que les œuvres d'art contemporain pourraient rentrer dans le champ d'application du droit d'auteur par un élargissement des conditions de qualification juridique de l'œuvre et notamment par une définition plus large de l'originalité. Pour nous, les critères traditionnels ne conviennent plus pour protéger l'art contemporain et ce n'est pas en les forçant que le problème pourra être réglé. Désormais ce qui prime dans l'art contemporain, et notamment dans l'art conceptuel, c'est la démarche voulue par l'artiste, que ce soit pour la présentation de son œuvre ou pour la perception de celle-ci par le public.

²⁷⁰ Ph. Gaudrat, *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit, Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p. 195.

CHAPITRE II. L'ORIGINALITE, UNE EXIGENCE REMISE EN CAUSE PAR L'ART CONCEPTUEL

Avec l'art conceptuel, les critères classiques pour déterminer si l'on est en présence d'une œuvre d'art sont mis à mal. De nouveaux critères doivent être trouvés, Marcel Duchamp, en introduisant un objet industriel dans le domaine artistique a mis en évidence l'importance du contexte d'exposition de l'œuvre. La présentation de l'œuvre dans l'art conceptuel revêt désormais une importance indéniable, ce qui justifie que l'on s'interroge sur son possible recours comme critère d'existence d'une œuvre d'art (Section I). En outre, certains mécanismes du droit commun, comme par exemple le recours à un faisceau d'indices ou l'instauration d'un droit *sui generis* (Section II), pourraient être utilisés pour protéger les œuvres d'art conceptuel.

SECTION I. LA PRESENTATION, UN CRITERE POSSIBLE DE QUALIFICATION DE L'ŒUVRE D'ART

La présentation de l'œuvre présente une importance capitale en art conceptuel et en art contemporain en général. Selon son environnement, une œuvre ne sera pas appréciée de la même manière. Dans certains cas même, comme les ready-mades de Duchamp, c'est par sa présentation qu'un objet peut être considéré comme une œuvre d'art.

La présentation pourrait être considérée comme un critère possible de qualification de l'œuvre d'art (§1). Mais l'utilisation de ce critère comporte des désavantages (§2).

§1. L'avantage du critère de la présentation

Le principal avantage du critère de la présentation est que ce critère correspond à la logique instaurée par Marcel Duchamp. On peut considérer que c'est la présentation de ses ready-mades dans un espace muséal qui en fait des œuvres d'art. « Pour la première fois l'espace tout entier est conçu comme un volume structurant à l'intérieur duquel sont confrontés

l'observateur et les sculptures qui y sont disposées : l'exposition façonne l'œuvre ! »²⁷¹. Il apparaît que désormais, la présentation de l'œuvre s'avère primordiale.

C'est parce que Marcel Duchamp a choisi d'exposer des objets manufacturés qu'il les a transformés en œuvre d'art. L'exposition de ces objets était une condition nécessaire pour les faire accéder au rang d'œuvres d'art. Aujourd'hui encore nombre d'artistes présentent des objets communs dans des expositions en leur donnant une dimension théâtrale²⁷².

Pour Gilles Lhuilier, « la part de l'ineffable et de la trace de la personnalité dans l'œuvre ne s'efface pas, mais prend aujourd'hui la forme de l'affectation d'un bien à une fonction de révélation. Le détournement d'objets de consommation par l'art conceptuel est un des modes de l'affectation d'un bien à une révélation, réalisant un dévoilement ironique de la construction de l'œuvre par le marché, une métaphore de l'œuvre comme bien de consommation. Pour reprendre l'exemple de l'urinoir de Duchamp, baptisé fontaine, cette œuvre s'efforce de “dévoiler, sur le mode de la dérision, le processus par lequel un objet se voit revêtu de la qualité et de la dignité d'œuvre d'art”²⁷³. Le dévoilement, la révélation est faite par la seule affectation d'un bien de consommation, l'élément matériel étant le geste d'affectation du bien à cette révélation réalisé par l'auteur »²⁷⁴. Ainsi, pour cet auteur, c'est la présentation du bien en tant qu'œuvre d'art qui doit primer.

Alain Strowel a également considéré que « si ces objets et événements “ sont ” des œuvres d'art, c'est non pas en tant que tels, mais dans la mesure où ils sont présentés comme tels »²⁷⁵. Pour lui, le critère de la présentation s'avère donc également important pour définir une œuvre d'art.

