



MASTER II « DROIT DE LA CRÉATION ARTISTIQUE ET NUMÉRIQUE »

MÉMOIRE

**L'APPREHENSION DES NOTIONS DE
FORME ET D'ORIGINALITE DU DROIT
D'AUTEUR PAR L'ART CONTEMPORAIN**

Mathilde MARCHAL

Mémoire réalisé sous la direction du Professeur Philippe
MOURON

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE

ANNÉE UNIVERSITAIRE 2018-2019



MASTER II « DROIT DE LA CRÉATION ARTISTIQUE ET NUMÉRIQUE »

MÉMOIRE

**L'APPREHENSION DES NOTIONS DE
FORME ET D'ORIGINALITE DU DROIT
D'AUTEUR PAR L'ART CONTEMPORAIN**

Mathilde MARCHAL

Mémoire réalisé sous la direction du Professeur Philippe
MOURON

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE

ANNÉE UNIVERSITAIRE 2018-2019



TABLE DES ABRÉVIATIONS

a.	Article (loi, décret ou arrêtés)
al.	Alinéa dans un texte juridique
anc.	Ancien (par exemple pour désigner une ancienne loi abrogée)
arr.	Arrêté (règlement administratif émis par un ministre, un Préfet ou le Maire d'une Commune)
art.	Article d'une loi ou d'un décret suivi du numéro d'article
Art.	
Art. D	Article d'un décret d'application codifié suivi du numéro d'article
Art. L	Article d'une loi codifiée suivi du numéro d'article
Ass.	Assemblée (voir le mot suivant)
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bibl.	Bibliographie
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation (il existe aussi un Bulletin criminel - Les arrêts de la Chambre sociale et de la Chambre commerciale sont inclus dans le Bulletin civil)
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
c.	Code, suivi du nom complet tel que "Code civil" ou "Code Pénal"
CA.	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
C. Cass.	
Cass. civ. I	Cour de cassation Chambre civile, première Chambre ; II : deuxième Chambre, etc.
Cass. Com.	Cour de Cassation Chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de Cassation Chambre sociale. La Cour ne comprend qu'une Chambre sociale
Cass. Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. Ch. réun.	Arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation
C. ass.	Code des assurances

C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C.E.	Conseil d'Etat
CGU	Conditions générales d'utilisation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
Ch. I	Chambre (d'une juridiction : suivie d'un n° en chiffre romain : I, 1ère Chambre ; II, Deuxième Chambre ; etc.)
Chron.	Chronique (Etude parue dans une revue)
Circ.	Circulaire administrative
C. nat.	Code de la nationalité
Conf.	Consulter
Cf.	
CPI	Code de la propriété industrielle
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
D.A.	Dalloz analytique (1941 à 1944)
D. Affaires	Recueil Dalloz édition "Affaires" (1995 à 1999)
D.	Décret
d.	
D. C	Dalloz critique, pour des références à la période de 1941 à 1944
D.H.	Dalloz Hebdomadaire ne paraît plus depuis de nombreuses années, cité pour des références antérieures à 1941
Dr.	droit
EUIPO	Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle
éd.	Edition ou nom de l'éditeur (selon le contexte)
ex.	Exemple
ibidem	Au même endroit
eod. loc.	
IP	Internet Protocole
J.	Partie "Jurisprudence" de certaines revues
JAF	Juge aux affaires familiales

JCI	Jurisclasseur
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
JCP CI.	Jurisclasseur périodique édition "Commerce et industrie"
JCP E.	Jurisclasseur périodique édition "Entreprise"
JCP N.	Jurisclasseur édition "Notariale "
JDI	Journal de droit international (dit " le Clunet")
J.O.	Journal officiel de la République Française
JORF	
jur.	Partie "jurisprudence" (classification interne de certaines revues)
L. n°	Loi suivie du numéro de loi et de la date de sa promulgation au Journal Officiel
Livre	Division d'un Code, indication suivie d'un numéro en chiffre romain
o.	Ordonnance
ord.	
Obs.	Observations - commentaires doctrinal à la suite de la publication d'une décision de justice
p.	Page (dans la citation d'un livre ou d'une revue) suivie du numéro de page
R.	Partie réglementaire d'un code suivie d'un numéro d'article
Rec.	Recueil
Rec. CE.	Recueil du Conseil d'Etat (dit Recueil "Lebon")
réf.	Ordonnance de référé
Rev.	Revue
Rev. soc.	Revue des sociétés Dalloz
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD	Revue trimestrielle de droit civil (Sirey)
RTD.	Revue trimestrielle de droit commercial (Sirey)
Communication	
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen (Sirey)
s.	Et suivants (après l'énonciation d'un article) exemple : C. Civ. art. 1382 et s

et s.	
sect.	Section
soc.	social (notamment pour citer la Chambre sociale de la Cour de cassation)
Somm.	Sommaires de jurisprudence
ss.	Suivi d'une référence bibliographique : "voir sous..."
TASS	Tribunal des affaires de sécurité sociale
Trib.	Tribunal, suivi du nom du lieu où siège la juridiction
TC	Tribunal des Conflits
T. Conf.	
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
Tit.	Titre, division d'un Code suivie de son numéro
T.	
V°	Mot (exemple : V°Commerce = voir le mot "Commerce")
Vol. n°	Volume ou tome suivi d'un numéro en chiffre romain

SOMMAIRE

Introduction

Partie I - L'adaptation souhaitable de l'exigence de forme face à l'émergence de l'art contemporain

I. La conception traditionnelle de la création formelle face à la création contemporaine

- A. La nécessité d'une création formelle au cœur de la conception
- B. Le dépassement de la conception traditionnelle de la notion de forme

II. La conception « contemporaine » souhaitée de l'exigence formelle

- A. L'approche globale de l'œuvre contemporaine avec la concrétisation de l'idée originale dans la forme de l'œuvre
- B. L'approche totale de l'œuvre contemporaine avec l'importance de la prise en compte d'éléments intangibles

Partie II - L'adaptation souhaitable de l'originalité face à l'émergence de l'art contemporain

I. L'appréhension globale de la notion d'originalité au travers l'œuvre contemporaine

- A. L'originalité, une notion mouvante, de l'empreinte de la personnalité de l'auteur à la création intellectuelle propre à son auteur

- B. L'originalité de l'œuvre contemporaine, à travers la prise en considération d'éléments intangibles

II. La création contemporaine, limite au principe d'originalité de l'œuvre ?

- A. Le bafouement de la conception traditionnelle de l'originalité par l'émergence de formes d'expressions contemporaines
- B. Vers une acceptation de la création contemporaine au delà de l'instabilité de son originalité

Conclusion générale

Introduction

« Lui (le droit d'auteur) qui se donnait pour tâche de protéger une « œuvre », entendue comme le résultat d'un travail intellectuel s'incarnant dans une forme originale, lui qui mettait au premier plan la personnalité de l'auteur, son « génie », se trouve confronté à des œuvres « impersonnelles », à des « idées » qui se matérialisent dans des objets - des drapeaux, des matériaux de récupération, des robots ménagers, des portemanteaux... ou à des « actions »¹, tels étaient les mots de Bernard Edelman. L'objet du droit d'auteur est de conférer aux auteurs des prérogatives morales et patrimoniales sur leurs œuvres. Cependant, il n'existe aucune définition de l'œuvre, ni de l'auteur. Le droit d'auteur protège l'œuvre de l'esprit pour laquelle nous n'avons toujours pas de définition. L'émergence de nouvelles œuvres, notamment contemporaines ne facilite pas la tâche, et met en exergue cette problématique.

C'est donc la doctrine et la jurisprudence qui se sont accordées à dire que pour exister l'œuvre de l'esprit devait se concrétiser dans une *forme originale*. B. Edelman a pu dire « on peut dire qu'une œuvre de l'esprit est une création réalisée par un travail intellectuel libre et s'incarnant dans une forme originale »². De la même façon, selon Nadia Walravens « pour que la protection soit accordée à une œuvre, celle-ci doit être originale, mais encore faut-il que cette originalité soit exprimée de façon concrète, dans une forme, afin d'être rendue perceptible aux sens ce qui induit l'exclusion des idées du champ de la protection du droit d'auteur »³.

Le CPI ne définit donc pas expressément l'objet de la protection du droit d'auteur, l'article L. 111-1 énonce que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporel exclusif et opposable à tous », on en déduit que pour qu'il y ait protection par le droit d'auteur il est nécessaire qu'il y ait une œuvre de l'esprit.

Cette définition large de la notion d'œuvre de l'esprit est complétée par l'article L.112-2 du CPI qui dresse une liste non limitative⁴ des œuvres de l'esprit. L'article L. 112-1, lui, interdit toute forme de discrimination, puisqu'il importe peu « le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination », le juge doit rester neutre et il ne doit exclure aucune catégorie d'œuvre a priori. Cependant, la jurisprudence fait apparaître une limite à cet article puisqu'il lui arrive fréquemment de refuser la protection de certaines œuvres pourtant représentées sous une forme perceptible par l'un des cinq sens. C'est donc la jurisprudence qui a affiné

¹ EDELMAN B., « Le « Paradis » de la Nouvelle Eve dans l'enfer du droit d'auteur », *D.*, 2006, p. 2610

² EDELMAN B., *La propriété littéraire et artistique*, Que-sais-je ?, PUF, Paris, 2008, p. 25

³ WALRAVENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporaines », *RIDA*, n° 181, juillet 1999, p. 101

⁴ 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.

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 façon claire et précise par le CPI, c'est pour cette raison que certains auteurs rangent l'œuvre de l'esprit dans la catégorie des concepts mous⁵. Christophe Caron souligne que cette absence de définition légale s'apparente plus à une démission qu'à une preuve d'humilité, il précise aussi qu'il « est paradoxal que l'accès à un régime aussi protecteur que celui du droit d'auteur et qui entraîne tant de conséquences, ne fasse l'objet d'aucune disposition expresse »⁶.

Il en va de même de la notion d'œuvre d'art, l'article L.112-2 du CPI 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 ». Toutefois, cette liste ne donne pas une définition de l'œuvre d'art, 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 »⁷.

D'autres auteurs ont tenté de définir la notion, Pierre-Yves Gautier⁸ propose ainsi de définir les œuvres d'art « comme les productions de l'esprit, faisant essentiellement appel aux formes et à l'esthétique » ou encore comme une œuvre comportant « un minimum d'effet esthétique, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des Beaux-arts ». Cette définition reste imprécise et pour A. Sériaux elle ne permet pas de résoudre la difficulté puisque ni l'esthétique ni les Beaux-arts ne sont alors définis⁹.

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) »¹⁰. 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 »¹¹.

⁵ HERMITTE M.-A., *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, L'exemple des droits intellectuels*, Arch. Phil. Droit, 1985, p. 331

⁶ CARON Ch., *Droit d'auteur et droit voisins*, 5e éd., LexisNexis, Paris, 2017, p. 55

⁷ PONTIER J.-M., « La notion d'œuvre d'art », *Revue de droit public*, Lextenso, 1990, p.1406.

⁸ GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11e éd., 2019, p.113.

⁹ SERIAUX A., « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTDCiv.*, 1994, p.808.

¹⁰ SIRINELLI P., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 3e éd., 2016, p.25.

¹¹ STROWEL A., *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p.472.

Enfin, 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 ».¹²

Il n'existe pas de définition unanime de l'œuvre d'art, M. Dany Cohen, affirmera même que « le droit ignore ce qu'est une œuvre d'art »¹³. Il convient donc de se référer à la qualification plus générale des œuvres de l'esprit, et notamment, à celle donnée par la jurisprudence.

Au moment de la Renaissance, l'art devait remplir une fonction esthétique. Ainsi la formule « l'art pour l'art » employée pour la première fois par Victor Cousin¹⁴, et reprise par Théophile Gautier¹⁵, sous-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 Heidegger¹⁶, Hegel¹⁷ a donné la plus vaste méditation de la pensée occidentale sur l'essence de l'art. Hegel, distingue quatre types d'œuvres. D'abord, l'œuvre classique, qui est selon lui l'œuvre d'art grec, serait une œuvre achevée, tendant à la perfection. Ensuite, l'œuvre romantique, commençant avec l'apparition du christianisme, allierait recherche du beau et existence d'un sens. Puis, l'œuvre moderne qui 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-œuvre¹⁸.

Sol LeWitt disait que « l'artiste n'essaie pas de produire un objet beau »¹⁹ en parlant de l'artiste contemporain. Effectivement, les nouvelles formes d'art, appartenant notamment à l'art contemporain, ont mis à mal les définitions antérieures de l'art. Thierry de Duve²⁰ considère que la notion d'œuvre d'art a été bouleversée par les *ready-mades* de Duchamp. Dès lors, 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. Dans ce sens, Georges Dickie²¹ donne une définition de l'œuvre d'art

¹² GAUBIAC Y., « La théorie de l'unité de l'art », *RIDA* n°111, janvier 1982

¹³ DANY COHEN M., « 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.

¹⁴ « 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 » dans COUSIN V., *Cours de philosophie de 1818*, p. 224.

¹⁵ « L'art pour l'art signifie, pour les adeptes, un travail dégagé de toute préoccupation autre que celle du beau en lui-même », dans GAUTIER T., *Larousse*, XIXe) 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... » (GAUTIER T., *L'artiste*, n° du 14 déc. 1856).

¹⁶ HEIDEGGER M., *L'origine de l'œuvre d'art*, Gallimard, Paris, 1987, p.13

¹⁷ HEGEL G.W.F., *Esthétique*, LGF, 1997

¹⁸ BARDY J., *La création et l'art, chemins vers la création*, l'Harmattan, 2000.

¹⁹ LEWITT S., « Paragraphs on Conceptual Art », *Artforum*, V/10, Summer 1967, p. 204

²⁰ DE DUVE T., *Au nom de l'art : pour une archéologie de la modernité*, Editions de Minuit, 1989.

²¹ DICKIE G., *The Art Circle*, Haven, 1984.

contemporaine selon laquelle, l'œuvre d'art peut être n'importe quel artefact que le monde de l'art aura décidé de considérer ainsi.

Depuis le début du XX^e siècle, les artistes ont totalement réinventé la notion d'œuvre, « le *ready-made* de Duchamp, le monochrome de Klein, l'art en tant qu'idée de Kosuth, en imposant une « dé-définition »²² de l'œuvre, mettent au centre de l'enquête philosophique les modalités opératoires réglant son existence »²³.

On peut dire que l'art contemporain date des *Ready-mades* de Marcel Duchamp, même si on trouve quelques œuvres antérieures. Joseph Kosuth postula d'ailleurs, en 1969, que « tout art (après Duchamp) est (par nature) conceptuel car l'art n'existe que conceptuellement ». Au sein de l'art contemporain on distingue de nombreux mouvements.

M. Sanouillet constate qu' « avec cinquante ans de recul, on s'est aperçu que l'apparition des *ready-mades* en 1914 marquait non plus son évolution, ni même une révolution, dans l'histoire de l'esthétique moderne, mais une véritable mutation »²⁴.

Le *ready-made*, se caractérise par la banalité de l'objet présenté au public comme une œuvre d'art. Il s'agit d'objets industriels ou du quotidien. Selon A. Schwartz « 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 »²⁵. Duchamp introduit l'objet manufacturé dans la sphère artistique, il ne créait plus une œuvre de ses propres mains mais opérait un choix, « 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 »²⁶, en parlant de son œuvre *Fontain*, qu'il avait signé sous le pseudonyme Mr Mutt. Le TGI de Tarascon a trouvé une formule définissant parfaitement les *Ready-mades*, ainsi, la démarche de l'artiste « consiste à déclarer œuvre d'art de simples objets de la vie courante »²⁷. Duchamp a bouleversé la définition traditionnelle de l'œuvre en abandonnant le critère de forme au profit de celui de la présentation. Jeff Koons s'est inspiré de la démarche de Duchamp, lorsqu'il présente les trois shampoineuses Hoover Deluxe sous Plexiglas et lumières phosphorescentes. Comme le souligne Nadia Walravens, « aujourd'hui les *ready-mades* sont présentés comme œuvres et reconnus comme telles par les acteurs du milieu de l'art : institutions, artistes, critiques, galeries, collectionneurs... »²⁸.

²² ROSENBERG H., *La dé-définition de l'art*, Ed. Jacqueline Chambon, 1998

²³ GOODMAN N., *Langages de l'art*, éd. J. Chambon, 1990, p. 6.

²⁴ SANOUILLET M., *Duchamp du signe / Ecrits*, Flammarion, Paris, 1975 p. 11

²⁵ SCHWARZ A., *Marcel Duchamp, La mariée mise à nu chez Marcel Duchamp même*, Georges Fall, 1974, p. 60

²⁶ Revue *The Blind Man*, 1917, n°2, p. 5

²⁷ TGI Tarascon, 20 nov. 1998, *D.* 2000, jurispr. p. 128 ; B. EDELMAN, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly », *D.* 2000, chron. p. 98 et s.

²⁸ WALRAVENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporaines », *RIDA*, juill. 1999, p. 113

L'*art conceptuel*, est un mouvement qui met au coeur de sa création le concept, pour appréhender l'œuvre de la manière dont l'artiste l'a imaginé, il convient de s'imprégner de l'espace environnant l'œuvre, et s'attacher à tous les éléments la composant. L'art conceptuel met « l'accent sur l'idée et non sur la forme » et « l'idée consiste dans un slogan ou dans le détournement du sens, de la fonction ou de l'affectation d'un objet ou d'un lieu »²⁹. Tout peut être désigné comme une œuvre d'art à partir du moment où l'artiste la baptise comme telle. Ainsi, on peut citer Jakob Gautel, qui avait réalisé une œuvre *in situ* consistant en l'inscription en lettre dorées avec un effet d'usure du mot « Paradis » au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques d'un l'hôpital psychiatrique. L'artiste entendait créer un décalage pour donner à voir un lieu autrement. Plus récemment en 2007, l'artiste Evariste Richter présentait le « Lingot mort », un lingot d'or percé d'un plomb de chasse (acheté à la Foire Liste à Bâle par une banque suisse).

Le *Land Art* est apparu dans les années soixante aux Etats-Unis. Il consiste pour les artistes à utiliser la nature et le paysage comme structure et matériaux de leur œuvre. On peut citer Christo avec son emballage du *Pont-Neuf* ou du *Reichstag*. Ou bien la *Spiral Jetty*³⁰ de Smithson, une courbe longue de 457 mètres s'avancant sur le Grand Lac salé, avec ses innombrables tonnes de gravats. Pour ces artistes, la nature est un lieu où les idées peuvent s'incarner, apparaître.