La doctrine elle-même a même proposé de recourir à ce critère de présentation. Le professeur Kummer a ainsi émis la possibilité de considérer comme œuvre d'art celle qui serait présentée comme telle.

²⁷¹ G. Mollet-Viéville, *Art minimal & conceptuel*, Skira, 1995, p. 24 cité par N. Walravens, op. cit., p. 94.

²⁷² Par exemple, dans l'exposition *Absent* au Museum Boymans-van-Beuningen à Rotterdam en 1994, le visiteur se voyait remettre un baladeur guidant le visiteur à travers vingt et un objet que Sophie Calle avait choisi. Chaque objet était l'occasion pour Calle d'évoquer des souvenirs personnels, sur sa père, ses emplois de modèle ou de strip-teaseuse, ou sur sa relation avec son ex-mari. Ainsi dans une vitrine où étaient exposés d'anciens vases de nuit, elle plaça un sceau en plastique rouge qui lui évoquait un souvenir. (cf. T. Godfrey, *L'art conceptuel*, op.cit., p. 403-404).

²⁷³ A. Strowel, op.cit., p.82.

²⁷⁴ G. Lhuilier, « *Les œuvres d'art, res sacrae ?* », R.R.J., 1998-2, p. 523.

²⁷⁵ A. Strowel, *L'œuvre selon le droit d'auteur*, op. cit., p. 81.

Toutefois, si le critère de la présentation correspond à la logique instaurée par l'art conceptuel, notamment par les ready-mades de Duchamp, il n'en demeure pas moins qu'il comporte des inconvénients.

§2. Les inconvénients du critère de la présentation

Certains auteurs ont relevé les limites du recours au critère de la présentation. Ainsi pour Ivan Cherpillod, la présentation en tant qu'œuvre ne saurait être employée comme critère pour déterminer si une œuvre est protégée ou non en droit d'auteur. La présentation d'une œuvre d'art en tant que telle devrait être uniquement utilisée de manière limitée, dans les cas où l'activité créatrice ne pourrait être décelée directement dans l'œuvre, et en particulier pour les œuvres dans lesquelles est intervenu le hasard²⁷⁶.

En effet, l'activité créatrice, qui apparaît aux articles L. 111-1, alinéa 1^{er} et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle implique une création et la conscience d'un résultat.

La nécessité d'une création contredit d'emblée la démarche du ready-made et de l'arte povera : on a ainsi pu exclure a priori ces procédés de la protection en insistant sur le fait que le choix d'un objet trouvé ou sa seule exposition ne suffirait pas à établir l'activité créatrice. Toutefois, le droit positif reconnaît le travail de sélection en matière de base de données.

La création est finalement bien présente dans l'art conceptuel. L'artiste n'abandonne pas le travail de création mais le dématérialise, et le partage avec le spectateur.

L'élément qui pour Ivan Cherpillod pose problème est que l'œuvre doit être le résultat d'un travail artistique conscient et non le fait du hasard. Or l'art conceptuel est nécessairement aléatoire puisqu'il ne vise pas un résultat mais une interaction. L'œuvre dans l'art conceptuel provient de procédés particuliers, estompant la technique de l'artiste, ou requiert la participation du spectateur. En ce sens, elle est définitivement inachevée, sans pour autant être assimilable à une ébauche ou à un brouillon, car il appartient souvent au spectateur de terminer l'œuvre.

²⁷⁶ I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 125.

Par ailleurs, le critère de la présentation n'est pas suffisant. Par exemple, un objet quotidien présenté au public dans le cadre d'une exposition ethnologique n'est pas pour autant une œuvre d'art, au sens du droit d'auteur. De même, des animaux empaillés sont présentés au public dans les musées compte tenu de leur intérêt scientifique, mais ils n'accèdent pas au rang d'œuvres d'art du seul fait de leur seule présentation. Pour que tel soit le cas, il faudrait une mise en scène.

L'urinoir de Duchamp était par exemple renversé et donc normalement inutilisable dans la position voulue par l'artiste. Des animaux empaillés présentés avec une mise en scène peuvent être qualifiés d'œuvres d'art. C'est ainsi que Maurizio Catelan réalise des installations avec des animaux empaillés, comme par exemple un cheval pendu dans les airs. Jan Fabre se sert également de scarabées pour réaliser des œuvres. Une accumulation de scarabées présentés d'une manière spécifique peut être considérée comme une œuvre d'art, alors qu'un scarabée présenté dans une exposition scientifique ne l'est pas. Damien Hirst dans les années 1990 découpa des animaux et les exposa dans du formol de telle manière que ces réalisations pouvaient être considérées comme des œuvres d'art.

En conclusion, la présentation n'est pas un critère qui suffit en lui-même à définir une œuvre d'art. En revanche, elle peut être considérée comme un indice prouvant l'existence d'une œuvre d'art²⁷⁷.

SECTION II. LE RECOURS AUX MECANISMES DU DROIT COMMUN

Nadia Walravens considère qu'il faudrait étendre le critère de l'originalité pour permettre la protection des réalisations d'art contemporain en prenant en compte d'éléments tels que « le choix créatif, l'aléatoire contrôlé, l'intentionnalité de l'artiste et le contexte d'exposition »²⁷⁸. Pour elle, l'élargissement du concept d'originalité permettrait à nombre d'œuvres d'art d'accéder à la protection du droit d'auteur.

Néanmoins, il convient de s'interroger sur la possibilité de recourir à d'autres mécanismes offerts par le droit pour protéger les œuvres d'art contemporain plutôt que d'essayer d'élargir

²⁷⁷ E. Ulmer, « La notion d'œuvre en matière de droit d'auteur et l'art moderne », in *Le droit d'auteur*, 1969, p.79 et s.

²⁷⁸ N. Walravens, *préc.*, n°436.

les notions de forme et d'originalité comme le proposent actuellement certains auteurs. Ainsi, on peut se demander, si l'existence d'une œuvre d'art ne pourrait pas être rapportée par le mécanisme du droit de la preuve qu'est le faisceau d'indices (§1) ou par l'instauration d'un droit *sui generis* (§2).

§1. Le recours à un faisceau d'indices

Pierre-Yves Gautier souligne que s'agissant de l'exigence de forme : « outre que l'on assiste à une curieuse prééminence du support matériel, pourtant tenu pour accessoire par le droit d'auteur, l'on peut se demander si la thèse de la mise en forme matérielle ne relèverait pas plutôt du droit de la preuve »²⁷⁹.

Dès lors, en admettant que l'on se place sur le terrain du droit de la preuve, la question peut de poser de savoir si on ne peut pas recourir à un faisceau d'indices, les indices étant un « ensemble de faits connus à partir desquels on établit, au moyen du raisonnement inductif, l'existence du fait contesté dont la preuve n'est pas directement possible »²⁸⁰.

Ernst Ulmer a proposé de considérer que la présentation des réalisations d'art constituait un indice de l'existence d'une œuvre d'art²⁸¹. Ainsi la prise en compte de la volonté de l'artiste de présenter sa réalisation comme une œuvre d'art pourrait, si elle était combinée avec d'autres éléments, permettre de qualifier juridiquement cette réalisation d'œuvre d'art. A ce titre, la perception pourrait également constituer un indice. Il conviendrait pour cela que le public perçoive également cette réalisation comme une œuvre d'art.

Toutefois, il apparaît que ce recours à un faisceau d'indices ne relève pas du droit d'auteur et conduirait à nier les critères de forme et d'originalité ou tout du moins à les relayer au rang d'indices. Par ailleurs, la qualité d'œuvre d'art n'est parfois pas déniée aux réalisations d'art contemporain, comme par exemple pour les lands art de Christo.

Le véritable problème est plutôt de savoir ce qui est protégé dans l'œuvre. Est-ce que seule la forme perceptible aux sens est protégée ou est-ce que les idées véhiculées par l'artiste peuvent également être protégées ?

²⁷⁹ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p.56, cité par N. Walravens, op.cit., n°332.

²⁸⁰ *Termes juridiques*, Dalloz, 11^e éd., 1998.

²⁸¹ E. Ulmer, « La notion d'œuvre en matière de droit d'auteur et l'art moderne », in *Le droit d'auteur*, 1969, p.79 et s.