L' *Happening* et le *Body art*, c'est Allan Kaprow qui a inventé le terme d'*happening* pour décrire une performance artistique en apparence anarchique, mais en réalité structurée. L'*happening* est un moyen pour les artistes de donner une certaine importance aux spectateurs. Pinoncelli, en détruisant l'urinoir de Duchamp s'est réclamé de ce courant, pour lui son geste était une action artistique éphémère, hommage à Marcel Duchamp.

Le *Body Art*, peut être présenté comme une version extrême de la performance. Dans ce courant, le corps est devenu le lieu d'expression. Le corps est présenté comme une œuvre d'art, par exemple Jeff Koons a fait de lui-même l'objet de son art, T. Godfrey a pu dire en parlant de lui, « Son corps peint à l'aérographe figure sans doute le *ready-made* suprême »³¹. Dans les années 1960, Yves Klein avait même fait du corps un « pinceau vivant », dans ses fameuses anthropométries, où il dirigeait les modèles nus qui étaient enduits de peinture. Mais c'est Orlan, qui poussa la transgression le plus loin, elle fit de son corps une fiction, ce qu'elle appelle un « travail d'auto-portrait, au sens classique, mais avec des moyens technologiques qui sont ceux de notre temps. Il oscille entre figuration et refiguration. Il s'inscrit dans la chair parce que notre époque commence à en donner la possibilité. Le corps devient un *ready-made* modifié car il n'est plus ce *ready-made* idéal qu'il suffit de signer »³².

Dans un domaine plus extrême, on peut faire référence aux plastinations de corps humain et aux œuvres présentant des cadavres. Le docteur Gunther von Hagens découvrit la

²⁹ POLLAUD-DULIAN F., « Oeuvre protégée. Art conceptuel. Idées. Forme. Originalité », *RTD Com.* 2009, p. 121

³⁰ *Spiral Jetty* est une œuvre qui a été réalisée en 1970 par Robert Smithson

³¹ GODFREY T., *L'art conceptuel*, Phaidon, 2003, p. 394.

³² ORLAN, *De l'art charnel au baiser de l'artiste*, J.-M. Place et Fils, 1997, p. 1.

plastination en 1977 et la fit brevetée entre 1977 et 1982. Concernant les œuvres mettant en scène des cadavres, un groupe réunissant plusieurs artistes chinois utilisait des cadavres humains dans leurs œuvres, ces expositions battent des records d'affluence³³.

Enfin, on peut aussi évoquer *l'appropriationnisme*, depuis quelques années, ce mouvement tendant à transformer des œuvres préexistantes se développe. Néanmoins, on retrouve ce phénomène dès les années 1960 mais ce n'est que dans les années 1970-1980, que l'appropriationnisme apparaît avec Elaine Sturtevant, Andy Warhol, Sherrie Levine, Richard Prince ou Jeff Koons³⁴. L'appropriationnisme consiste à reprendre une œuvre préexistante et la signer en faisant passer un message différent de celui de l'œuvre reprise.

Y. Michaud écrit « que toutes sortes de pratiques, absolument toutes, peuvent à un moment donné et dans certaines conditions faire partie de l'art contemporain »³⁵.

L'art contemporain s'oppose à la vision antérieure de l'art en ne s'attachant plus aux formes et aux matériaux, mais aux idées et aux sens. N'empruntant pas une forme traditionnelle, l'œuvre contemporaine demande 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 contemporain a eu un effet déterminant sur la pensée de nombreux artistes. « L'artiste contemporain se revendique comme un homme qui n'a rien d'exceptionnel, un homme comme un autre qui n'a pas honte d'aimer la vie moderne, les objets ordinaires, la publicité, voire la vulgarité ; un homme qui joue avec les représentations de la banalité, bref qui s'approprie l'esthétique de tous les jours »³⁶.

L'art contemporain est parfois difficile à cerner tant par la diversité des démarches artistiques que par l'ampleur de son influence sur différentes tendances contemporaines.

On retient une acceptation large qui est fondée sur l'affirmation de la primauté de l'idée sur la réalisation. Depuis le 15^e siècle avec l'appartenance de la peinture aux arts libéraux où le travail de l'esprit tient la plus 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 contemporain. Pour Sol LeWitt³⁷, 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 ». Selon lui, « 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

³³ 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

³⁴ Voir not. BZYLOT P., *Emprunts et citations dans le champ artistique*, L'Harmattan, 2005 ; BERTHET D., *Art et appropriation*, Ibis rouge, 1998.

³⁵ MICHAUD Y., *L'art à l'état gazeux*, Hachette, 2003, p. 53

³⁶ EDELMAN B., « Le « Paradis » de la Nouvelle Eve dans l'enfer du droit d'auteur », *op. cit.*

³⁷ LEWITT S., « Paragraphs on Conceptual Art », *op. cit.*

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.

On retient aussi une acceptation restreinte, pour 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 contemporain que d'artistes contemporains. 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 contemporain n'a cependant jamais pu se passer de réalisations formelles qui se matérialisent le plus souvent par la photographie ou des installations diverses.

L'art contemporain, fait voler en éclats « l'objet-œuvre d'art », soit que l'œuvre soit réduite à un choix d'objet et de présentation, à un procédé, ou à un événement. L'artiste a mené la création sur tous les terrains, empruntant toutes les voies possibles (voir impossibles), et imaginables (voir imaginaires). De ce fait, la plupart des œuvres d'art relèvent aujourd'hui d'une intellectualisation de la création et sont particulièrement concernées par la question de leur protection par le droit d'auteur.

Même si le domaine des arts est le champ naturel du droit d'auteur, les créations contemporaines ne cadrent pas avec les discours traditionnels qui règnent chez les juristes, elles sont réputées faire perdre au droit d'auteur ses repères³⁸. L'art contemporain oblige par conséquent le juriste à sortir des catégories reçues. Il convient de rappeler que dans un premier temps l'art contemporain s'est heurté aux critères de qualification de l'œuvre d'art retenu en droit d'auteur. En 1926, une œuvre de Brancusi, *Oiseau dans l'espace*, avait été saisie par les douanes américaines qui avaient refusé de lui appliquer l'exonération réservée aux œuvres d'art et exigées que Brancusi s'acquitte de la taxe appliquée à la matière brute. Il s'ensuivit un procès qui s'achèvera 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 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.

Les problèmes rencontrés par le droit d'auteur et l'art contemporain émanent d'une différence de rythme ; Gérard Sousi³⁹, développe cette conception « le temps et le rythme de la création contemporaine ne sont pas le temps et le rythme du Droit. La création contemporaine s'exprime, voire explose, ici et maintenant ; elle peut jaillir en quelques instants et même dans l'instant. A l'opposé, le Droit ne connaît pas le « *ready made* », il se construit laborieusement et n'intervient le plus souvent que tardivement après avoir pris la mesure des situations qui peuvent justifier son intervention. Le Droit ne fait que réguler ou régir un état de fait déjà constaté. Il convient donc de solliciter le Droit, parfois longtemps, et avec

³⁸ EDELMAN B., « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly », note sous TGI de Tarascon du 20 nov. 1998, *D.* 2000, p. 98

³⁹ SOUSI G., « L'art contemporain entre exigence de droits et contraintes du Droit », *Séminaire l'art contemporain confronté au droit*, Institut Art et droit, 8 juin 2006, p. 2

insistance, pour qu'il réponde par de nouvelles normes aux besoins exprimés ». De ce fait, la confrontation de l'art contemporain au droit vient de l'inadaptation des normes anciennes, qui sont devenues source de blocages au développement d'un art et de son marché. Ainsi, les mots de G. Sousi prennent tout leur sens, « l'art n'est pas seulement associé au Droit, mais confronté au Droit ! Le terme de confrontation évoque certes l'échange, le débat mais aussi l'affrontement, voire le conflit »⁴⁰.

Toutefois, la doctrine estime qu'il est important que le droit d'auteur prenne en compte dans le champ de sa protection l'œuvre contemporaine, tout comme selon elle, c'est le droit d'auteur qui protège naturellement l'œuvre contemporaine puisque rappelons le, « le domaine des arts est le champ naturel du droit d'auteur ». Dans ce sens, Christophe Caron souligne, qu' « il est évident que le droit d'auteur ne remplirait plus son rôle s'il ignorait certaines manifestations contemporaines de l'art, entraînant alors une fracture avec le monde de l'art, son marché, ses musées, et ses auteurs »⁴¹. De même, selon Galan, « à défaut d'être à même d'en épouser toutes les manifestations, le droit de la propriété littéraire et artistique constitue « le cadre naturel de protection de l'art contemporain » ».

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 »⁴².

De ce fait, dans quelles mesures l'œuvre contemporaine peut-elle devenir une œuvre de l'esprit ? Dans ce sens, les conceptions actuelles des notions de forme et d'originalité s'adaptent-elles à l'art contemporain ?

Comme le résume justement P.-Y. Gautier « L'originalité constitue l'âme de l'œuvre, la forme étant son corps ». Pour pouvoir être protégée, l'œuvre contemporaine doit donc classiquement revêtir d'une forme qui doit être de surcroît originale. Selon Pierre Sirinelli, « les frontières entre l'exigence de forme et celle d'originalité ne sont pas toujours nettement tracées »⁴³. En effet, en l'absence de définition, la frontière entre les deux notions peut paraître de prime abord insaisissable. La définition que leur a donnée la doctrine en est la conséquence, celle-ci étant large et pouvant avoir plusieurs sens. Néanmoins, cela est bénéfique à l'intégration de l'œuvre contemporaine dans le champ de la protection. La difficulté émanant désormais de l'adaptation de la jurisprudence à une nouvelle conception

⁴⁰ SOUSI G., « L'art contemporain entre exigence de droits et contraintes du Droit », *ibid.* , p. 3

⁴¹ CARON C., « L'art conceptuel au paradis de la Cour suprême », *CCE, JurisClasseur*, n°1134, 1995, p. 24

⁴² BERENBOOM A., *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., De Broeck & Larcier s.a., Bruxelles, 1997, n°4.

⁴³ P. SIRINELLI, note sous TGI Paris, 7 mai 2010, *RIDA* 2010, p. 387

de la définition actuelle de la forme et de l'originalité qui permettrait l'intégration de l'œuvre contemporaine.

Ainsi, l'originalité de certaines de ces manifestations contemporaines de l'art est discutée, la question soulevée par l'art contemporain est de savoir si cet art est créateur d'œuvres originales (Partie II), et dans l'affirmative si la conception par le droit d'auteur de la notion de forme ne se trouve pas périmée (Partie I).

Partie I - L'adaptation souhaitable de la de l'exigence de forme face à l'émergence de l'art contemporain

Selon les Professeurs Lucas et Bernault « 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 »⁴⁴. Ainsi, pour pouvoir prétendre à la protection accordée par le droit d'auteur, la création doit revêtir d'une forme. Il est à noter cependant que toutes les créations ne sont pas des œuvres de l'esprit⁴⁵ sujet à la protection par le droit d'auteur.

Traditionnellement, pour la doctrine toutes les œuvres de l'esprit ont une forme, Philippe Gaudrat a pu dire que la notion de forme est « un concept central de la propriété littéraire et artistique »⁴⁶, ainsi la forme est « une condition première de la naissance du droit »⁴⁷ (I).

Cette exigence formelle était adaptée au prémisses du droit d'auteur, et concernant les œuvres d'art au développement des Beaux-arts. Toutefois, avec l'émergence de nouvelles formes artistiques, et de mouvements prônant le concept au cœur de la création, reléguant la forme au second plan, il apparaît une inadéquation avec pour conséquence un vide juridique source d'insécurité. Il semble alors nécessaire de faire place à une nouvelle conception de la notion de forme permettant l'intégration de nouveaux éléments qui permettrait de prendre en compte la création contemporaine (II).

I. La conception traditionnelle de la création formelle face à la création contemporaine

La loi ne définit pas le concept de forme et n'y fait référence que de manière détournée, on retrouve la notion à l'article L. 112-1 du CPI qui précise que l'œuvre est protégée « quels qu'en soient [...] la forme d'expression ».

Henri Desbois déduit de cette disposition, une volonté implicite du législateur de ne protéger seulement les œuvres concrétisées dans une forme, ainsi « 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 »⁴⁸.

⁴⁴ LUCAS A., LUCAS-SCHLOETTER. A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 5^e éd, 2017., p.81

⁴⁵ Article L. 111-1 du CPI : « 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. »

⁴⁶ GAUDRAT Ph., *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, in *Mél. en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 195.

⁴⁷ Selon l'expression de CA Paris, 12 nov. 2010 : PIBD 2011, n°931, III, p. 21

⁴⁸ DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, p. 22

Dans sa conception la plus traditionnelle, la doctrine définit l'œuvre comme une création de forme, Pierre-Yves Gautier a pu dire que la forme est à l'œuvre ce que le corps est à la personne⁴⁹.

La forme n'étant pas définie par la loi, il a été nécessaire de se tourner vers la doctrine et la jurisprudence pour cerner la notion. C'est ainsi que la doctrine a dégagé une conception exigeant une forme tangible et excluant les idées de la protection (A). Néanmoins, avec le développement de l'art contemporain, notamment de l'art conceptuel cette conception semble toutefois dépassée (B).

A. La nécessité d'une création formelle au cœur de la conception

En principe, le droit d'auteur ne protège que les créations de forme, et refuse de protéger les idées, qui ne peuvent être considérées comme des œuvres, celles-ci n'étant pas des réalisations concrètes. L'exigence de forme découle de la volonté de délimiter le domaine de la protection, elle établirait donc la frontière entre le monopole et le domaine public. D'autant plus, que selon Edouard Treppoz, « l'équilibre entre protection et création est alors assuré par cette distinction nécessaire entre forme et idée. Alors que la forme est protégée, l'idée demeure de libre parcours afin justement que chacun puisse librement se l'approprier pour créer »⁵⁰.

Cette conception initiée par Desbois, déduit de la loi une volonté implicite de ne protéger que les œuvres concrétisées dans une forme, à l'inverse les idées sont de libre parcours (1). Si la loi donne pour seule indication l'indifférence de la forme, la jurisprudence impose que cette forme soit perceptible aux sens (2).

1. L'exclusion des idées de la protection

Henri Desbois entendait par idée deux notions « non antithétique, mais complémentaire l'une de l'autre »⁵¹, d'une part, il y aurait « l'idée abstraite », le « thème d'ordre intellectuel », et, d'autre part, « la donnée concrète », néanmoins, aucune d'elles ne peut faire l'objet d'une appropriation.

On regroupe dans le terme d'idées 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 ». Les idées ne sont alors susceptibles d'aucune protection, et sont hors de portée du droit d'auteur, elles sont de libre parcours. Si les idées sont exclues de la protection, les œuvres pour pouvoir être protégées doivent être « matérialisées » dans une forme concrète.

⁴⁹ GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, op. cit. n°37

⁵⁰ TREPPOZ E., « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *RLDI*, n°82, 1er mai 2012

⁵¹ DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, op. cit.

Le libre parcours des idées - La théorie de la matérialisation. Il est admis que les idées ne peuvent être protégées en tant que telles. En effet, l'adage « les idées sont par essence et par destination de libre parcours »⁵², dégagé par Desbois est désormais « un principe fondamental du droit de la propriété intellectuelle »⁵³. Au stade de l'idée, l'acte ne pourrait être créateur, et la création sujet du droit d'auteur n'interviendrait que postérieurement, au stade de sa mise en forme⁵⁴. Selon 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 personnelle⁵⁵. L'exclusion de la protection des idées résulte du fait que l'idée est en elle-même abstraite, indéterminée et insaisissable, faire d'elle un objet de droit serait source d'insécurité.

L'adage selon lequel les idées sont de libres parcours est concrétisé dans la théorie dite de la matérialisation. Initiée au XIXe siècle, elle conduit à nier que l'idée soit un objet de droit et ce, sur deux fondements, d'abord l'idée a été puisée dans le fond commun appartenant à tous⁵⁶. Ensuite, selon Pierre-Yves Gautier le processus de création artistique doit être vu comme « un enfantement »⁵⁷, « l'œuvre est conçue - c'est « l'idée » ; puis intervient la gestation : préparation, assemblage, coordination (plan) croissance - c'est la « composition » ; enfin, l'œuvre vient au monde : écriture du roman, de la pièce, du scénario - c'est l'expression ». Et c'est dans ce sens qu'irai l'article L. 112-1 CPI, en parlant de « la forme d'expression ».

Le Professeur Théo Hassler est partisan de cette théorie dans une certaine mesure, « dès lors qu'il y a matérialisation de l'idée, celle-ci devient le plus souvent protégeable, ce qui illustre l'ambiguïté du critère de protection. Contrairement à un sentiment reçu, les idées sont protégées, même si cela est fait indirectement et quelque peu hypocritement ». Selon lui, l'idée est protégée indirectement dans sa forme.

La jurisprudence est constante et a pu confirmer cette conception traditionnelle en excluant les idées de la protection à de nombreuses reprises⁵⁸. Ainsi, dès 1908, la jurisprudence a soutenu cette position doctrinale, 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 ». Mais cette position fut

⁵² DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, p. 22

⁵³ LUCAS A., LUCAS-SCHLOETTER. A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, p.79

⁵⁴ TREPPOZ E., « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? », *RIDA*, juill. 2006

⁵⁵ FICHTE J.-G., « Preuve de l'illégitimité de la reproduction des livres, un raisonnement et une parabole », in E. KANT, *Qu'est-ce qu'un livre ?*, PUF, 1995

⁵⁶ Voir *infra*.

⁵⁷ P GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, p. 53.

⁵⁸ Cass. civ. 1ère, 17 juin 2003, *Afflelou*, *Bull. civ. I*, n°148, p. 116, *Com. com. electr.*, sept. 2003, n°80, obs. C. CARON ; Cass. civ. 1ère, 5 juill. 2006, *La Totale*, non publié au Bulletin, pourvoi n°04-16687, *RIDA*, oct. 2006, p. 353 ; Cass. civ. 1ère, 17 oct. 2000, *Bull. civ. I*, n°248 p. 162 ; Cass. civ. 1ère, 25 mai 1992, *Bull. civ. I*, n°161, p. 111 ; Cass. civ., 1ère, 8 nov. 1983, *Bull. civ. I*, n°260, p. 233.

pleinement consacrée par un arrêt de la Cour de cassation 1960, qui a confirmé la position d'une cour d'appel qui énonçait qu' « une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas susceptible en elle-même d'une appropriation privative »⁵⁹. Même si certaines décisions ponctuelle admettent que la protection n'émane pas nécessairement de la forme définitive à laquelle le public aura accès mais dans « les éléments intellectuels constitués par les personnages, l'intrigue, le canevas de l'action »⁶⁰. Le principe de l'exclusion des idées du champ de la protection est de jurisprudence constante et il est régulièrement rappelé, la Cour de cassation a pu décidé en 2000⁶¹ que « 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'auteur », à propos de la reprise d'une idée publicitaire. Plus récemment, le principe a été rappelé, dans une affaire opposant Orlan et Lady Gaga, l'artiste plasticienne reprochait à la chanteuse d'avoir reproduit son univers dans un de ses clips, le tribunal a souligné que « le fait d'implanter sur n'importe quel visage quatre implants y compris aux endroits précités ne ressort que d'une idée et ne peut être considéré comme art conceptuel faute d'être sous-tendu par un message ou une intention artistique claire de l'auteur »⁶². On décèle dans la réaffirmation périodique de ce dogme un « principe général du droit d'auteur »⁶³.

On retrouve aussi cette conception d'absence de protection des idées, dans le *copyright* qui ne protège pas les idées, les méthodes, les procédés en tant que tels, le concept de *idea-expression dichotomy* a été consacré par la jurisprudence *Kenrick v. Lawrence*⁶⁴. Plus récemment M. Fint a désigné l'originalité comme « la manière dont l'œuvre est réduite à une forme matérielle et non pas à l'originalité de l'idée sur laquelle elle repose »⁶⁵. Comme le droit français, le droit anglais protège la forme et non pas l'idée. C'est l'aboutissement de l'artiste dans sa création, la qualité de celle-ci et le travail qu'elle a engendré qui est regardé, on retrouve la conception du « *skill, labour and judgment* ».

L'existence d'une doctrine minoritaire - la protection de certaines idées. Dans les années 1970, Raymond Lindon, admettait l'existence d'un fonds commun des idées - idées insusceptibles d'appropriation -. Il met en avant la théorie selon laquelle une idée peut être protégée dans la mesure où son concepteur est incapable de la mettre lui-même en forme, et en confie la réalisation à un tiers, de ce fait, le concepteur doit être reconnu comme

⁵⁹ Cass. 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.

⁶⁰ CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1958, *JCP* 58 II 10412

⁶¹ Cass. 1ère civ., 17 oct. 2000, *JCP G* 2000, IV, n° 2786 ; V. aussi CA Versailles, 19 juin 1997 : *Gaz. Pal.* 1999, 1, somm. p. 445, une méthode d'analyse de diverses variables de certaines données du marché n'est pas en tant que telle protégeable comme œuvre littéraire ; CA Paris, 21 janv. 1998 : *D. affaires* 1998, p. 300, obs. J. P.-S., refus de protection par le droit d'auteur de la présentation du concept pédagogique d'un ouvrage de conjugaison au moyen d'un jeu et d'une articulation de couleurs ; CA Paris, 13 oct. 1999 : *PIBD* 2000, III, p. 93, une idée publicitaire n'ayant pas été conduite jusqu'à une création ne relève pas du droit d'auteur

⁶² TGI Paris, 7 juill. 2016, n° 13/12836, *Juris art etc.*, 2016, n°39, p. 13, note, P. NOUAL

⁶³ GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*

⁶⁴ *Kenrick v. Lawrence*, 1890, 25 QBD 99 - *Designers Guild Ltd v. Russell Williams*, 2000, FSR 121 (CA)

⁶⁵ FINT M, *A user's guide to copyright*, 2nd. éd., Butterworth, London 1984, p. 18 - WHALE T. F. et PHILIPS J., *Whale on copyright*, 3e éd., ESC, 1983, p. 34

coauteur de l'œuvre finale, ce qui emporte que l'idée en tant que telle est reconnue comme protégeable. Cette doctrine a fait application dans l'affaire *Renoir*⁶⁶, Renoir ayant perdu l'usage de ses mains faisait réaliser ses œuvres par son élève Guino, Renoir et Guino s'étaient vu reconnaître la qualité de coauteur par la Cour.

La doctrine d'Ivan Cherpillod s'inscrit aussi dans ce courant, il distingue les idées exprimées de celle qui ne le sont pas. Les idées non exprimées, n'ayant pas franchi le seuil de l'expression ne peuvent pas être protégées, cependant, les idées exprimées avec un contours déterminables du fait de l'expression, peuvent passer le test de l'originalité. Ainsi, une idée concrétisée et originale doit pouvoir être protégée.

Malgré ces doctrines accueillant la protection des idées, elles restent minoritaires, et il est de jurisprudence constante l'exclusion des idées du domaine d'intervention du droit d'auteur. Nombreuses sont les raisons de cette exclusion, il s'agit notamment d'éviter que l'emprise des monopoles ne soit excessive et entraîne une réservation du fonds. En effet, une idée peut se décliner en de nombreuses formes protégeables et donc en de nombreuses œuvres de l'esprit. Protéger une idée risquerait de paralyser toute création qui en est issue.

La préservation du fonds commun. Permettre la protection des idées, et par conséquent leurs appropriations conduirait à en interdire toute utilisation ultérieure. Selon E. Pouillet, « la pensée elle-même échappe à toute appropriation, elle reste dans le domaine inviolable des idées, dans le privilège et d'être éternellement libre »⁶⁷. L'économiste Leon Walras a ainsi résumé la pensée, « le fonds commun des idées n'est ni valable, ni appropriable... tout au plus est-il de la richesse naturelle »⁶⁸.

De ce fait, il y aurait un fonds commun des idées, un domaine public qui permettrait un renouvellement perpétuel de la création. Serait inclus dans ce domaine public 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 et les œuvres qui, de par leur nature, appartiennent au domaine public⁶⁹.

Protéger les idées serait alors un frein à la création, et assécherait les productions futures. La jurisprudence a confirmé cette opinion - si l'on venait à protéger une œuvre originale, on aboutirait à une privation du fonds commun - c'est pour cette raison que la loi ne protège que la création d'objets déterminés, individualisés et parfaitement identifiables, et non pas

⁶⁶ Cass. Civ, 1^{re}, 13 nov. 1973, *D.* 1974, 533, note COLOMBET, *Gaz pal*, 1974, I, 93, JCP 1975, II, 18029, note MANIGNE

⁶⁷ POUILLET E., *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3e éd., Paris, 1908, ILGJ, p. 45

⁶⁸ WALRAS L., « De la propriété intellectuelle. Position de la question économique », *Journal des économistes*, Tome 24, n°12, déc. 1859, p. 405.

⁶⁹ TGI Paris, 7 mars 1990, *Toscanni 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.

les genres, ou familles de formes⁷⁰. Le tribunal de grande instance de Paris a pu juger que le « genre cubiste » relevait « du fonds commun de la création et de la connaissance humaine »⁷¹.

Selon la doctrine, l'idée issue du fonds commun n'a aucune valeur, du moins tant qu'elle n'est pas concrétisée dans une forme, 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 »⁷².

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 »⁷³. Il y a un fonds commun auquel tous les auteurs peuvent puiser des idées, et c'est pour cette raison que seules les formes prises par les idées peuvent être protégées par le droit d'auteur. A ce titre E. Pouillet énonçait que « ce fonds 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 »⁷⁴. Le libre parcours des idées participe donc au maintien des idées dans un fonds commun, il y a là un objectif de préservation d'une liberté fondamentale, la liberté d'expression dont découle la liberté de création.

La préservation de la liberté de création et de l'intérêt collectif. La raison de l'exclusion de la protection des idées, réside aussi dans l'intérêt de la collectivité, en effet leur appropriation entraverait le progrès de la science et de la culture. Ainsi, un équilibre doit être trouvé pour inciter la création par sa protection sans pour autant l'assécher par une protection excessive.

Selon Anatole France, « une idée ne vaut que par la forme et donner une forme nouvelle à une vieille idée, c'est tout l'art, et la seule création possible à l'humanité »⁷⁵. Une idée n'est pas unique, elle est déclinable, c'est-à-dire avec une idée il est possible de faire un nombre impensable d'œuvre, par exemple, si emballer le Pont-Neuf est une œuvre unique, insusceptible de reproduction, il est possible de reprendre l'idée d'emballer des monuments historiques, et ainsi reproduire la démarche. Ainsi, la protection des idées, amputerait la

⁷⁰ TGI Paris, 26 mai 1987, *D.* 1988, Somm. p. 201, obs. COLOMBET.

⁷¹ TGI Paris, 3 juin 1998, *Gaz. Pal.* 1998, Somm. p. 689 et 690, « le genre cubiste issu de l'intuition créatrice de Pablo Picasso et révélé matériellement par ses nombreuses œuvres ne peut être l'objet d'un monopole quelconque de propriété artistique que pourraient revendiquer le peintre et ses ayants droit. Il s'agit plutôt d'un style ou d'une école qui relève du fonds commun de la création et de la connaissance humaines et reste, à ce titre, inconciliable avec toute appropriation exclusive par quiconque »

⁷² EDELMAN B., « Création et Banalité », *Dalloz*, n°12, 1983, p.14.

⁷³ GAUDRAT Ph., « Objet du droit d'auteur. Oeuvres protégées. Notion d'œuvre », *Juris-classeur Propriété littéraire et artistique*, 1995, fasc. 1134, n°16.

⁷⁴ POUILLET E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, ILGJ, 1908.

⁷⁵ FRANCE A., *Apologie pour le plagiat : La vie littéraire*, 1892, réédité par les éditions du Sonneur, 2013, p. 20.

création d'un grand nombre d'œuvre, et priverait des auteurs de leur liberté de création, liberté pourtant fondamentale. Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière⁷⁶ relèvent qu'il est difficile de s'exprimer si l'on ne peut pas librement disposer du fonds commun.

Chacun doit pouvoir reprendre des idées, des situations, des thèmes pour en donner sa propre vision dans une forme différente et personnelle. Le droit d'auteur refuse de protéger par exemple, les idées littéraires⁷⁷, artistiques⁷⁸, décoratives⁷⁹, publicitaires⁸⁰, les découvertes⁸¹, les faits historiques⁸², ou encore les styles, les genres⁸³, les thèmes⁸⁴ ou les manières. Cette liberté serait réduite à néant si l'on était contraint de solliciter sans cesse l'autorisation des auteurs ou inventeurs « créateurs » d'idées, c'est dans ce sens que va la décision rendue par la Cour de cassation, concernant l'affaire de la suite des *Misérables* de Victor Hugo⁸⁵.

Selon Nadia Walravens⁸⁶, « 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 ».

De même, la préservation de la liberté de création, engendre la préservation de la liberté du commerce et de l'industrie et la diffusion du progrès, Philippe Le Tourneau⁸⁷ met en avant le principe selon lequel le libre parcours des idées favorise la *diffusion* des idées et les progrès qu'elles sont susceptibles d'engendrer. C'est dans cette optique qu'il est important que les idées puissent se propager sans entraves, et qu'elles puissent ainsi pénétrer « dès leur émission dans le fonds commun ».

⁷⁶ VIVANT L. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4e éd., 2019, p.179

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 CA Colmar, 11 février 1987, *D.*, 1988, som. Com. 393, obs. COLOMBET, ou encore CA 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. 1ère, 17 oct. 2000, « Eminence », *Bull. civ.I*, n°248, p.156.

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. Electr.*, nov. 2002, p. 23, n°138, obs. C. CARON

⁸² Cass. Crim., 16 juin 1955, *Caruso*, *D.*, 1955, p.554 ; TGI Paris, 7 mars 1990, *Toscanni au Brésil*, *D.*, 1991, som. Com. 87, obs. C. COLOMBET

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 Cass. 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 Cass. Civ. 1ère, 30 janv. 2007, *JCP* 2007.II. 10025, note CARON, *Propri. Intell.* 2007, n°23, p. 207, obs. A. LUCAS ; Les juges soulignent sous le visa de l'article 10 Conv. EDH que « sous réserve du respect du nom et l'intégrité de l'œuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation donc ils ont bénéficié ».

⁸⁶ WALRAVENS N., *L'œuvre d'art en droit d'auteur, forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005, p. 376-377.

⁸⁷ LE TOURNEAU Ph., « Folles idées sur les idées », *Com. com. electr.*, n°2 févr. 2001, chron. 4

2. Une forme perceptible aux sens

« La perceptibilité aux sens n'a pas de sens sans perception »⁸⁸, comme le soutient Alain Berenboom, la protection suppose la volonté de communiquer par la mise en forme. L'essence même d'une œuvre est d'être communiquée, elle s'adresse à l'homme, elle doit nécessairement se traduire dans une forme sensible. La Cour de cassation précise que le droit d'auteur « protège les créations dans leur forme sensible »⁸⁹. Ainsi, la jurisprudence fait appel aux cinq sens pour assurer la réception de l'œuvre par le destinataire.

La concrétisation dans une forme. « Tout ayant déjà été dit l'auteur se bornerait à puiser dans « *le trésor inépuisable* » qu'est ce fonds commun d'idées »⁹⁰. La création interviendrait postérieurement au stade de la mise en forme.

Le droit d'auteur ne protège que les œuvres concrétisées dans une forme perceptible aux sens⁹¹. L'auteur doit avoir extériorisé sa création, selon le Doyen Cornu⁹² l'œuvre n'existe pas, si elle n'est pas extériorisée, c'est la forme qui permet à l'œuvre d'exister, ainsi, 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. ». Christophe Caron dans le même esprit relève que « si la forme n'est pas perceptible par autrui (ou susceptible de l'être), il ne peut pas exister une œuvre de l'esprit »⁹³, en effet, c'est la seule forme qui révèle le caractère personnel de l'auteur et qui permet de juger de son originalité. Henri Desbois considérait 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 »⁹⁴.

L'idée n'est qu'un préliminaire à la création, pour qu'une création puisse être sujet au droit d'auteur, elle doit s'exprimer dans une forme perceptible par un sens, peu importe le sens, le langage. La forme est destinée à être communiquée au public, c'est pour cette raison qu'elle doit être sensible, perceptible à l'esprit, même si la création n'est pas intelligible par tous, elle doit l'être au moins pour une partie de la population. Ainsi, 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

⁸⁸ DEMARSIN B. et PUTTEMANS A., *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, 2012, n° 39

⁸⁹ Cass. com. 10 déc. 2013, *Comm. com. electr.* 2014, comm. 13, note C. CARON et chron. 9, obs. A.-E. KAHN ; *Prop. intell.* 2014, n°50, p. 51, obs. J.-M. BRUGUIÈRE

⁹⁰ TREPPOZ E., « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *op. cit.*

⁹¹ Cass. Civ. 1ère, 29 nov. 2005, *Com. com. électr.*, février 2006, p. 27, note C. CARON

⁹² CORNU G., *droit civil*, tome 1, Domat, 8^{ème} édition, 1997, n°1688, « 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 »

⁹³ CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^e éd. 2017

⁹⁴ DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, p. 11

idées elles-mêmes »⁹⁵, par « élément tangible », elle entend une forme perceptible aux sens, le seul moyen pour qu'une œuvre soit tangible est qu'elle soit perceptible.

En somme, comme Augustin-Charles Renouard le relève, la pensée n'est pas appropriable du seul fait qu'elle existe, si elle n'est pas retransmise dans une forme tangible c'est-à-dire perceptible par les sens, « 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. Dans ce sens, Pouillet résume même l'œuvre de l'esprit à la concrétisation de la pensée de l'auteur dans une forme, « 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.

De facto, la sensibilité est reçue par l'homme par l'un de ses sens, par n'importe lequel, l'article L. 112-1 du CPI interdit toute forme de discrimination, puisqu'il importe peu « la forme d'expression », le juge doit rester neutre et il ne doit exclure aucune catégorie d'œuvre a priori. Néanmoins, cette prohibition est remise en cause par la jurisprudence, qui refuse fréquemment la protection à des œuvres perceptibles par un sens.

Discrimination de certaines créations. La neurophysiologie distingue trois sens mécaniques - le toucher, l'ouïe et la vue - et deux sens chimiques - le goût et l'odorat -. On constate que le droit d'auteur s'attache principalement aux sens mécaniques, ceux-ci étant facilement descriptibles objectivement. Contrairement aux sens chimiques indescriptibles par définition et dont l'appréhension est purement subjective, différant d'un individu à l'autre. Si la forme de la création est indifféremment visuelle (œuvres d'art, écriture) ou auditive (œuvres musicales). Il est plus rare que les créations gustatives et olfactives soient protégées.

Concernant les œuvres olfactives, la jurisprudence refuse de les protéger en décidant que la fragrance d'un parfum « ne revêt pas une forme » qui peut « bénéficier de la protection par le droit d'auteur »⁹⁸. La question de la protection du parfum par le droit d'auteur est grandement controversée, les œuvres étaient traditionnellement réservées par le secret (les grandes maisons de parfum gardaient confidentielle les formules), cependant le progrès technologique a bouleversé cette technique⁹⁹. L'industrie du parfum recherche de plus en

⁹⁵ DURRANDE S., *Propriété littéraire et artistique*, Encyclopédie Dalloz pénal, volume V, 1996, p.3

⁹⁶ RENOARD A.-C., *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, J. Renouard et Cie, 1839, p.454.

⁹⁷ POUILLET E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, *op. cit.* p.36.

⁹⁸ Cass. com. 10 déc. 2013, *Comm. com. electr.* 2014, comm. 13, note C. CARON et chron. 9, obs. A.-E. KAHN ; *Prop. cintel.* 2014, n°50, p. 51, obs. J.-M. BRUGUIÈRE

⁹⁹ BALANA S., « L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur », *Prop. Intell.*, juillet 2005, n°16 p. 254-268

plus à faire protéger les fragrances par le droit d'auteur, puisque celle-ci pèse de plus en plus lourd dans l'économie.