Le recours à un faisceau d'indices en prenant en compte la perception et la présentation de l'œuvre ne vise qu'à déterminer l'existence d'une œuvre mais ne détermine pas l'étendue de la protection qui pourrait être accordée. Une autre solution a donc été proposée. Il s'agit du recours à un droit *sui generis*.

§2. Le recours à un droit *sui generis*

La directive du 11 mars 1998 a reconnu au producteur de base de données, définit comme « la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants », un droit exclusif, d'une durée de quinze ans, qui complète la protection accordée par le droit d'auteur. La directive qualifie ce droit de *sui generis*. Le terme *sui generis* provient du latin et signifie « de son propre genre ». Cela qualifie une situation juridique dont la singularité résulte de l'absence de tout classement dans une catégorie répertoriée et qui nécessite de créer des textes spécifiques. Cette technique juridique peut ainsi être utilisée par le législateur pour intégrer dans le champ de la protection des droits d'auteur des formes nouvelles, qui ne pourraient sinon bénéficier du droit d'auteur.

Le droit *sui generis* des bases de données a conduit à protéger de simples idées. En effet, selon Pierre-Yves Gautier, les bases de données sont « toutes sortes d'informations, fussent-elles dénuées d'originalité, appartiennent-elles au domaine public, relèvent-elles des idées et autres méthodes, bref tout ce qui est traditionnellement repoussé par le droit d'auteur, qui sont ainsi susceptibles d'être protégées par la loi »²⁸².

Egalement pour la protection des idées, le professeur Philippe Le Tourneau a avancé la possible protection des idées par un droit *sui generis*. Un projet de loi a même été proposé par Jacques Godfrain en 1992. Ce projet visait à permettre l'accès à la protection d'idées de toutes sortes et à des créations non protégeables en raison de l'absence d'activité créatrice et d'originalité. Christian Le Stanc s'indigna de cette proposition. Selon lui, « l'objectif de la proposition de loi est de décider avec brutalité que toutes ces créations, aujourd'hui non-protégeables directement, le seront demain, certes pour une durée moindre que celle des propriétés intellectuelles classiques, mais avec autant de fermeté, sinon davantage. Les tiers,

²⁸² P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p.183.

sous les sanctions prévues, ne pourront reprendre à leur compte des idées publicitaires antérieures, le principe de compilations banales, ou reproduire des formes fonctionnelles non brevetées, etc... L'activité économique risquera quelque paralysie alors qu'on sait depuis un siècle que l'imitation d'autrui est souvent facteur d'épanouissement et de progrès »²⁸³.

Mais pour Philippe Le Tourneau²⁸⁴, il faut considérer la forme comme une « simple extériorisation de l'idée, son « émission » quelle que soit celle-ci dès lors qu'elle est précise [...] sans qu'il y ait nécessairement une réalisation, une apparence extérieure, en un mot : une œuvre. Dès cette émission, c'est-à-dire que l'idée ne réside plus seulement dans le cerveau de son auteur, elle mérite protection, sous certaines conditions ». Le professeur Le Tourneau a donc proposé un droit *sui generis* protégeant les idées seulement lorsqu'elles ont une valeur économique. Il ne s'agit donc pas de protéger toute idée quelle qu'elle soit, et de contourner les règles les plus assurées de la propriété intellectuelle. Pour cet auteur dans le cas où cette idée constituerait un bien, une valeur économique certaine, son titulaire devrait pouvoir disposer d'un droit privatif original, à l'exemple de la réglementation développée pour les bases de données²⁸⁵.

Ainsi une protection des œuvres d'art conceptuel par un droit *sui generis* paraît possible. Toutefois certaines précautions s'imposent face à une telle proposition. En effet, on peut se heurter à la difficile identification de la naissance de l'idée. De même, admettre la réservation de l'idée dans un contexte donné peut bousculer le principe d'exclusion des idées, qui a pourtant sa raison d'être, et ce, notamment, si l'on venait à reconnaître des « circonstances particulières » sans circonspection. Aussi, un droit *sui generis* visant à protéger certaines idées comme les œuvres d'art conceptuel, s'il était créé, devrait être étroitement encadré.

²⁸³ Chr. Le Stanc, *Le propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées »*, D., 1993, p.4.

²⁸⁴ Ph. Le Tourneau, *Folles idées sur les idées*, com.comm.électr., févr. 2001.

²⁸⁵ Ph. Le Tourneau, « Folles idées sur les idées », préc.

CONCLUSION

Les œuvres d'art conceptuel font l'objet de nombreuses transactions dans le marché de l'art. Dès lors, il est possible que les tribunaux soient amenés à statuer sur le sort de ces créations et de déterminer si elles sont des œuvres d'art au sens du droit d'auteur.

Comme nous l'avons vu, de nombreuses œuvres d'art conceptuel ne peuvent bénéficier de la protection accordée par le droit d'auteur car elles ne répondent pas à l'exigence de forme ou à l'exigence d'originalité imposée en propriété littéraire et artistique.

Pour intégrer ces œuvres d'art dans la protection du droit d'auteur, certains ont proposé d'en élargir les principes. Mais ceux-ci ne peuvent être indéfiniment élargis sans que les fondements mêmes de ce droit ne soient remis en cause. En reconnaissant par exemple un droit d'auteur à des idées qui ont une valeur commerciale, on risquerait de voir triompher le système anglo-saxon et réduire à néant la spécificité du droit d'auteur²⁸⁶. De plus, comme nous l'avons vu, cela constituerait une entrave à la liberté de la création ainsi qu'une source d'insécurité juridique.

Toutefois, il peut paraître nécessaire d'affiner la notion de forme en tenant compte d'éléments plus insaisissables que la matière même qui compose l'œuvre. Ainsi, la perception qui est faite de l'œuvre pourrait être prise en compte tout en restant strictement encadrée par les règles du droit d'auteur, c'est-à-dire sans par exemple juger du mérite de l'œuvre. Concernant l'originalité des œuvres d'art conceptuel, il semble que ce critère ne soit pas celui qui fasse réellement défaut car souvent l'empreinte de la personnalité de l'auteur pourra être trouvée, même si pour se faire, on considère que cette empreinte est due aux choix réalisés par l'artiste. L'objectivisation de l'originalité permet donc de faire accéder certaines réalisations d'art conceptuel dans le domaine de protection du droit d'auteur.

Les problèmes de protection des œuvres soulevés par l'art conceptuel peuvent être rapprochés de ceux que posent de nouvelles créations, comme les logiciels ou les bases de données, que l'on tente de faire rentrer dans la définition de l'œuvre pour les protéger, en aménageant les

²⁸⁶ Une œuvre d'art n'est pas un bien comme les autres et ne doit pas être défini par sa seule valeur marchande, même si la cour de justice des communautés européennes a considéré dans un arrêt dit « Œuvres d'art » du 10 décembre 1968, qu'une œuvre d'art est un « bien appréciable en argent et susceptible comme tel de faire l'objet d'une transaction commerciale ». C.J.C.E., 10 déc. 1968, affaire 7/68, rec. 1968, p.617.

principes du droit d'auteur. Comme pour ces créations, il serait envisageable, à notre avis, d'intégrer pour les œuvres d'art conceptuel de nouveaux critères de détermination, comme le recours à un faisceau d'indices ou à un droit *sui generis*.