La jurisprudence n'avait pas fermé la porte à leur protection, dans un premier arrêt¹⁰⁰ elle n'excluait pas la protection des œuvres de l'esprit perceptibles par d'autres sens que ceux de l'ouïe et la vue, cependant elle avait refusé le bénéfice du droit d'auteur à une fragrance qu'elle regardait comme une « technique industrielle permettant d'obtenir un produit ». Depuis les années 2000, une vague d'arrêts¹⁰¹ apprécie de manière implicite la possibilité pour un parfum d'être considéré comme une œuvre de l'esprit susceptible d'être protégée par le droit d'auteur, sans jamais le consacrer en tant que telle. Aujourd'hui, la jurisprudence ne reconnaît pas au parfum la qualité d'œuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur. La Cour vient clore le débat sur la protection des fragrances, selon elle « la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas [...] la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur »¹⁰². Dans une autre affaire¹⁰³, elle affirmera clairement, « Le droit d'auteur ne protège et création dans la forme sensible qu'autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication », et décida par la suite, « la fragrance d'un parfum, qui, hors son procédé d'élaboration, lequel n'est pas lui-même une œuvre de l'esprit, ne revêt pas d'une forme présentant cette caractéristique, ne peut des lors bénéficier de cette protection par le droit d'auteur ».

En mettant au même rang la fragrance d'un parfum et le savoir-faire, la Cour de cassation confond souvent la procédure d'exécution de création de l'œuvre avec son aboutissement, dont la forme, si elle est originale peut être protégée par le droit d'auteur. On remarque alors une position bancal de la part des juges français, qui ne peuvent d'inscrire dans une unité jurisprudentielle internationale, en effet, autant les Pays-Bas ont accordé la protection par le droit d'auteur au parfum *Trésor* de Lancôme¹⁰⁴, autant les Etats-Unis autorise la vente de copie de parfums.

S'agissant des œuvres gustatives, elles ne sont pas susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur, le tribunal de grande instance de Paris l'a clairement jugé, « si les recettes de cuisine peuvent être protégées dans leur expression, elles ne constituent pas en elles-mêmes une œuvre de l'esprit : elles s'analysent en effet en une succession d'instructions,

¹⁰⁰ CA Paris, 4e ch. 3 juill. 1975, *RIDA* 1/1977, p. 108 ; *D.* 1976, somm. p. 19 ; *Gaz. Pal.* 1976, 1, p. 43, note Calvo et Morelle

¹⁰¹ CA Paris 4^e ch. 28 juin 2000, *Clarins c/ Batignolles*, *PIBD* 2000, n° 708, III, 549. - TGI Paris 3^e ch., 3^e sect., 28 mai 2002, *Beauté Prestige International c/ Bellure*, *RG* n° 01/271, inédit, cité par J.-C. GALLOUX, « *Profumo di diritto* – Le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur », *D.* 2004, n° 36, p. 2642.

¹⁰² Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, n°02-44.718, *RIDA*, 4/2006, p. 49 ; *JCP G*, 2006, II, 10138, note POLLAUD-DULIAN, *Com. com. electr.*, 2006, comm. 119, note CARON ; En ce sens, dans les mêmes termes, Cass. com. 1^{er} juill. 2008, n°07-13.952, *RIDA*, 3/2008, p. 315 ; *D.*, 2009, p. 1182, note B. EDELMAN

¹⁰³ Cass. com. 10 déc. 2013, *Comm. com. electr.* 2014, comm. 13, note C. CARON et chron. 9, obs. A.-E. KAHN ; *Propr. cintel.* 2014, n°50, p. 51, obs. J.-M. BRUGUIÈRE

¹⁰⁴ Cass. Civ. 1^{ère} ch., 16 juin 2006, *Lancôme Parfums et Beauté et Cie B. V. c/ Kecofa B. V.*

une méthode. Il s'agit d'un savoir faire qui n'est pas protégeable »¹⁰⁵. Nonobstant, le tribunal de grande instance de Laval a jugé qu'une sculpture en chocolat pouvait bénéficier de la protection par le droit d'auteur¹⁰⁶.

La CJUE a clos le débat sur la protections des œuvres culinaires le 13 novembre 2018¹⁰⁷, elle a refusé la protection d'un fromage à tartiner à la crème fraîche et aux fines herbes, selon elle, une saveur ne peut constituer une œuvre dans la mesure où elle est trop subjective et que son expression manque de clarté et de précision.

Le refus de la jurisprudence de protéger les œuvres olfactives et gustatives est regrettable, d'autant plus que deux textes justifient pleinement l'accueil des créations perceptibles par les sens chimiques. L'article L. 112-2 CPI dresse une liste non exhaustive des œuvres sujettes à la protection par le droit d'auteur, l'article comporte l'adverbe « notamment » qui laisse alors une porte ouverte à toute évolution, et donc la possibilité de protéger les œuvres olfactives ou gustatives. La cour d'appel de Paris souligne dans un arrêt du 3 juillet 1975, cette analyse « si l'article 3 de la loi de 1957 ne cite comme exemples d'œuvres de l'esprit que les œuvres perceptibles par la vue ou par l'ouïe, la présence de l'adverbe notamment ne permet pas d'exclure *a priori* celles qui pourraient éventuellement l'être par les trois autres sens »¹⁰⁸. L'article L. 112-1 du CPI, interdit lui toutes discriminations entre les œuvres de l'esprit.

Il y a là alors une volonté de restreindre l'accès à la protection. Il semble toutefois, que la réelle volonté est de ne permettre une protection qu'aux créations présentant une forme tangible, c'est pour cette raison que les juges privilégient la protection d'œuvres dont l'originalité, critère déterminant d'accès à la protection, réside dans une forme physique et non dans l'esprit de l'œuvre. Le risque en apportant une telle importance à la perceptibilité aux sens mécaniques est d'être confronté à une approche matérialiste de l'œuvre d'art. Il apparait alors que cette conception de forme tangible, uniquement perceptible par « certains » sens, excluant la protection des idées, est dépassée, la forme se mêlant au fond. Les Professeurs A. et H.-J Lucas constatent que « la distinction entre l'idée et la forme tend

¹⁰⁵ TGI Paris 3e ch., 30 sept. 1997, *Duribreux c/ Muses Production*, *Légipresse* avr. 1998, n°150, I, 34 ; *RIDA*, 1998, n°177, p. 273, note PIREDDA ; Voir en ce sens, CA Paris, 18e ch. B, 27 janv. 2007, *JurisData* n°2007-325618 (« succession d'instructions » traduisant « un savoir-faire »)

¹⁰⁶ TGI Laval, 16 févr. 2009, *Comm. com. électr.*, févr. 2010 n°2 p. 12, § 4

¹⁰⁷ CJUE, Gr. Ch., 13 nov. 2018, aff. C-310/17, *Levola Hengelo BV c/ Smilde Foods BV* (« les autorités chargées de veiller à la protection des droits exclusifs inhérents au droit d'auteur doivent pouvoir connaître avec clarté et précision les objets ainsi protégés. Il en va de même [...] des opérateurs économiques, qui doivent pouvoir identifier avec clarté et précision les objets protégés [...] D'autre part, la nécessité d'écarter tout élément de subjectivité, nuisible à la sécurité juridique, dans le processus d'identification de l'objet protégé implique que ce dernier puisse faire l'objet d'une expression précise et objective.

Or, la possibilité d'une identification précise et objective fait défaut en ce qui concerne la saveur d'un produit alimentaire. [...] En outre, une identification précise et objective de la saveur d'un produit alimentaire, qui permette de la distinguer de la saveur d'autres produits de même nature, n'est pas possible par des moyens techniques en l'état actuel du développement scientifique »)

¹⁰⁸ CA Paris, 3 juill. 1975, *Gaz. Pal.*, 1976, I, p. 43, note Calvo et Morelle

à se brouiller davantage avec le développement de « l'art conceptuel »¹⁰⁹ dont les tenants reprennent à leur compte l'affirmation de Sol Lewitt selon laquelle « les idées peuvent être des œuvres d'art »¹¹⁰.

B. Le dépassement de la conception traditionnelle de la notion de forme

« Il est évident qu'il est délicat, en matière d'œuvres d'art conceptuel, de bien cerner ce que pourrait être l'objet exact de la protection. »¹¹¹. Si les idées ne sont par principe pas protégeables, devant alors revêtir d'une forme concrète et perceptible aux sens pour l'être, la distinction entre l'idée et la forme n'est pas aisée. En effet, avec l'émergence de nouvelles formes d'art et notamment l'art contemporain, un problème de cohérence émerge au sein des solutions rendues par les juges, ceux-ci conservant une conception de la forme traditionnelle, excluant, les idées, les concepts, le genre ou le style de la protection. La frontière entre la forme et l'idée n'est plus aussi franche qu'auparavant, la jurisprudence se bornant à ne pas protéger les idées peine à distinguer les deux notions, de nombreuses incohérences naissent alors de cette volonté de conserver une frontière maintenant désuète de tout sens (2). L'insécurité juridique, découlant de ce phénomène est renforcée par l'acharnement des juges à refuser la protection des concepts, style ou genre issus des créations contemporaines (1).

1. Le refus de protéger les concepts, générateur d'incohérences

L'artiste issu d'un mouvement d'art contemporain, et plus particulièrement d'art conceptuel, accorde une importance considérable au concept, c'est celui qui définit son style, son genre, qui le différencie sur le marché de l'art - Christo et ses emballages de monuments, Jakob Gautel et ses écritures dans des lieux insolites, Orlan et son univers, Yves Klein et ses monochromes -. Ces artistes sont reconnaissables pour les amateurs d'art contemporain par leurs styles, leurs univers et les concepts qu'ils mettent au cœur de leurs créations. Aujourd'hui, par principe ils sont insusceptibles de protection par le droit d'auteur, cependant les juges conscients de leurs importances grandissantes ont tendance à être plus souples dans les décisions qu'ils rendent.

La difficile exclusion des concepts, genres et styles de la protection. La jurisprudence l'a rappelé de façon constante, « la propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés »¹¹². Comme le relève Pierre Sirinelli à propos des *Ready-mades*, « le concept qui est à la base des réalisations de Marcel Duchamp demeure bien de libre parcours. Seule la

¹⁰⁹ LUCAS A., LUCAS-SCHLOETTER. A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 81

¹¹⁰ LUCAS A. et H.-J., *Traité de propriété littéraire et artistique*, éd. Litec, 1994, p. 72.

¹¹¹ SIRINELLI P., « Propriété littéraire et artistique », *D.*, 2011, p. 2164

¹¹² Cass. 1ère civ., 17 juin 2003 : *Com. com. electr.*, com. 80, obs. C. CARON ; *Prop. Intell.*, 2003, n°8, p. 293, obs. P. SIRINELLI ; *Prop. Indus.*, 2003, com. 92, obs. P. KAMINA — V. aussi, Cass. 1ère civ., 29 nov. 2005 : *Com. com. electr.*, 2006, com. 18, note C. CARON ; *Prop. Intell.*, 2006, n°19, p. 174, note A. LUCAS ; Cass. 1ère civ., 16 janv. 2013 : *Com. com. electr.*, 2013, com. 40, note C. CARON — Cass. com., 8 oct. 2013 : *Com. com. electr.* 2013, com. 121, note C. CARON

forme créée par l'artiste est réservée par le droit d'auteur »¹¹³. La jurisprudence refuse de protéger les idées, ou même ce qui pourrait s'en rapprocher de prêt ou de loin, à savoir les concepts, ainsi l'œuvre doit traditionnellement être réalisée dans une forme concrète, et c'est dans la forme que doit résider l'originalité, critère déterminant pour accéder à la protection par le droit d'auteur.

Le même régime est à appliquer aux styles, celui-ci relevant des idées, selon Henri Desbois, il est inéligible lui aussi à la protection par le droit d'auteur, selon lui « *le style ou le genre ne s'identifie donc à aucune œuvre particulière* : loin de fournir un facteur d'individualisation et par conséquent le signe de l'originalité d'une œuvre déterminée, l'un et l'autre représentent le facteur commun des productions artistiques [...]. L'artiste et l'écrivain, qui y recourent [...] ne copient donc pas, n'imitent pas telle œuvre plutôt que telle autre : ils s'emparent d'un élément qui porte sans doute la marque de l'auteur, mais *n'est le propre d'aucune de ces créations, considérées individuellement* »¹¹⁴. Le refus de protection du style, du genre ou du concept, découle du principe de la propriété littéraire et artistique ne protégeant que les œuvres de l'esprit individualisée, ainsi ne peut être protégée par le droit d'auteur qu'une œuvre déterminée, prise individuellement.

La jurisprudence a confirmé cette approche dans l'affaire des *Contacts peints* de William Klein¹¹⁵. En première instance, l'artiste avait fait valoir l'originalité du « simple fait d'apposer des éléments picturaux sur un contact photographique »¹¹⁶. Les juges pour refuser la protection vont répondre « que l'originalité ne peut s'attacher à un genre et doit être constatée au cas par cas » et que « le simple fait [que l'artiste] revendique au titre du droit d'auteur certains des éléments communs à sa série de contacts peints [...] montre bien qu'il revendique une démarche picturale donc un genre, fil conducteur de sa série et non une œuvre en particulier ». Ensuite, la Cour a décidé que « le tribunal a exactement dit que le droit d'auteur protège une œuvre particulière et non pas une série d'œuvres dans laquelle se trouverait en constante un élément significatif d'une démarche picturale de l'artiste [...]. Qu'en effet, le *droit d'auteur ne saurait protéger un style [...] mais protège une forme particulière [...] qui se trouve dans une œuvre définie* »¹¹⁷.

Néanmoins, la jurisprudence n'est pas unanime concernant les œuvres de William Klein, le tribunal de grande instance de Paris dans une autre affaire relative à la contrefaçon de ses contacts peints, l'opposant à John Galliano. Celui-ci avait diffusé lors d'une campagne publicitaire des photos de mode reproduisant une combinaison d'éléments graphiques utilisée par William Klein pour la réalisation d'un de ses contacts peints. Le photographe avait obtenu la condamnation du styliste au motif que celui-ci reproduisait « la composition caractéristique des contacts peints et les éléments qui constituent une constante dans l'œuvre peint de William Klein ». Il est vrai que l'affaire était jugée en référé, mais le tribunal a

¹¹³ SIRINELLI P., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, op. cit.

¹¹⁴ DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, op. cit., p. 22.

¹¹⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 23 sept. 2011, *RLDI* 2011/75, n°2471

¹¹⁶ TGI Paris, 3 ch., 7 mai 2010, n° 08/17884

¹¹⁷ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 23 sept. 2011, *RLDI* 2011/75, n°2471

considéré, par ordonnance du 28 mars 2007¹¹⁸, qu'il y avait contrefaçon par reproduction de « la composition caractéristique des contacts peints », celle-ci consistant bien en une création de forme portant la marque de la personnalité de l'auteur. Le tribunal ajoutait « que ces éléments, qui constituent une constante dans l'œuvre peint de William Klein, ne procèdent pas d'une idée non protégeable, mais bien une création de forme portant la marque de sa personnalité propre ; que le fait que cette composition ait été déclinée à de nombreuses reprises est indifférente ».

Le tribunal de grande instance de Paris a jugé que « le genre cubiste issue de l'intention créatrice de Picasso ne peut être l'objet d'un monopole », avant d'ajouter qu'« il s'agit plutôt d'un style ou d'une école qui relève du fond commun de la création et de la connaissance humaine »¹¹⁹. Ainsi, protéger un style, un genre ou un concept reviendrait à amputer le fonds commun d'une partie de son assiette. Plus récemment, le tribunal de grande instance de Paris a confirmé cette approche, a propos d'une affaire concernant Orlan, l'artiste plasticienne reprochait à Lady Gaga d'avoir repris son univers, selon les juge Orlan « ne peut se revendiquer auteure d'un courant artistique mais seulement éventuellement fondatrice », car un tel courant ne peut « en tant que tel être protégé car destiné à accueillir tous ceux qui entendraient se revendiquer de cette démarche artistique »¹²⁰.

La difficulté actuelle tient au fait que certains courants appartenant à l'art contemporain sont marqués par la prééminence du style, du concept, du genre, ou de l'univers de l'artiste contemporain, ils sont au coeur de sa création, ils sont détenteur de son originalité. Et ce refus de protection peut lui paraître injuste, puisque c'est à cet élément qu'il a accordé le plus d'effort, le plus de travail. Ainsi, comme le souligne Nadia Walravens, « le style - résultant d'un procédé de mise en œuvre - est si personnel à l'artiste, qu'il imprime sa marque, sa signature, reconnaissable entre toutes. En effet, le procédé devient - du fait de la répétition - un signe distinctif, la marque de l'artiste : les « rayures » de Buren, les « emballages » de Christo & Jeanne-Claude, les « contacts peints » de William Klein s'identifient au premier regard. C'est la raison pour laquelle l'exclusion d'une protection du droit d'auteur peut alors sembler injuste à l'auteur »¹²¹. Selon elle, « c'est le style de l'artiste, précisément qui constitue « l'œuvre » ». De même, Judith Ickowicz souligne qu'« il existe un style Christo qui se confond avec les fondements conceptuels de son travail ».¹²² Ces auteurs admettent l'importance de style de l'artiste dans sa création.

De la même façon, l'artiste S. LeWitt démontre le cas où l'idée prime sur l'œuvre elle-même, « quand un artiste utilise une forme conceptuelle d'art, cela signifie que tout est arrêté et

¹¹⁸ TRICOIRE A., *D.* 2007, p. 2448-2452, note sous CA Paris, pôle 5, ch. 2, 23 sept. 2011, *RLDI* 2011/75, n°2471

¹¹⁹ TGI Paris, 3 juin 1998, *Gaz. Pal.*, 2e sem., 1998, somm. p. 689-690

¹²⁰ TGI Paris, 7 juill. 2016, n° 13/12836, *Juris art etc.*, 2016, n°39, p. 13, note, P. NOUAL

¹²¹ WALRAVENS N., « Les contacts peints de William Klein parasités et non contrefaits », *RLDI*, n°78, 1er janvier 2012.

¹²² ICKOWICZ J., *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Presse du Réel, 2013.

décidé préalablement et que l'exécution est une affaire de routine. L'idée devient une machine qui fait l'art »¹²³, seul le concept est important.

Enfin, d'un point de vue purement extérieur à l'artiste, il apparaît de façon plus marquée que le style de l'artiste devient sa marque de fabrique, un spectateur reconnaîtra une œuvre d'un artiste parce qu'elle porte son style. Ainsi, selon Ivan Cherpillod, il semble « faux de croire que l'on puisse reconnaître un auteur au travers de la création. S'il est vrai qu'une œuvre de Vasarely, par exemple, est aisément identifiable comme telle pour un connaisseur, c'est d'avantage parce que l'on y voit un « style » propre à cette auteur. Or le style, en tant que procédé abstrait ne compte pas parmi les éléments protégés »¹²⁴. De ce fait « le style de l'artiste est inhérent à l'œuvre de l'artiste, c'est par lui qu'on l'identifie »¹²⁵.