TABLES DES MATIERES

<i>REMERCIEMENTS</i>	3
<i>LISTE DES ABREVIATIONS</i>	4
<i>SOMMAIRE</i>	6
INTRODUCTION	9
CHAPITRE PRELIMINAIRE	17
LA DEFINITION DE L'ŒUVRE DONNEE PAR LES AUTRES DROITS	17
SECTION I. LA DEFINITION DONNEE PAR LE DROIT FISCAL	18
§1. Les références aux œuvres d'art en droit fiscal.....	18
§2. La définition retenue	19
SECTION II. LA DEFINITION DONNEE PAR LE DROIT CIVIL	21
§1. Un critère déterminant, l'authenticité	21
I. L'erreur sur la substance	21
II. La nécessité des certificats d'authenticité.....	24
§2. Un critère annexe, la signature	25
PARTIE I. LA REMISE EN CAUSE DE L'EXIGENCE DE FORME	27
CHAPITRE I. LA FORME, UNE CONDITION DE PROTECTION DE L'ŒUVRE D'ART	27
§1. Les fondements du principe de l'exclusion des idées	28
I. Le libre parcours des idées.....	29
II. Une forme perceptible aux sens.....	33
§2. Une distinction difficile entre l'idée et la forme	36
I. La forme, une notion difficile à cerner.....	37
II. La forme, une notion délimitant l'étendue de la protection.....	39
SECTION II. LES CONSEQUENCES DE L'EXCLUSION DES IDEES	41
§1. L'absence de protection par le droit d'auteur	41
I. La contrefaçon	41
II. L'inapplicabilité de l'action en contrefaçon aux simples idées.....	44
CHAPITRE II. LA FORME, UNE EXIGENCE REMISE EN CAUSE PAR L'ART CONCEPTUEL ..	50
SECTION I. DES IDEES REVENDIQUEES COMME OEUVRES	50
§1. Le principe développé par l'art conceptuel	51
I. La « dématérialisation » des œuvres.....	51
II. « Une série de théories sans œuvres »	54
§2. Des créations proches de l'art conceptuel.....	55
I. Les ready-mades de Duchamp	55
II. Les courants découlant de l'art conceptuel	57
A. L'Arte Povera.....	58
B. Le Land Art	58
C. L'happening et le body art.....	59
SECTION II. LA PERCEPTION, UN CRITERE POSSIBLE DE QUALIFICATION DE L'ŒUVRE D'ART	62
§1. Les avantages du critère de la perception.....	62
§2. Les inconvénients du critère de la perception	63
PARTIE II. LA REMISE EN CAUSE DE L'EXIGENCE D'ORIGINALITE	66
CHAPITRE I. L'ORIGINALITE, UNE CONDITION DE LA PROTECTION DE L'ŒUVRE D'ART 66	
SECTION I. LA CONCEPTION SUBJECTIVE DE L'ORIGINALITE	67
§1. Le reflet de la personnalité de l'auteur	67
§2. Les difficultés soulevées par l'approche subjective de l'originalité	70
SECTION II. LA CONCEPTION OBJECTIVE DE L'ORIGINALITE	71
§1. L'œuvre résultant d'un simple choix	72
§2. Les difficultés soulevées par l'approche objective de l'originalité.....	75
CHAPITRE II. L'ORIGINALITE, UNE EXIGENCE REMISE EN CAUSE PAR L'ART CONCEPTUEL	77
SECTION I. LA PRESENTATION, UN CRITERE POSSIBLE DE QUALIFICATION DE L'ŒUVRE D'ART	77
§1. L'avantage du critère de la présentation	77
§2. Les inconvénients du critère de la présentation	79
SECTION II. LE RECOURS AUX MECANISMES DU DROIT COMMUN	80

§1. Le recours à un faisceau d'indices.....	81
§2. Le recours à un droit <i>sui generis</i>	82
CONCLUSION	84
TABLES DES MATIERES	86
BIBLIOGRAPHIE	88

BIBLIOGRAPHIE

Manuels et ouvrages généraux

Ouvrages juridiques

- Berenboom Alain, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e édition, De Broeck & Larcier, Bruxelles, 1997.
- Bertrand André, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Masson, 2^e édition, 1999.
- Careau Caroline, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1981
- Chatelain Jean, *Œuvres d'art et objets de collection en droit français*, Berger-Levrault, 1997.
- Cherpillod Ivan, *L'objet du droit d'auteur*, Cedidac, Lausanne, 1985.
- Colombet Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^e édition, 1999.
- Cornu, *droit civil*, t.1, Domat, 8^{ème} édition, 1997.
- Desbois Henri, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978.
- Desjoncquères Pascale, *Les droits d'auteur, guide juridique, social et fiscal*, édition juris-service/AGEC, 1997.
- Duret-Robert François, *Droit du marché de l'art*, édition Dalloz, collection Dalloz Action, 2^{ème} édition, 2004
- Edelman Bernard, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, 1993.
- Gautier Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Droit fondamental, 5^e édition, 2004.
- Fingerhut Jacques, *La fiscalité du marché de l'art*, Que-sais-je ?, 1999.
- Laligant Olivier, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Presses universitaire d'Aix-Marseille, 1999.
- Linant de Bellefonds Xavier, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2002.
- Lucas André, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, Connaissance du droit, 2004.
- Lucas André et Henri-Jacques, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2001.