C'est dans ces conditions qu'une création purement idéelle, au stade de simple concept ne peut pas être protégée, néanmoins, la jurisprudence est consciente de l'importance considérable dans le monde de l'art des œuvres contemporaines, des concepts, ou des styles des artistes, leur protection s'avère donc plus que nécessaire, les magistrats useront alors de subterfuge pour les protéger.

La protection par le droit d'auteur du concept dans l'œuvre effectivement réalisée. La jurisprudence n'est pas monolithique sur l'exclusion des idées et concepts de la protection. Elle use de subterfuge, « tout en réaffirmant le principe de l'absence de protection des idées, adoptent des solutions équivalentes, par des moyens plus ou moins voilés »¹²⁶. De ce fait, il lui arrive d'accorder la protection aux concepts dans l'œuvre matérialisée, effectivement réalisée, cette solution est néanmoins porteuse d'une limite, à savoir une incohérence des solutions rendues.

L'affaire la plus démonstrative sur le sujet concerne l'emballage du Pont-Neuf par Christo. La première affaire *Christo*¹²⁷ concerne l'emballage du Pont-Neuf à Paris par Christo en 1985. En l'occurrence, deux sociétés de presse avaient utilisé des photographies et des films du Pont-Neuf emballé sans l'autorisation de Christo. La cour d'appel de Paris a décidé que « l'idée de mettre en relief la pureté des lignes d'un pont et de ses lampadaires au moyen d'une toile et de cordage mettant en évidence le relief lié à la pureté des lignes de ce pont constitue une œuvre originale susceptible de bénéficier à ce titre de la protection de la loi sur la propriété littéraire et artistique » et que c'est cette idée qui constitue l'œuvre sujet du droit d'auteur. La cour décide d'accorder la protection d'une idée, dans la mesure où elle remplit la condition d'originalité, on note alors une maladresse dans la rédaction, prise au mot la cour s'inscrit à contre-courant de sa jurisprudence constante. Ainsi, la cour d'appel de Paris,

¹²³ Cité par G. MOLLET-VIEVILLE, « De quelques réflexions sur l'idée d'une collection autre », Catalogue *Passions privées*, p. 10

¹²⁴ CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction forme et idée*, éd. Ceditac, 1985, p. 116

¹²⁵ BRAUN-VEGA H., « Du style et de l'image de marque. Paroles d'artistes. Nourriture du corps et de l'esprit », *Arts et Lettres*, n°6, éd. Verso, 1997, p. 28

¹²⁶ LE TOURNEAU Ph., « Folles idées sur les idées », *op. cit.*

¹²⁷ CA Paris, 13 mars 1986, D. 1987, Somm. p. 150, obs. COLOMBET.

a considéré que Christo avait un droit d'auteur sur l'emballage du Pont-Neuf, cependant le tribunal de grande instance de Paris va refuser de lui accorder un monopole sur le genre artistique que constitue l'emballage de monuments en général.

En effet, dans une seconde affaire *Christo*¹²⁸, une agence de publicité avait conçu une campagne promotionnelle basée sur des photographies d'arbres sur les Champs-Élysées, emballés de la même façon que l'artiste. Le tribunal de grande instance débouta Christo au titre que le droit d'auteur « ne protège que des créations d'objets déterminés, individualisés et parfaitement identifiable, et non pas un genre ou une famille de formes qui ne présentent entre elles des caractères communs que parce qu'elles correspondent toutes à un style ou à un procédé découlant d'une idée ». C'est la réalisation de cette idée qui est une œuvre de l'esprit. Mais l'idée d'emballer des monuments pouvait être reprise par tout le monde. Ainsi, le Pont-Neuf empaqueté, en tant qu'œuvre individualisée « par choix de l'objet, des matériaux et de leur assemblage » ou le Reichstag¹²⁹ empaqueté lui aussi par Christo et Jeanne-Claude, sont protégeables parce qu'ils ont été effectivement réalisés. Cependant, l'idée d'emballer les arbres des Champs-Élysées, sans réalisation concrète, n'a pu être protégée, le procédé d'empaquetage, en tant que « style ou procédé découlant d'une idée » ne l'étant pas. La forme est protégée, l'idée ne l'est pas.

La protection par le droit d'auteur du concept dans l'œuvre matériellement réalisée. Concernant l'affaire *Paradis*, Jakob Gautel avait peint le mot « Paradis », en lettres dorées avec un effet d'usure, au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques dans un ancien hôpital psychiatrique. Une photographe, Bettina Rheims l'avait pris en photo avec des modèles pour réaliser un triptyque, Jakob Gautel auteur de l'inscription assigna la photographe en contrefaçon. Cette affaire fut marquée par un périple judiciaire, on constate alors les divers points de vue des juges, au travers des différences dans les solutions rendues.

En première instance¹³⁰, le tribunal accorda la protection de l'œuvre de Gautel et posa le principe que si « les idées sont de libre parcours, toute œuvre constituant la *réalisation d'une idée* et portant la marque et l'empreinte personnelle de l'auteur est protégeable »¹³¹. Il jugeait que l'inscription « Paradis » était une œuvre de l'esprit du fait de l'association de l'inscription à un lieu, mais n'évoquait d'aucune façon la forme, et mettait en avant la protection d'une idée à partir du moment où elle était réalisée. Ainsi, « une idée -ou un style- a priori non protégeable [peut] engendrer de l'originalité dans sa « réalisation » (l'inscription) parfaitement banale ». De même, E. Treppoz¹³², a justement souligné que « d'une part, le style est exclu de la protection, car ressortissant du domaine de l'idée. D'autre part, l'originalité se déduit de ce même style. L'idée n'est pas protégeable, mais elle devient

¹²⁸ TGI Paris, 26 mai 1987, *Christo, D.*, 1988, som. Com., 201, obs. C. COLOMBET.

¹²⁹ Cour Fédérale de Justice, 24 janvier 2002, *RIDA*, oct. 2003, note N. WALRAVENS

¹³⁰ TGI Paris, 23 nov. 2005, *D.* 2006, jurispr. p. 1051, note. E. TREPPOZ

¹³¹ TGI Paris, 23 nov. 2005, *D.* 2006, jurispr. p. 1051, note. E. TREPPOZ

¹³² TREPPOZ E., « L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image », *D.*, 2005, p. 1237

la condition de la protection par le droit d'auteur [...]. Cette position nous paraît critiquable. Elle repose sur une *ambiguïté laissant croire que l'idée, et non sa réalisation, est originale* [...] ». Pour les juges, l'artiste donnait à voir un espace, de ce fait, ce qui est protégeable, la création de Gautel réside dans « l'idée d'un décalage entre l'inscription et le lieu choisi »¹³³. Le tribunal avait alors décidé de protéger un concept - réinterpréter un espace -. Cela s'inscrit dans l'univers de Gautel qui définit sa démarche comme la volonté de « voir autrement ou réinterpréter un espace par le biais de textes écrits dans des typographies traditionnelles ».

Ensuite, la cour d'appel¹³⁴ s'est efforcée de caractériser la forme originale en s'appuyant sur la typographie en elle-même et la porte du dortoir. Enfin, la Cour de cassation¹³⁵ s'est attachée à la matérialisation de l'idée, à la réalisation matérielle. Elle a estimé que l'approche conceptuelle de l'artiste, s'était bien exprimée dans une forme originale. Le siège de la protection se trouve dans la forme de l'œuvre, selon cette interprétation de la Cour l'élément déterminant de la protection, à savoir l'originalité doit se trouver dans la forme et non pas dans son procédé de réalisation. Néanmoins, selon Bernard Edelman, dans cette affaire « une idée devenait protégeable puisque sa matérialisation était rudimentaire »¹³⁶.

L'incohérence des solutions jurisprudentielles protégeant les idées. Les juges ont montré dans les affaires *Christo*, la difficulté de la distinction entre la forme et l'idée, et ainsi, départager ce qui relève de l'idée - un procédé non protégeable - de la forme, susceptible de protection. C'est en ce sens que Christo a été débouté de sa revendication de droit d'auteur sur le procédé d'emballage du Pont-Neuf alors qu'il avait obtenu la protection sur *Le Pont-Neuf emballé*, en tant qu'œuvre individualisée. Cette difficulté pour les magistrats de distinguer la forme et l'idée a été marquée dans la première affaire *Christo*¹³⁷ par l'emploi d'une formule maladroite qui semblait reconnaître la protection à l'idée contenue dans la forme, « l'idée de mettre en relief la pureté des lignes d'un pont et de ses lampadaires au moyen d'une toile et de cordage mettant en évidence le relief lié à la pureté des lignes de ce pont constitue une œuvre originale susceptible de bénéficier à ce titre de la protection de la loi sur la propriété littéraire et artistique. » Par cette formule, la cour dit clairement et distinctement qu'elle protège l'idée d'emballer le pont.

La difficulté est d'autant plus manifeste en présence de plusieurs auteurs. L'affaire Renoir¹³⁸ l'illustre, la cour accorde la qualité de coauteur à Renoir qui n'a pourtant pas réalisé l'œuvre, il en a simplement eu l'idée, il l'a imaginé, et fait mûrir dans son esprit, sans jamais l'avoir

¹³³ EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *D.*, 2009, p. 38.

¹³⁴ CA Paris, 28 juin 2006, *D.* 2006, *Comm. com. électr.* 2006, com. n°120, note Ch. CARON ; *D.* 2006, jurispr. p. 2610, note B. EDELMAN et Pan. 2991, obs. P. SIRINELLI

¹³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008, *Comm. com. électr.* 2009, comm. n°1, note C. CARON

¹³⁶ EDELMAN B., « Le « Paradis » de la Nouvelle Eve dans l'enfer du droit d'auteur », *op. cit.*

¹³⁷ CA Paris, 13 mars 1986, *D.* 1987, Somm. p. 150, obs. COLOMBET.

¹³⁸ Cass.Civ, 1^{re}, 13 nov. 1973, *D.* 1974, 533, note COLOMBET, *Gaz pal*, 1974, I, 93, JCP 1975, II, 18029, note MANIGNE, (pour rappel, Renoir ayant perdu l'usage de ses mains il 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).

personnellement extériorisée sous une forme tangible, c'est son élève Guino qui l'a exécuté. On peut voir dans cette décision, que la Cour accorde la qualité d'auteur d'une œuvre de l'esprit, à un auteur qui n'a fait qu'exprimé une idée.

Synthèse -la protection des concepts de façon détournée-. Enfin, on peut évoquer l'affaire du *Baiser*¹³⁹, il s'agissait en l'occurrence d'une œuvre de Cy Twombly, ensemble de dix éléments consacrés à l'œuvre de Platon, avec un triptyque intitulé « Phèdre », composé d'un monochrome blanc immaculé, d'une huile sur toile, blanche éclaboussée de rouge vif et d'un texte écrit à la mine de plomb et huile sur papier. Le monochrome blanc évoquant l'amour platonique, la toile maculée de rouge l'amour physique. Lors d'une exposition à l'hôtel de Caumont à Avignon, Rindy Sam, artiste-peintre inconnue, embrassa le monochrome blanc, laissant alors la trace de son baiser. Dans cette affaire le tribunal est conscient que c'est la démarche de l'artiste qui a été dégradée, « Sur le second point, il doit être considéré que, pour être entièrement blanche, la toile objet des marques d'affection de Rindy Sam, s'inscrit dans un ensemble dont l'harmonie et l'équilibre ont été voulus par le peintre. L'ajout d'une marque, fut-elle aussi chargée de douceur et de séduction qu'une trace de baiser, dénature par essence la démarche de l'artiste, qui a considéré son œuvre achevée et ne devant pas subir d'autre modification que la patine du temps ». La cour ajoute « Il n'a pas été précisé au cours des débats si Cy Twombly a apposé lui-même le moindre apprêt sur la toile, sachant que des toiles sont commercialisées directement apprêtées ; mais, qu'elle ait été ou non travaillée par le peintre, la toile choisie par lui pour être incluse dans son œuvre prend, de cette seule circonstance, une valeur artistique intrinsèque ». Comme le souligne Bernard Edelman, la jeune femme avait dégradé « le « concept » d'une toile blanche choisie par l'artiste dans un magasin et intégrée telle quelle dans un triptyque. La « forme » devenait superfétatoire, elle ne servait qu'à exprimer la « démarche » de l'artiste¹⁴⁰ ». Ainsi, c'est bien le concept de la toile blanche qui avait été dégradé, cela signifie par conséquent que c'est dans le concept que résidait l'originalité de l'œuvre.

On remarque alors, que ce soit dans cette affaire, dans l'affaire *Christo*, ou *Paradis*, les juges protègent le concept de l'œuvre, puisque les formes des créations sont banales, dans un cas une toile blanche, dans l'autre un mot écrit et dans le dernier l'emballage d'un monument, leurs décisions ne peuvent être cohérentes, elles sont contradictoires, elles affirment l'exclusion de la protection des concepts tout en les protégeant. La seule justification donnée est l'exigence d'une matérialisation ou d'une œuvre effectivement réalisée, toutefois, les magistrats n'exigent aucunement que cette matérialisation ou réalisation soit porteuse de l'originalité, la forme dans la création contemporaine est souvent présente mais surtout la plupart du temps banale. Ainsi, selon Frederic Pollaud-Dulian : « ni le genre ni le concept ne seront protégés pour eux-mêmes mais seulement les éléments de forme qui les expriment

¹³⁹ TGI Avignon 16 nov. 2007, *D.* 2008. Jur. 588, note B. EDELMAN.

¹⁴⁰ EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *op. cit.*

ou les manifestent »¹⁴¹. Un auteur ne peut pas accaparer un style ou un genre artistique¹⁴², 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 originale¹⁴³.

De la même manière, pour pouvoir protéger des idées, des concepts la jurisprudence s'est tournée vers l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme. Ainsi, les magistrats vont condamner tout intervenant du marché dans la mesure ou son activité à titre lucratif s'empare des fruits du travail créatif d'un tiers¹⁴⁴. Selon elle, la concurrence déloyale « permet d'assurer la protection de celui qui ne peut pas se prévaloir d'un droit privatif »¹⁴⁵. Utiliser l'action en concurrence déloyale et le parasitisme, permettraient de protéger les créations ne remplissant pas les conditions légales des régimes protecteurs et les signes tombés dans le domaine public¹⁴⁶.

Du fait de l'exigence d'une création formelle, la jurisprudence et la doctrine traditionnelle excluent théoriquement du champ de la protection les concepts et idées. Néanmoins, les œuvres contemporaines, et particulièrement conceptuelles sont caractérisées par la dimension donnée à l'idée. Les magistrats conscients de l'importance considérable de ces créations sur le marché de l'art¹⁴⁷, essaient de leur accorder une protection par des moyens détournés. S'il arrive aux juges de protéger ces œuvres par le biais du droit de la responsabilité civile, avec l'action en concurrence déloyale et parasitisme, ces créations, actrices majeures du marché de l'art, doivent être protégées par le droit d'auteur, droit le plus protecteur de l'œuvre de l'esprit. Un problème se posant avec l'exigence formelle, la jurisprudence use alors de jeux de mots pour ne pas se contredire, en balayant l'exigence formelle, tout en accordant la protection à l'œuvre conceptuelle, on s'aperçoit tout de même que dans le fond elle en vient à protéger le concept, même si dans sa solution elle parle d'œuvres matériellement ou effectivement réalisées. Il résulte alors de ces solutions qu'elles sont incohérentes, et manquent de clartés. On constate d'autant plus des incohérences causées par une distinction de la forme et de l'idée de moins en moins nette, se pose alors la

¹⁴¹ POLLAUD-DULIAN F., « Oeuvre protégée. Art conceptuel. Idées. Forme. Originalité », *op. cit.*

¹⁴² CA Paris, 17 déc. 2003, *Dominique Web c. Dani Lary, D.* 2004, p. 1588, obs. P. FLEURY ; TGI Paris, 7 mai 2010, *William Klein c. M6, RIDA*, octobre 2010, p. 527

¹⁴³ CA Paris, 12 juin 1891, affaire des boîtes-brochures, *Annales*, 1892, p. 100

¹⁴⁴ TGI Paris, 3 juin 1998, *préc.*, à propos d'un film publicitaire qui évoque nécessairement une œuvre de Picasso, pas une toile déterminée mais son *style* ; condamnation au titre [lointain, par la simple "évocation"] de l'utilisation de la renommée. - TGI Créteil, 4 mai 1999 : *RIDA* 1999/182, p. 213, une idée relevant de l'abstraction n'est pas protégeable, mais condamnation en raison d'un acte constitutif à la fois de concurrence déloyale et de parasitisme

¹⁴⁵ Cass. com., 3 oct. 1978, *préc.-V not.* dans le même sens, CA Toulouse, 11 sept. 1997 : *Gaz. Pal.* 1997, 2, somm. p. 402 ; CA Rennes, 28 janv. 1998 : *JCP E* 1998, p. 195

¹⁴⁶ CA Paris, 4 avr. 1991 : *PIBD* 1991, III, p. 624 ; CA Paris, 4 janv. 2000 : *PIBD* 2000, 111, p. 213 ; CA Paris, 15 mars 2000 : *PIBD* 2000, III, p. 375

¹⁴⁷ L'artiste performer Damien Hirst a récolté la somme record de 70,55 millions de livres lors d'une vente aux enchères, avec notamment comme « œuvre » principale « Le veau d'or », un veau plongé dans un aquarium rempli d'un gaz désinfectant servant de base au formol avec un disque d'or sur la tête vendu au prix de 10,35 millions de livres.

question de la pertinence de conserver une frontière entre les idées non protégeables et les créations formelles protégeables.

2. L'insaisissabilité de la frontière entre forme et idée dans l'œuvre contemporaine génératrice d'incohérences

Traditionnellement, la distinction entre l'idée et la forme permettait de départager l'idée insusceptible de protection, de la création formelle, susceptible d'être protégée par le droit d'auteur. Il apparaît désormais, que cette dichotomie est inadaptée, voir dépassée, de part l'avènement d'un nouveau type d'œuvre, dont l'idée est au centre et la forme n'est qu'accessoire. La jurisprudence refusant d'abandonner la distinction idée / forme rend des solutions complètement incohérentes compte tenu du discours qu'elle donne. De même, cette distinction génère de nombreuses critiques doctrinales notamment vis-à-vis de son artificialité, excluant par conséquent les idées ayant une valeur économique.

Le dépassement du *distinguo* idée / forme avec l'importance de l'idée dans l'œuvre contemporaine. « La forme et le fond sont aussi indivisibles que la chair et le sang »¹⁴⁸, Victor Hugo un siècle avant le débat choisissait déjà son camp, selon lui la distinction entre l'idée et la forme était impossible. En effet, cette distinction est stupide, l'idée n'est jamais absente de la création qu'elle soit contemporaine ou pas. Georges Braque soulignait qu'un « tableau est fini quand il a effacé l'idée [...] L'idée est le ber du tableau »¹⁴⁹. L'idée fait partie de l'œuvre, même lorsque l'on est en présence d'une création formelle, l'idée a toujours sa place, sans elle l'œuvre ne serait pas, n'existerait pas, l'idée est inhérente à l'œuvre. Selon Bernard Edelman¹⁵⁰, si la notion de forme prête tant à débat, c'est parce que nous restons prisonnier de dualisme idée / forme, ainsi, « tant que nous chercherons l'idée, exprimée dans une forme », nous ne pourrions évoluer.

Le dépassement de cette distinction a été rendu encore plus visible avec l'art contemporain. L'œuvre contemporaine, conceptuelle, ou encore issue du *ready-made*, est une œuvre dont l'idée est au cœur de la création. La question relative à ses œuvres est apparue avec les *Ready-mades* de Marcel Duchamp, et l'affaire *Pinoncelli*, en l'occurrence, Marcel Duchamp avait réalisé un *ready-made*, un urinoir qu'il avait signé *Fountain* sous le pseudonyme de R. Mutt, cet urinoir avait été placé et exposé d'une certaine manière par l'artiste, et c'est cela qui en faisait une œuvre, Pierre Pinoncelli, avait décidé de casser l'urinoir avec un marteau et d'uriner dessus, selon lui il a continué la démarche artistique de Duchamp en redonnant sa fonction à l'urinoir. Le tribunal a dû se prononcer sur l'affaire, certes, il ne lui accorda pas le statut d'œuvre de l'esprit, néanmoins Pinoncelli fut condamné sur un autre fondement.

¹⁴⁸ HUGO V., *Post-Scriptum de ma vie*, 1901

¹⁴⁹ Cité par C. COLOMBET, « L'art et l'originalité », *D.*, 1992, 196

¹⁵⁰ EDELMAN B., note sous CAA Nancy, 2 mai 1996, « 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 »

On relèvera tout de même que le tribunal de grande instance de Tarascon a reconnu que l'œuvre « se retrouve tant dans le concept de *ready-made* que dans l'objet lui-même »¹⁵¹, dès 1998 le tribunal avait remarqué que toute l'œuvre se trouvait dans le concept, dans l'idée, c'est dire l'importance du problème, la jurisprudence en étant déjà consciente le siècle dernier.

Toujours à propos de Fountain, la revue *The Blind Man* avait dit à bon droit : « Que M. Mutt ait ou non fait cette fontaine de ses propres mains est sans importance. Il l'a CHOISIE. Il a pris un objet de la vie courante, l'a placé de telle manière que sa signification utilitaire disparaisse sous l'effet de son nouveau titre, de sa nouvelle présentation - créant une nouvelle signification pour cet objet »¹⁵². Ainsi, l'œuvre est, parce qu'elle a été choisie et non pas par sa forme, l'urinoir en lui-même étant un objet de la vie courante, et non pas une œuvre d'art esthétique, ce qui en fait une œuvre c'est le concept qui le traverse, le fait que Marcel Duchamp l'ait décrété œuvre d'art. Ainsi, le *Ready-made* donne un autre regard sur la création artistique, « la forme [est] une simple annexe de l'idée et elle pouvait même lui préexister »¹⁵³, l'art contemporain réduit même l'idée à la mise en scène d'objet, on peut citer par exemple le « gel de l'argent, un frigidaire posé sur un coffre-fort de Bertrand Lavier, ou encore le « lingot mort », un lingot d'or percé d'un plomb de chasse d'Everiste Richter. Ainsi, l'idée se suffit, elle peut s'inscrire dans une forme qui deviendra « le support aléatoire de l'idée »¹⁵⁴, la création pourrait alors se cristalliser dans l'idée.

Malgré la prééminence de l'idée dans la création contemporaine, la jurisprudence s'est efforcée de protéger les œuvres contemporaines¹⁵⁵, dans des solutions incohérentes, on peut évoquer la première affaire *Christo*¹⁵⁶ pour illustrer nos propos, les magistrats avaient employé une formule maladroite qui semblait reconnaître la protection à l'idée contenue dans la forme, la Cour disait clairement et distinctement qu'elle protégeait l'idée d'emballer le pont.

Dans le même sens, on peut citer l'affaire du *Baiser*¹⁵⁷, en l'occurrence la distinction entre la forme - le monochrome blanc - et l'idée - intégrer un monochrome blanc dans un triptyque et en faire une œuvre d'art - n'était pas aisée. En effet, c'est l'idée qui porte l'originalité de l'œuvre, l'empreinte de la personnalité de l'auteur, les choix qu'il a délibérément effectués. La protection de l'œuvre résidait inéluctablement dans le concept puisque c'était une toile blanche qui avait été protégée.

¹⁵¹ TGI Tarascon, 20 nov. 1998, *D.*, 2000, jurispr. p. 128-129 ; chron. B. EDELMAN, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly », p. 98-102.

¹⁵² *The Blind Man*, 1917, n°2, p. 5

¹⁵³ EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *op. cit.*

¹⁵⁴ EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *op. cit.*

¹⁵⁵ Voir supra

¹⁵⁶ CA Paris, 13 mars 1986, *D.* 1987, Somm. p. 150, obs. COLOMBET.

¹⁵⁷ TGI Avignon 16 nov. 2007, *D.* 2008. Jur. 588, note B. EDELMAN.

La difficulté est d'autant plus manifeste en présence de plusieurs auteurs. L'affaire *Renoir*¹⁵⁸ l'illustre, Renoir ne pouvant plus réaliser ses œuvres lui-même, les fait exécuter par un de ses élèves Guino, tout en contrôlant leur exécution, la Cour accorde la qualité de coauteur à Renoir qui n'a pourtant pas réalisé l'œuvre, il en a simplement eu l'idée, il l'a imaginée, et fait mûrir dans son esprit, sans jamais l'avoir personnellement extériorisée sous une forme tangible, c'est son élève Guino qui l'a exécuté. On peut voir dans cette décision, que la Cour accorde la qualité d'auteur d'une œuvre de l'esprit, à un auteur qui n'a fait qu'exprimer une idée.

La distinction entre l'idée et la forme semble alors dépassée de par les incohérences qu'elle génère au sein de la jurisprudence, et par une frontière instable en présence d'œuvre contemporaine. De même, un courant doctrinal mettant en avant l'artificialité de la distinction se développe.

Un *distinguo* critiquable (artificiel, à l'encontre du principe de neutralité). Saint Thomas d'Aquin a montré l'importance de l'idée dans la forme, pour lui « la représentation de la maison est dans l'esprit de l'architecte [...]. C'est l'idée de la maison, parce que l'homme de l'art entend faire la maison à la ressemblance de la forme que son esprit a conçue »¹⁵⁹.

Mais c'est Philippe Letourneau¹⁶⁰ qui va critiquer vivement le *distinguo* forme et idée, selon lui il est artificiel et inadéquat, selon lui « l'opposition idée-forme est totalement artificielle ». Il ajoute que « 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 exposé traduit une vision réductrice de l'homme ». Ainsi, selon lui, ce qui est susceptible de caractériser le sujet de la protection, qui renferme l'âme de la création ne peut être la forme -qui est « le simple vêtement du fond »-, mais c'est l'idée qui renferme l'originalité de l'œuvre, c'est-à-dire son critère d'accès à la protection. I. Cherpillod¹⁶¹, soutient la même thèse, selon lui la distinction entre la forme et l'idée est beaucoup trop artificielle.

Sol Lewitt avait évoqué cette artificialité de la distinction entre la forme et l'idée bien avant Philippe Letourneau, selon lui cette distinction est artificielle car elle découle directement de la distinction entre le fait de sentir et celui de penser. L'idée étant inhérente à la forme comme sentir l'est à la pensée.

Selon Christophe Caron, « dès lors qu'une idée est exprimée, même modestement, elle est communiquée à autrui. Et elle ne peut l'être que par le biais d'une forme »¹⁶². C'est la forme qui est protégée en droit d'auteur et elle peut revêtir de n'importe quelle expression, la

¹⁵⁸ Cass. Civ, 1^{re}, 13 nov. 1973, D. 1974, 533, note COLOMBET, *Gaz pal*, 1974, I, 93, *JCP* 1975, II, 18029, note MANIGNE, (pour rappel, Renoir ayant perdu l'usage de ses mains il 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).

¹⁵⁹ Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, I^o, qu. 15, a 1

¹⁶⁰ LE TOURNEAU Ph., « Folles idées sur les idées », *op. cit.*

¹⁶¹ CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction fond/ forme*, *op. cit.*

¹⁶² CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 74

distinction forme et idée est artificielle, puisque dès lors qu'elle est exprimée, une idée prend une forme particulière donc serait éligible à recevoir la protection par le droit d'auteur, sous la condition de l'originalité. Ainsi, la Cour de cassation ne contredit pas cette conception puisque selon elle « 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'auteur »¹⁶³.

La distinction est d'autant plus artificielle qu'elle exclut par conséquent les performances de la protection par le droit d'auteur, les artistes sont désormais des véritables performeurs.

De cette interprétation une autre critique émerge, l'exigence d'une forme est dans une certaine mesure contraire à la logique du droit d'auteur. En effet, la loi interdit de prendre en considération le mérite ou la destination de l'œuvre¹⁶⁴. Exiger une forme matérielle revient à discriminer les œuvres simplement exprimées ou dont la forme est accessoire. P.-Y. Gautier a pu dire que « c'est en réalité parce que l'idée est banale qu'on ne la protège pas »¹⁶⁵, c'est là prendre en compte le mérite et la destination de l'œuvre. La banalité n'est pas incompatible avec la protection par le droit d'auteur, la théorie de l'unité de l'art le démontre.

Pour ces auteurs les idées ont autant d'importance que la forme et méritent reconnaissances¹⁶⁶, de même que l'on peut considérer que la forme existe dès lors que l'idée est exprimée. Ainsi, selon Philippe Letourneau, les idées sont plus susceptibles d'exprimer la personnalité de l'auteur, tout du moins l'originalité de l'œuvre, cela se justifie par le fait qu'elles expriment davantage l'originalité de la création, en étant unies au plus intime de l'auteur, que la façon dont ses idées sont exprimées. Pour cet auteur, il importe peu que l'idée soit matérialisée dans une forme concrète ce qui importe c'est qu'elle soit exprimée, de ce fait, une plus grande protection des idées pourrait alors être bénéfique pour le droit d'auteur. Il s'inscrit alors en contre courant de P.-Y. Gautier, qui met en avant la théorie de la matérialisation. Néanmoins, il ne s'agit pas là de protéger toute sorte d'idées, il convient de protéger certaines idées ayant une valeur économique.

L'importance des idées ayant une valeur économique. Ph. Letourneau souligne que certaines idées ont une valeur commerciale en elle-même, les laisser hors du champ de la protection du droit d'auteur est source d'une certaine insécurité juridique¹⁶⁷. Ainsi, il conviendrait de protéger les idées ayant une valeur économique¹⁶⁸.

« Comment admettre que soit interdite, en règle générale, la reproduction de l'image ou de la voix de quelqu'un et qu'au contraire l'utilisation de ses idées soit libre ? L'homme se

¹⁶³ Cass. civ. 1ère Ch. Civ., 17 oct. 2000, *Bull. civ.*, 2000, I, n°248

¹⁶⁴ Art. L 112-1 du CPI

¹⁶⁵ GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, op. cit. - V. aussi l'analyse crit. de EDELMAN B., « Création et Banalité », op. cit., p. 73

¹⁶⁶ LE TOURNEAU Ph., *Le parasitisme*, Litec, 1998, 144 s.

¹⁶⁷ LE TOURENAU Ph., *Le parasitisme*, op. cit., n°144

¹⁶⁸ LE TOURNEAU Ph., « Folles idées sur les idées », op. cit.

caractériserait-il mieux par son visage et ses rides, voire son tatouage¹⁶⁹, que par ses pensées ? Les idées mènent le monde, animent le droit, gouvernent les sciences, assurent la prospérité des entreprises (et, par elles, celles des nations) »¹⁷⁰, Philippe Letourneau met en exergue, le fait que la pensée, l'âme de l'homme, le plus profond de l'être n'est pas protégée, et c'est là un véritable problème, ce qui fait l'homme, ce qui le différencie de l'animal n'est pas protégé. De même, la pensée, l'idée, permet la création, le développement du commerce et de l'industrie. Ainsi, si la conception selon laquelle les idées sont de libre parcours est pertinente, s'agissant des débats éthérés, des échanges intellectuels et des idées pures, qui sont sans valeur marchande immédiate. Le problème intervient concernant les idées ayant une valeur économique, « bonnes ou mauvaises, les idées se cotent, se récoltent, s'importent, se portent, se vendent, se réalisent et rapportent »¹⁷¹. On constate alors que les avancées sur la protection progressive et détournée des idées sont notables, néanmoins, l'exclusion de la protection des idées est toujours le principe, et comme le soutient cet auteur¹⁷², ce principe est inadapté à « l'évolution des données économiques, accordant la primauté aux idées dans la création des richesses ».

La frontière entre le stade des idées et celui de la mise en forme de la création qui peut être inachevée, entre les éléments qui relève de l'idée pure et ce qui lui donne forme est incertaine et souvent ténue. Ainsi, une œuvre originale peut-être constituée par la combinaison originale ou l'adaptation personnelle d'éléments du fonds commun, notamment dans le domaine des arts appliqués. D'autant plus la dématérialisation de l'art, faisant suite à l'émergence de l'art contemporain emporte la vision selon laquelle seule l'idée constitue l'œuvre d'art. Traditionnellement, la protection de l'œuvre d'art passe par une exigence de forme, le droit d'auteur refusant de protéger les idées, il y a là un vide juridique qui se crée. Si cette conception était parfaitement adaptée auparavant, il apparaît désormais, des limites dictées par le marché et l'économie. C'est ainsi que le marché de l'art réclame pour une plus grande sécurité juridique une révision de la notion. En effet, le support matériel dans l'art contemporain est pour la plupart du temps constitué d'objets de séries, de biens de consommation, toutes sortes d'objets détournés de leur fonction par l'auteur de l'œuvre. On peut rappeler la théorie de la *cosa mentale* développée par Léonard de Vinci, selon lui l'œuvre est « une chose mentale », « une chose de l'esprit », ce qui importe c'est ce qui se passe dans la pensée, avant l'exécution de l'œuvre elle-même. Pour Léonard de Vinci la peinture est mentale, il avait déclaré que « *la pittura è mentale*¹⁷³ ». Il avait pressenti l'art contemporain d'aujourd'hui. M. Onfray reprend cette théorie pour lui aussi « l'œuvre d'art devient plus que jamais une *chose mentale* »¹⁷⁴. Ainsi, il découle de cette conception d'une exigence formelle qu'elle n'est plus tout à fait adaptée au monde d'aujourd'hui qui prône la

¹⁶⁹ TGI Paris, 27 sept. 1996 : *Gaz. Pal.* 1997, 1, somm. p. 268, sur Johnny Hallyday

¹⁷⁰ LE TOURNEAU Ph., « Folles idées sur les idées », *op. cit.*

¹⁷¹ BALZAC H., *L'illustre Gaudissard*, 1844

¹⁷² LE TOURNEAU Ph., « Folles idées sur les idées », *op. cit.*

¹⁷³ Ce qui signifie « la peinture est une chose de l'esprit »

¹⁷⁴ M. ONFRAY, *La puissance d'exister*, coll. « Biblio essais », Le livre de poche, 2006, p. 181

liberté d'expression et surtout de création, avec un art repoussant les limites de l'imaginable toujours de plus en plus loin. Il convient alors de réinterpréter la notion de forme afin de l'adapter à l'exigence contemporaine.

II. La conception « contemporaine » souhaitée de l'exigence formelle

Si une œuvre d'art contemporaine peut jouir de la protection pour sa forme externe, pour son seul aspect visuel, comme toute œuvre artistique. L'art contemporain repousse sans cesse la limite de l'art, ce qui nous conduit à nous interroger sur la protection de ces nouvelles œuvres d'art. Ainsi, la conception traditionnelle de forme peut paraître inadéquate pour juger de ces œuvres. Néanmoins, en approfondissant la notion, il apparaît que l'exigence de forme n'est pas tant inadaptée, l'inadéquation avec l'art contemporain vient de la conception trop restrictive de la conception de forme. En effet, concernant l'art contemporain, il conviendrait d'avoir une vision plus souple de l'exigence formelle. On peut voir dans certaines créations contemporaines, l'existence d'une forme interne à l'œuvre, sa forme conceptuelle, considérée indépendamment de la forme externe dans laquelle elle s'exprime¹⁷⁵. Le droit d'auteur se doit de protéger les artistes contemporains, et protéger cette forme interne, sous certaines conditions certes, on parle là, des concepts qu'ils développent dans leurs œuvres, leurs performances, les mises en scène de leurs œuvres, puisque ce sont ces éléments qui font leurs réputations, la réputation de leurs œuvres et leurs prix. Au vu de la complexité de ces œuvres, il est nécessaire pour pouvoir les protéger d'en avoir une appréhension assez large, la jurisprudence, notamment dans les affaires *Paradis* et de la *Table bleue* d'Yves Klein, montrent bien l'importance pour les artistes que les magistrats appréhendent l'œuvre dans sa globalité (A) et dans toute sa dimension (B) pour pouvoir constater l'existence d'une forme.

A. L'approche globale de l'œuvre contemporaine avec la concrétisation de l'idée originale dans la forme de l'œuvre

« 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 »¹⁷⁶. L'œuvre n'existerait que pour l'idée qui l'habite, la démarche de son créateur, qui n'est par essence pas protégeable par le droit d'auteur, et la forme, en l'occurrence est banale, existant indépendamment de l'idée.

¹⁷⁵ DEMARSIN B. et PUTTEMANS A., *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, op. cit.