- Poincard Léon, *La propriété artistique et littéraire*, Paris, 1910.
- Pouillet Edouard, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, ILGJ, 1908.
- Renouard Auguste-Charles, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, J. Renouard et Cie, Paris, 1838.
- Strowel Alain, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Bruylant Bruxelles, LGDJ Paris, 1993.
- Tafforeau Patrick, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 2004.
- Terré François, Simler Philippe & Lequette Yves, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 7^e édition, 1999.
- Visscher Fernand (de) & Michaux benoît, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant Bruxelles, 2000.
- Walravens Nadia, *L'œuvre d'art en droit d'auteur, forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005.

Ouvrages d'art et de sociologie de l'art

- Bardy Jean, *La création et l'art, Chemins vers la création*, L'Harmattan, 2000.
- Chalumeau Jean-Luc, *Les théories de l'art*, Librairie Vuibert, 3^e édition, 2002.
- Chalumeau Jean-Luc, *où va l'art contemporain*, Librairie Vuibert, 2002.
- Godfrey Tony, *L'art conceptuel*, Phaidon, 2003.
- Heinich Nathalie, *Le triple jeu de l'art contemporain, sociologie des arts plastiques*, Les éditions de Minuit, 1998.
- Martin Heidegger, *L'origine de l'œuvre d'art*, Gallimard, 1962.
- Marzona Daniel, *Art conceptuel*, Taschen, 2005.
- Millet Catherine, *L'art contemporain en France*, Flammarion, 1999.
- Moulin Raymonde, *Le marché de l'art, mondialisation et nouvelles technologies*, Flammarion, 2003.

Articles, études et chroniques

- Bousigot H., *Pour un statut de l'œuvre d'art*, JCP G 1971, I, Doctrine, 2400 bis.

- Caron Christophe, *Découvrir n'est pas créer!*, note sous CA Paris, 28 juin 2001 et CA Nîmes, 30 oct. 2001, comm.com.élect., nov. 2002, n°138, p. 23.
- Cornu Marie, *Les notions de forme et d'originalité appliquées aux œuvres d'art contemporaines*, Propriétés intellectuelles, Juillet 2003, n°8, p. 331.
- Durrande Sylviane, *JurisClasseur, Propriété littéraire et artistique, Objet du droit d'auteur, droit d'auteur et concurrence déloyale*, Fasc. 1116.
- Durrande Sylviane, *Propriété littéraire et artistique*, Encyclopédie Dalloz pénal, volume V, 1996 ,p.3 .
- Edelman Bernard, *De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly (à propos du jugement du TGI de Tarascon du 20 nov. 1998)*, Dalloz, 2000, p.98 et s.
- Edelman Bernard, *Création et banalité*, D. 1983, chron. 73, p.73.
- Bernard Edelman, *l'erreur sur la substance ou l'œuvre mise à nu par les artistes, même ! (Sur l'arrêt de la cour de cassation du 5 février 2002)*, D. 2003.
- Gaudrat Philippe, *JurisClasseur, Propriété littéraire et artistique, Objet du droit d'auteur, Œuvres protégées. Notion d'œuvre*, Fasc. 1134.
- Gaudrat Philippe, *Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit* in Propriété intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon, Dalloz, 1995, p.195 et s.
- Lhuillier Gilles, « *Les œuvres d'art, res sacrae ?* », RRJ, 1998-2, p.514 et s.
- Lucas André, *JurisClasseur, Propriété littéraire et artistique, Objet du droit d'auteur, Œuvres protégées. Règles générales (C. propr. Intell., art. L.112-1 et L.112-2)*, Fasc. 1135.
- Lucas André et Sirinelli Pierre, *L'originalité en droit d'auteur*, JCP G, 1993, I., 3681.
- Pontier J.-M., *la notion d'œuvre d'art*, RD publ. 1990, n°5, p.1409.
- Sirinelli Pierre, *Propriété littéraire et artistique*, D., 2005, panorama, n°22, p.1482.
- Strowel Alain, *le droit d'auteur remis en cause par l'art conceptuel*, in « L'œuvre selon le droit d'auteur », 1993, p.85.
- Treppoz Edouard, *L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image*, D., 2005, jurisp., n°18, p.1237.
- Walravens Nadia, *La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporain*, RIDA, Juillet 1999, n°181, p.97-167.