¹⁷⁶ KOSUTH J., « Art after philosophy I », *Studio International*, oct. 1969

Dans l'œuvre contemporaine, l'idée entendue au sens large, est au coeur de la création, la forme n'est que son accessoire. Il convient alors d'avoir une approche globale de l'œuvre pour pouvoir caractériser son originalité et la faire accéder au royaume du droit d'auteur. Selon Nadia Walravens, « l'art contemporain est un courant artistique s'inscrivant dans la logique dégagée par les *Ready-made* de Marcel Duchamp, il donne la prééminence à l'idée de l'œuvre, la forme n'étant qu'au service de l'idée »¹⁷⁷. L'œuvre contemporaine est avant tout une création issue de la pensée, avec une grande place accordée à l'esprit de son auteur (1). De ce fait cette pensée se retrouve dans des formes, qui ne sont pas toujours matérielles, mais qui ont le mérite d'exister, il convient désormais d'élargir la conception, afin de prendre en compte ces nouvelles formes (2).

1. L'œuvre contemporaine, une œuvre *mentale*

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*¹⁷⁸. 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 résidu d'un processus très vaste qui en avait permis l'existence. L'objet d'art n'était que le déchet d'une pensée »¹⁷⁹. Timothy Binkley pouvait en conclure que les produits de l'art au XXe siècle étaient « parfois la mise en œuvre directe d'idées non médiatisées par des qualités esthétiques », pour ajouter, *in fine*, qu'« une œuvre d'art est une « pièce » et, en tant que telle, elle n'a pas besoin d'être un objet esthétique ni même un objet tout court »¹⁸⁰. Les artistes contemporains s'inscrivent à contre-courant de l'esthétique du marché de l'art et revendiquent désormais la qualification d'œuvre de l'esprit pour leurs idées. Certains courants artistiques relevant de l'art contemporain tels que les *ready-made*, l'art minimaliste, l'art conceptuel ou encore les installations donnent la prévalence aux concepts et réduisent la forme à peu de choses. Comme nous l'avons vu, la jurisprudence privilégie l'œuvre en tant que forme tangible, il apparait alors difficile d'appréhender certaines œuvres contemporaines s'inscrivant dans une démarche d'intellectualisation et de dématérialisation.

L' « intellectualisation » des œuvres. Face à l'insaisissabilité de la frontière entre forme et idée, l'art contemporain met en doute la justification même de l'exclusion de la protection des idées, l'idée peut alors devenir la création. Marcel Duchamp a été l'initiateur d'un courant mettant en avant l'idée en tant que création avec les *ready-mades*. L'art contemporain est aussi partisan de l'idée comme création, comme a pu le relever Joseph

¹⁷⁷ WALRAVENS N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *RIDA*, avril 2009

¹⁷⁸ Souligné par nous

¹⁷⁹ MILLET C., « Le montant de la rançon. Art conceptuel : l'avant et l'après », *Art press* n° 139, sept. 1989, p. 36.

¹⁸⁰ BINKLEY T., « « Pièce » : contre l'esthétique », *in Esthétique et poétique*, textes présentés par G. Genette, Le Seuil, 1992, p. 34.

Kosuth « Art as idea as idea ». Ainsi, « les idées peuvent être des œuvres d'art »¹⁸¹, et « l'idée originale est protégée, au même titre que la forme »¹⁸² ce phénomène de faire de l'idée une création relève en fait de l'intellectualisation des œuvres. Elle est arrivée avec les *Ready-mades* de Marcel Duchamp, dans cette démarche, l'artiste accorde à l'objet une place primordiale dans sa création. Il est à préciser que ce n'est pas à l'objet lui-même qu'il accorde cette importance, mais dans le choix qu'il a fait de cet objet, dans le contexte qu'il a déterminé et dans la fonction qu'il assigne à cet objet. Tous ces éléments constituent le concept de l'œuvre, qui en devient la substance. Ainsi, dans les *Ready-mades* c'est l'intention de l'artiste, l'acte mental de conception de l'œuvre qui importe, plus que le résultat formel qui est donné à voir. Selon E. Treppoz, les choix de Marcel Duchamp n'étaient pas anodins, « la présence de [sa] personnalité est indéniable dans ces *ready-mades*, indépendamment de l'opinion que chacun peut avoir sur cette création artistique. C'est cette présence qui appelle la protection par le droit d'auteur »¹⁸³. Les artistes sont conscients de ce phénomène, ils sont conscients qu'ils vont à l'encontre de la norme, à savoir l'œuvre matérialisée dans une forme tangible, laissant place à l'idée. Ainsi, s'agissant de l'urinoir de Duchamp, le tribunal de grande instance de Tarascon avait parfaitement compris la démarche de l'artiste : « Sa 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 simples objets de la vie courante »¹⁸⁴.

Pour illustrer nos propos, on peut évoquer l'affaire *Paradis*, dans cette affaire l'essence de l'œuvre réside dans l'idée de donner un autre sens au lieu. C'est la démarche artistique qui donne à l'œuvre toute son attractivité, celle-ci étant par principe non protégeable par le droit d'auteur. Toutefois, l'idée de l'œuvre n'est pas restée au stade de la conception et a été concrétisée dans une forme. C'est la concrétisation de l'idée dans une forme qui a permis sa protection. L'intellectualisation de la création n'exclut pas sa concrétisation dans une forme.

Ainsi, dans ce courant, « l'idée se suffit à elle-même ; elle peut s'inscrire dans une forme préexistante qui devient alors le support aléatoire de l'idée ; et il suffit qu'elle ait été « choisie » par l'artiste, non pas « créée » mais « choisie ». Dès lors, la création peut, bel et bien, se cristalliser dans l'idée »¹⁸⁵. Néanmoins, si l'œuvre s'inscrit dans une démarche de dématérialisation, l'idée est encore plus présente, puisque c'est elle la seule représentation de l'œuvre.

¹⁸¹ Sur ce point STROWEL A., « Le droit et l'objet d'art Réflexion en marge d'un colloque », Ann. dr. Louvain, tome L. 4, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 389

¹⁸² EDELMAN B., « Création et Banalité », *op. cit.*

¹⁸³ TREPPOZ E., « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? », *op. cit.*, p. 97

¹⁸⁴ TGI Tarascon, 20 nov. 1998, D. 2000, Jur. p. 128 ; B. EDELMAN, "De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncely », *op. cit.*, p. 98

¹⁸⁵ EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *op. cit.*

La « dématérialisation » des œuvres. C'est John Chandler et Lucy Lippard¹⁸⁶ qui ont parlé de « dématérialisation de l'art » en 1968. Selon eux, on assiste à un transfert de l'art émotionnel et intuitif vers un « art ultra-conceptuel presque exclusivement axé sur la spéculation intellectuelle ». Ils redéfinissent l'art, et son lieu de production, en évoquant les œuvres 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 ». Ainsi, pour se faire les artistes s'engagent dans des voies nouvelles pour présenter leurs idées. Dans ce courant les artistes s'inscrivent à contre courant de la théorie de matérialisation¹⁸⁷ développée par Pierre-Yves Gautier, en dématérialisant leurs œuvres.

On peut citer comme exemples d'artistes qui ont cherché une dématérialisation totale de l'objet d'art. Ian Wilson qui réalise des œuvres purement verbales, la dématérialisation est telle qu'il les dit à haute voix à l'intérieur de la 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. Tout ce que l'artiste présenta était une note indiquant qu'une exposition, bien qu'invisible, avait lieu.

Pour illustrer la difficulté pour les instances tant nationales qu'européennes à se prononcer sur les œuvres contemporaines on peut évoquer, une affaire concernant Dan Flavin, en l'occurrence l'artiste utilise comme matériaux la lumière colorée provenant de l'agencement de tubes fluorescents dans un espace déterminé. En 2010, la commission européenne¹⁸⁸ a considéré de manière byzantine des œuvres d'art contemporain comme de simples objets utilitaires. En l'occurrence, une œuvre de Flavin à savoir un assemblage de néons de couleurs différentes s'est vu refuser le statut de sculpture au titre « qu'il s'agit d'une installation lumineuse composée de 6 tubes d'éclairage fluorescent et de 6 supports en plastique, que le produit est présenté démonté, que l'œuvre d'art n'est pas l'installation mais le résultat de l'opération, les effets de lumières qu'elle produit, or démonté ce n'est plus une œuvre ». Pour la commission il s'agit d'un appareil d'éclairage à fixer au mur, qui doit faire l'objet d'une taxe de vingt pour-cent comme un utilitaire, au lieu des cinq pour-cent accordées aux œuvres, du prix de l'œuvre *montée*. C'est incohérent, la commission vient taxer une œuvre *démontée* en la considérant comme un simple objet utilitaire, mais le pourcentage de taxe qu'elle lui applique se fait sur la base de son prix lorsqu'elle est *montée*. Ainsi, elle taxe un objet *démonté* sur la base d'une œuvre *montée*.

Cette « dématérialisation » de la création rend donc plus difficile la protection des droits de l'artiste, « les artistes contemporains s'acharnent souvent à effacer de l'œuvre toute

¹⁸⁶ LIPPARD L. et CHANDLER J : « The Dematerialization of Art », *Art International*, vol.12, n°2, févr. 1968, p. 31-36.

¹⁸⁷ Voir supra

¹⁸⁸ Règlement n°731/2010 de la Commission du 11 août 2010 « relatif au classement de certaines marchandises dans la nomenclature combinée »

empreinte personnelle, comme s'ils voulaient disparaître dans l'anonymat »¹⁸⁹. Cette volonté d'anonymat est décuplée dans la « théorie sans œuvre ».

La « théorie sans œuvre ». Cette théorie est développée par Alain Strowel, « 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 »¹⁹⁰. On peut évoquer l'exposition d'Yves Klein dénommée *Le vide*¹⁹¹ où une pièce blanche entièrement vide était présentée. L'acquéreur d'une telle œuvre devait payer en poids d'or, contre lequel Yves Klein remettait un certificat. L'artiste relevait une partie de l'or pour la réalisation d'une de ses œuvres, des « Monogold », et l'autre partie était dispersée dans l'eau de la Seine à Paris. A ce moment là, 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 vide¹⁹². Au regard des critères actuels du droit d'auteur cette « œuvre » ne pourrait être protégeable, l'exigence de forme n'étant pas remplie. La substance de l'œuvre étant le vide, sa forme était par essence immatérielle. Cet exemple illustre bien « le malaise qui peut résulter de l'exigence d'une œuvre d'une forme originale posée par le droit »¹⁹³.

Il est à noter, que ces trois courants ne s'excluent pas les uns des autres, ils s'impliquent et s'imbriquent le plus souvent. En effet, ils mettent tous au coeur de leur création l'idée, c'est l'idée qui importe plus que la forme. Ainsi, dans une certaine dimension, toutes les œuvres contemporaines ne sont pas dénuées de forme, l'on peut évoquer les lands de Christo, ou l'œuvre *Paradis* de Jakob Gautel. Cependant, la théorie « sans œuvre » est toujours présente, en effet, si la forme matérielle et tangible existe, celle-ci s'apparente à un objet. On peut alors considérer en suivant la théorie de Strowel, que les œuvres d'art contemporain font partie de cette théorie, car ce ne sont pas les moyens d'enregistrement des actions réalisées qui constituent l'œuvre au sens de leur créateur, mais l'idée qu'ils véhiculent au travers, et son appréciation par le spectateur.

On peut compléter l'approche, en évoquant l'affaire *Renoir*¹⁹⁴, la Cour de cassation avait implicitement reconnu la qualité d'auteur à Renoir, alors qu'il n'avait pas participé à la réalisation matérielle de l'œuvre. Renoir avait seulement dirigé et contrôlé la réalisation de l'œuvre, c'était lui qui en avait eu l'idée, le concept de l'œuvre avait été imaginé par lui. Sol Le Witt a pu considérer 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

¹⁸⁹ STROWEL A., « le droit d'auteur remis en cause par l'art conceptuel », in *L'œuvre selon le droit d'auteur*, 1993, p.85.

¹⁹⁰ STROWEL A., « le droit d'auteur remis en cause par l'art conceptuel », *op. cit.*

¹⁹¹ 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.

¹⁹² MILLET C., *Le montant de la rançon. Art conceptuel : l'avant et l'après*, *op. cit.*, p.39.

¹⁹³ WALRAVENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporaines », *op. cit.*, p. 135

¹⁹⁴ Cass, 1^{re} civ., 13 nov. 1973, D. 1974, jurispr. p. 533, note COLOMBET.

machine qui fait l'art »¹⁹⁵. La conception est distinguée de la réalisation, la réalisation de l'œuvre échappe au contrôle de l'artiste, ce n'est pas l'œuvre réalisée qui est déterminante mais l'idée de l'œuvre.

Nadia Walravens en a conclu que « L'œuvre concrète, réalisée, n'est alors que le résultat accessoire de l'acte mental de création »¹⁹⁶. Elle ajoute qu'il est important que les magistrats aient une approche globale et non fragmentaire de la forme et de l'idée, « en présence d'art contemporain pour lequel l'intellectualisation de la création est souvent prééminente, une telle approche est essentielle »¹⁹⁷. Dans ce sens, il apparaît que la forme de l'œuvre n'est qu'accessoire, l'œuvre contemporaine n'exclut pas la forme banale.

2. L'œuvre contemporaine, une œuvre concrétisée

Comme nous l'avons vu, l'œuvre contemporaine place au coeur de la création l'idée ou le concept, et relègue au second plan la forme, qui ne devient que l'accessoire de la création. Ainsi, elle se retrouve formalisée, néanmoins la forme qu'elle revêt n'a pas toujours la même dimension que la forme que l'on trouve dans les arts plus classiques tel que les Beaux-arts. Il convient alors de s'intéresser au seuil de la formalisation de l'idée, la forme étant souvent banale dans l'art contemporain, il est étonnant de voir que la jurisprudence tend de plus en plus à reconnaître cette formalisation complexe.

La concrétisation de l'idée dans l'œuvre contemporaine. Ce qui importe dans l'œuvre contemporaine, c'est l'idée, Joseph Kosuth, théoricien du mouvement souligne l'importance de l'idée « l'expression est du côté de l'idée - pas de la forme - la forme n'est qu'un outil au service de l'idée »¹⁹⁸. L'idée exprimée est alors une idée concrétisée dans une forme, perceptible aux sens. La vraie question à se poser est de savoir à quel moment une idée est suffisamment matérialisée pour donner naissance à une forme protégeable¹⁹⁹. Synthétiquement, l'idée doit avoir pris une forme suffisamment précise. Or, l'art contemporain repose sur un tout autre fondement, selon lui la forme que peut prendre l'idée est négligeable, l'artiste en délègue même l'exécution, l'idée est donc au coeur de la création. Plusieurs courants doctrinaux vont émerger, ayant des revendications différentes quand à la position à avoir sur la formalisation de l'idée de l'artiste dans son œuvre. Ainsi, selon

¹⁹⁵ LEWITT S., *Sentences on Conceptual art*, G.M.T.A.C., 1989, p. 21.

¹⁹⁶ WALRAVENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporaines », *op. cit.*

¹⁹⁷ WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *RLDI*, n°74, 1er août 2011.

¹⁹⁸ KOSUTH J., *Art conceptuel*, éd. CAPC, Bordeaux 1988, p. 104

¹⁹⁹ GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 60, n° 42.

certain auteurs²⁰⁰ ce qui importe c'est la formalisation de l'idée de l'artiste, selon eux la distinction idée / forme tient à une différence de degré, il faut que l'œuvre soit concrétisée dans une forme. De ce fait, la différence entre l'idée et la forme serait de degré et non de nature, degré qui se mesurerait à l'aune de l'originalité. Dès lors, l'idée originale deviendrait forme, justifiant sa protection par le droit d'auteur²⁰¹.

Alain Strowel²⁰² résume clairement la problématique, il va de soi que si l'on entend par forme toutes manifestations perceptibles aux sens et par idée une représentation imaginaire non extériorisée, que la protection est dépendante de la présence d'une forme. Toutefois, la question pertinente résulte de savoir si l'idée qui est contenue dans une œuvre concrète est protégeable ou non et à partir de quel moment une forme peut être protégée. Dans ce cas, l'idée serait susceptible d'appropriation dès que ses contours sont suffisamment précisés, et avant même d'être matérialisée²⁰³.

On peut d'ailleurs se demander si l'ambiguïté ne permettrait pas de retenir une définition de l'idée à géométrie variable selon le genre des œuvres²⁰⁴. Comme Bernard Edelman a pu le soutenir, « le statut de l'idée dans une œuvre littéraire est double : ou bien l'idée est banale et ne mérite aucune protection ; ou bien elle est originale et doit être protégée, à l'instar de la forme dont elle fait partie intégrante ». On peut compléter cette analyse, par la thèse de Philippe Letourneau qui a abordé les idées ayant une valeur économique, selon lui les idées ayant une valeur économique doivent accéder à la protection du droit d'auteur. Ainsi, on peut retenir de cette analyse, qu'il pourrait être bénéfique pour le droit d'auteur et l'art contemporain, d'envisager une protection des idées originales, - dont la formalisation résulterait de son originalité -, et des idées ayant une valeur économique, - dont la formalisation résulterait de leurs valeurs -. Le bénéfice tiré serait un encouragement à la création, en effet, même si l'on peut penser que protéger les idées entraînerait l'amputation du fonds commun de ses composants, en réalité, les artistes et auteurs sachant leurs créations protégées n'auraient plus peur d'être spoliés.

Dans l'affaire *Paradis* « la forme n'était autre que l'idée, il en résulte que c'est cette même idée qui est déclarée « originale ». On retrouve, ici, la confusion déjà dénoncée entre une

²⁰⁰ V. particulièrement, CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction fond/ forme*, op. cit. n° 110, p. 53

²⁰¹ Rapp. GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, op. cit, n° 41 ; EDELMAN B., *Création et Banalité*, op. cit. ; LE TOURNEAU Ph., « Folles idées sur les idées », op. cit.

²⁰² STROWEL A., « L'existence d'une forme est souvent mentionnée à titre de condition d'existence du droit. 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 forme. Mais la n'est pas la véritable question : elle est bien plutôt de savoir si l'idée qui est contenue dans une œuvre concrète est protégeable ou non. La notion de forme intervient surtout afin de délimiter l'étendue de la protection ».

²⁰³ GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, op. cit

²⁰⁴ Cela permettrait de comprendre les solutions divergentes, par une certaine doctrine, quant à la qualification de l'idée littéraire et artistique (comp. : BEDELMAN B., « Création et Banalité », op. cit, p. 73 et du même auteur sa note ss. l'arrêt d'appel, D. 2006. Jur. 2610, n° 5 contestant que l'idée originale, en l'espèce artistique, puisse être protégée)

idée banale - non protégeable - et une idée originale qui aurait droit à la protection. »²⁰⁵. Colombet avait déjà soulevé cette limite à propos de l'affaire *Christo*, « dans la mesure où la cour affirme que l'idée est une œuvre originale, alors qu'on doit constamment répéter, sous peine de graves confusions, que les idées ne peuvent être protégées par le droit d'auteur » ; et il ajoutait que, ce qui était protégeable, c'était « la concrétisation de l'idée par création d'une forme originale »²⁰⁶.

Nonobstant, pour d'autres auteurs²⁰⁷, la distinction serait ailleurs et l'idée originale se distinguerait de la forme, excluant sa protection par le droit d'auteur, néanmoins soutenir cette thèse reviendrait à exclure de la protection par le droit d'auteur une grande partie des œuvres contemporaines. Selon ce courant, la création doit avoir dépassé le stade de l'idée, du concept, du thème, du style, et elle doit avoir reçu une certaine concrétisation. La concrétisation peut résider dans une simple ébauche, la Cour de cassation a pu suivre cette approche dans un arrêt en décidant que « 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 »²⁰⁸. Ainsi, cette conception n'est pas favorable à l'idée en tant que création, néanmoins, il convient tout de même de l'évoquer pour montrer l'insaisissabilité de la notion, son interprétation même si celle-ci ne fait pas l'unanimité auprès de la doctrine.

La corps comme support de la création - le corps en tant que forme. « La représentation artistique du corps réaliste, déformée ou fragmentée est au coeur de l'histoire de l'art »²⁰⁹. Le corps a depuis toujours été utilisé comme le support de l'œuvre (tatouages, maquillages, et autres peintures corporelles). Toutefois, à partir des années 1950, sous l'impulsion de l'art contemporain une nouvelle dimension va être donnée à l'utilisation du corps humain. « Aujourd'hui, l'utilisation du corps humain dans la création renvoie essentiellement à ce que l'on appelle communément les performances »²¹⁰. L'art corporel ou *Body art* en constitue une des tendances. « Avec le *Body art* ou Art corporel, l'artiste utilise des corps de femmes comme pinces vivants²¹¹, il se sert des éléments de son corps comme matériaux de création²¹², il met en scène et expose des corps de personnes vivantes²¹³ ou des

²⁰⁵ EDELMAN B., « Le « Paradis » de la Nouvelle Eve dans l'enfer du droit d'auteur », *op. cit.*

²⁰⁶ CA Paris, 13 mars 1986, *D.* 1987, Somm. p. 150, obs. COLOMBET.

²⁰⁷ V. particulièrement, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, p. 22.

²⁰⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2000 : *JCP G* 2000, IV, n°2786

²⁰⁹ LEBOIS A., « Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une œuvre de l'esprit », *Mélange en l'honneur d'André LUCAS*, LexisNexis, p. 519

²¹⁰ JOLY S., « Le corps humain, œuvre d'art », *Séminaire l'art contemporain confronté au droit*, Institut Art et droit, 8 juin 2006, p. 14

²¹¹ Yves Klein a utilisé des corps féminins recouverts de peinture pour réaliser des *Anthropométries*, 1960

²¹² Orlan a réalisé avec son propre sang des dessins représentant des visages, *Dessins Au Sang*, 1997

²¹³ V. les œuvres de Vanessa Beecroft

corps morts²¹⁴, il fait de son propre corps le support d'une œuvre en l'utilisant comme une toile ou en le modelant comme une sculpture »²¹⁵. De ce fait, certains mouvements d'art contemporain utilisent le corps humain, « Otto Mühl défèque, urine, copule sur scène ; Gina Pane remplace le pinceau par la lame de rasoir et se lacère, en public, le visage ; Michel Journiac offre du boudin à partir de son propre sang aux spectateurs ; Stelarc se suspend le corps par des crochets plantés à même la chair »²¹⁶.

Ce type d'art heurte les principes d'ordre public de dignité de la personne humaine et d'inviolabilité du corps humain²¹⁷. Néanmoins, contrairement au droit des marques²¹⁸ et au droit des brevets²¹⁹ qui subordonnent l'accès à la protection au respect de l'ordre public et des bonnes moeurs, le CPI ne prévoit pas une telle condition pour le droit d'auteur. De même, le principe d'indifférence du mérite de l'œuvre, « exclut tout jugement de valeur sur le contenu de l'œuvre. La protection légale ne peut être refusée sur la base de considérations d'ordre moral, naturellement étrangères au droit d'auteur, lequel doit subsister même en cas de censure »²²⁰. Celui-ci naît du seul fait de la création d'une forme originale. Dans ce sens, comme le relève A. Lebois, « une œuvre picturale réalisée avec du sang humain, le corps remodelé de l'artiste ou encore des créations qui seraient réalisées à partir de cadavre ou d'éléments d'un corps mort sont susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur »²²¹. De même, selon B. Edelman, « Ce corps peut alors devenir une œuvre d'art - par hypothèse originale puisque c'est la personnalité même qui est mise en forme - et circuler, comme telle, dans le marché. Il est une sorte de *ready-made* vivant : on se désigne comme œuvre, tout comme Duchamp désignait un porte-bouteilles ou une broyeuse de chocolat, Warhol une boîte Brillo, Jeff Koons les trois shampooineuses Hoover Deluxe, sous plexiglas et lumières phosphorescentes. »²²².

Ainsi, si traditionnellement, l'originalité de l'œuvre à travers la personnalité de l'artiste se retrouve dans la création, l'art contemporain révolutionne cette conception, dorénavant la personnalité peut être dans un corps. C'est l'artiste plasticienne Orlan qui pousse la transgression le plus loin, elle fait de son corps, une œuvre : un « travail d'auto-portrait, au sens classique, mais avec des moyens technologiques qui sont ceux de notre temps. Il oscille

²¹⁴ Exposition des corps platinés *Our Body*, qui a donné lieu à un contentieux ; *The Morgue*, série de photographies d'Andres Serrano montrant des parties de cadavre ou encore *Le Cavalier de l'Apocalypse* ou *L'Homme à la mandibule*, écorchés d'Honoré Fragonard.

²¹⁵ LEBOIS A., « Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une œuvre de l'esprit », *op. cit.*, pp. 519-520

²¹⁶ JOLY S., « Le corps humain, œuvre d'art », *op. cit.*, p. 16

²¹⁷ Articles 16 et suivants du Code civil

²¹⁸ Article L. 711-3 du CPI

²¹⁹ Article L. 611-17, a) du CPI

²²⁰ LUCAS A., LUCAS-SCHLOETTER. A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*.

²²¹ LEBOIS A., « Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une œuvre de l'esprit », *op. cit.*, p. 523.

²²² EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *op. cit.*

entre figuration et refiguration. Il s'inscrit dans la chair parce que notre époque commence à en donner la possibilité. Le corps devient un *ready-made* modifié car il n'est plus ce *ready-made* idéal qu'il suffit de signer »²²³. Pour ce faire, elle a subi de nombreuses opérations chirurgicales pour conformer son visage à des figures mythiques (Diane, MonaLisa, la Venus de Boticelli), et devenir une œuvre. Elle a une vision ambiguë de son corps, à la fois matière première, œuvre d'art originale et marchandise. Elle a ainsi pu s'exposer²²⁴, elle va même plus loin en affirmant qu'elle ferait « appel à une agence de publicité à laquelle je demanderai de me proposer, d'après mon « brief », un nom, un prénom, un nom d'artiste et un logo. Ensuite, je choisirai mon nom parmi ceux qu'on m'a proposés. Puis, je prendrai un avocat pour demander au procureur de la République d'accepter mes nouvelles identités avec mon nouveau visage »²²⁵. Pour elle, c'est le processus de création qui importe, « J'ai fait toutes ces opérations non pour le résultat physique final, mais comme des processus de production d'œuvres d'art ». Toutefois comme nous l'avons vu, le droit d'auteur ne protège pas un processus, un geste ou un genre artistiques. Cependant, on pourrait imaginer que la forme donnée par Orlan à son corps et à son visage pourrait être protégée par le droit d'auteur. En effet, nous pouvons rappeler l'affaire *Renoir*, dans laquelle Renoir et Guino s'étaient vu reconnaître la qualité de coauteur par la Cour, rappelons que Renoir n'avait absolument pas réalisé de sa main l'œuvre, et en avait simplement contrôlé la réalisation en dictant des instructions ; concernant Orlan, elle a dicté des directives aux chirurgiens, ces derniers ne sont que des simples exécutants.

Dans une autre dimension, la porte de la protection de l'art contemporain par le droit d'auteur va s'ouvrir par une décision reconnaissant au corps le statut d'œuvre d'art. La cour d'appel de Paris²²⁶ va accorder à Alberto Sorbelli, la qualité de co-auteur d'une photographie où il était le sujet, il s'était travesti en prostituée, et fait prendre en photo devant la Joconde, la cour juge qu'il avait été « un sujet actif » et que c'était « à son initiative et en l'existence de sa création » que la photographie était originale²²⁷. En l'occurrence, l'œuvre était l'artiste Alberto Sorbelli, il s'était construit lui-même comme une œuvre et comporté comme un « tableau vivant »²²⁸ et c'est cela qui permettait à l'œuvre d'accéder au statut d'œuvre de

²²³ ORLAN, *De l'art charnel au baiser de l'artiste*, J.-M. Place et Fils, 1997, p. 1.

²²⁴ Exposition en 1997 à la FIAC, « Elle s'exposa, à la FIAC, assise sur une chaise, revêtue, des seins jusqu'au bas-ventre, d'un plastron en carton, coupé en son milieu d'un conduit transparent en plastique qui aboutissait à un « sexe-réservoir », où l'on pouvait glisser une pièce de cinq francs pour obtenir un « baiser de l'artiste » », EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *op. cit.*

²²⁵ ORLAN, *De l'art charnel au baiser de l'artiste*, *op. cit.*, p. 40 et 41 ; adde, Orlan, *Méthodes de l'artiste - 1964-2004*, Flammarion, 2004.

²²⁶ CA Paris 3 déc. 2004, *D.* 2005. Jur. 1237, note E. TREPPOZ.

²²⁷ CA Paris 3 déc. 2004, *D.* 2005. Jur. 1237, note E. TREPPOZ. « il n'a pas été seulement un sujet pris en photo par Mlle Yoschida, sujet inactif, qui aurait pris des poses dictées par la photographe, mais a été un sujet actif ; qu'en effet, c'est à son initiative et en raison de l'existence de sa création, puisqu'il s'agissait, lors de cette prise de vue, de réaliser son portrait « en situation », que la photographe a pu fixer des moments de cette création »

²²⁸ EDELMAN B., « Création et Banalité », *op. cit.*, p. 38

l'esprit et pas la simple photographie. En se mettant en situation il avait accédé au statut d'œuvre de l'esprit.

Dans le même esprit, dans l'affaire du Baiser, les juges ont qualifié d'originale l'action du corps. Le TGI d'Avignon, tout en condamnant Ramdy Sam, a déclaré que son intervention pouvait être artistique « Si le juge ne peut se prononcer sur le fait qu'un tableau blanc est ou non enlaidi, mutilé, sali, en bref dégradé par l'apposition d'une trace de baiser, d'aucuns pourraient considérer qu'elle a, au contraire, enrichi l'esthétique de l'objet ».

Ainsi, « pour peu qu'il soit « animé » d'une « intention artistique », le corps devient créatif dans la mesure où la vie qui l'habite est elle-même créatrice. Il se conduit alors comme un pinceau vivant qui vient déposer sur un monochrome blanc, en attente de passion, la trace de l'amour physique. Et on est transporté dans les fameuses anthropométries d'Yves Klein, où l'artiste dirigeait la reptation de modèles nus enduits de peinture bleue sur des feuilles de papier »²²⁹. Si lorsque c'est le corps qui est utilisé en tant que forme, elle est d'une importance considérable et à un rôle crucial dans l'œuvre contemporaine, pour un grand nombre de cas la forme est indifférente dans l'œuvre contemporaine.

L'indifférence de « pauvreté » de la forme de l'œuvre contemporaine. Comme le disait Pollaud-Dulian²³⁰ à propos de l'art contemporain, « dans le plus grand nombre de cas, une forme existe et l'indifférence du mérite²³¹ fait que la pauvreté de cette forme n'aura pas d'incidence si l'on parvient à y déceler l'empreinte de la personnalité de celui qui l'a conçue ». En fait, la forme n'est que le socle de l'originalité, c'est l'originalité qui est le seul critère de détermination de la protection, la forme peut même être inexistante, ce qui importe c'est qu'on puisse établir l'originalité de l'œuvre. Ainsi, pour illustrer nos propos, on peut évoquer la théorie sans œuvre²³², par exemple dans l'exposition *Le vide* d'Yves Klein, à la fin il n'y avait plus aucune forme matérielle, néanmoins on ne peut passer outre la démarche de l'artiste, même sans forme, on voit l'originalité de « l'œuvre ». Dans un sens différent, on peut évoquer les œuvres de Dan Flavin, son œuvre est constituée de tubes fluorescents, qui sont la forme de l'œuvre au sens du droit d'auteur, mais ce qui fait leur originalité c'est l'environnement de l'œuvre, l'espace lumineux déployé par ces tubes. La forme de l'œuvre est pauvre, c'est un objet utilitaire, tout comme Marcel Duchamp l'avait fait dans ses *ready-mades*, Ce qui compte c'est la démarche de l'artiste, ce que dégage l'œuvre.

Ainsi, dans une autre dimension, on peut citer le cas d'Orlan, qui est une artiste plasticienne, elle est elle-même une œuvre, son corps est une œuvre, elle s'expose, elle est son univers, l'art charnel. Son œuvre, est intrinsèque, elle est son œuvre, l'œuvre de sa vie, la seule forme tangible de son œuvre est son corps, toutefois, l'originalité de sa création n'en est pas moindre, dans cette dimension la forme se retrouve à travers le corps.

²²⁹ EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *op. cit.*

²³⁰ POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, p. 136

²³¹ Article L. 112-1 du CPI

²³² Développé supra

Concernant la banalité que peut revêtir la forme de l'œuvre, on constate que la jurisprudence en est indifférente, que ça soit dans l'affaire du *Baiser* où la forme de l'œuvre était une toile blanche ou dans l'affaire *Paradis*. Dans cette affaire la cour d'appel a décidé que « l'œuvre relevait d'un « style » - donner un nouveau sens à un lieu - et sa « forme » ou, plutôt, sa « réalisation » avait consisté dans l'inscription « Paradis » ; et cette « manière particulière de pratiquer son art » emportait l'originalité. Ainsi, c'était bien le style - inscrire un mot particulier pour donner un nouveau sens à un lieu - qui était protégeable, la forme - l'inscription « Paradis » - étant banale. Par voie de conséquence, l'originalité ne pouvait être déduite que de l'idée elle-même »²³³, la banalité de la forme était manifeste.

La reconnaissance relative des juges de cette conception de la forme. La jurisprudence semble réceptive à cette conception accordant moins d'importance à la forme. Plusieurs affaires illustrent l'assouplissement de la part des juges de l'exigence formelle, dans la saga jurisprudentielle de l'affaire *Paradis*, les magistrats signalent la concrétisation de l'idée dans la forme de l'œuvre, dans une approche globale de l'œuvre. D'abord, la cour d'appel de Paris relevait que, si cette œuvre s'inscrivait bien « dans l'approche conceptuelle que Jakob Gautel a de son art », il était important de relever qu'elle avait été matérialisée « sous la forme esthétique du mot « Paradis » dont la typologie des lettres, comblées à l'or fin de façon inégale, reprend celle usuelle aux bâtiments de la République, combinée à une porte vétuste, à la serrure en forme de croix encastrée dans des murs décrépis dont la peinture s'écaille ».

La Cour de cassation a considéré que « l'œuvre litigieuse ne consiste pas en une simple reproduction du terme "Paradis", mais en l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille [...] que de ces constatations et appréciations souveraines faisant ressortir que l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun, s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale »²³⁴. La Cour réduit à la simple existence d'une forme l'accueil de l'œuvre par le droit d'auteur, ce qui importe c'est que l'idée, l'approche conceptuelle de l'artiste soit matérialisée dans une forme.

Ainsi, dans cette affaire, les juges sont conscients que le cœur de l'œuvre, son originalité ne réside pas dans la forme qui est banale, mais dans l'idée, dans un certain sens ils accordent la protection à une idée. Toutefois, selon Frédéric Pollaud-Dulian, dans cette affaire « l'originalité, même limitée, [...] se situe dans cette forme et non dans l'idée ou son énonciation, à la différence d'autres œuvres conceptuelles qui se réduisent à un mot ou un slogan inscrit dans une écriture banale sur un fond uni, par exemple »²³⁵. Selon lui, l'originalité réside bien dans la forme de l'œuvre et non dans son concept, il a alors une

²³³ EDELMAN B., « Le « Paradis » de la Nouvelle Eve dans l'enfer du droit d'auteur », *op. cit.*

²³⁴ Cass. Civ. 1re, 13 nov. 2008, pourvoi n° 06-19.021, arrêt n° 1108, *Rheims c/ Gautel*, D. 2008. AJ. 2933, obs. J. DALEAU ; D. 1009. Jur. 263, note B. EDELMAN, et 266, note E. TREPPOZ ; CCE janv. 2009, n° 1, obs. C. CARON

²³⁵ POLLAUD-DULIAN F., « Oeuvre protégée. Art conceptuel. Idées. Forme. Originalité », *op. cit.*

conception assez large de l'originalité puisque la forme *stricto sensu* s'illustrant comme une simple écriture, si le contexte n'est pas pris en considération.

Philippe Gaudrat soulève une difficulté tenant à la protection de l'inscription « Paradis », selon lui « si l'idée de l'inscription décalée est protégeable, fera-t-on un contrefacteur de toute personne qui écrit « Paradis » sur des toilettes publiques, dans une autre graphie, une autre taille et une autre couleur ? »²³⁶. En effet, le risque est là, la frontière entre ce qui relèvera de la contrefaçon et ce qui relèvera de la liberté d'expression est ténue, les juges risqueront de considérer comme une contrefaçon de nouvelles œuvres à part entière.

En ce sens, si les juges, aussi bien la cour d'appel que la Cour de cassation mettent l'accent sur la « réalisation matérielle », ils n'abordent pas de front l'art contemporain, et selon J. Ickowicz, « s'il est tenu compte de « l'approche conceptuelle » de l'artiste, ce n'est donc nullement pour instituer une protection des œuvres d'art totalement immatérielles »²³⁷.

De la même façon dans les affaires des *Tables dorées*²³⁸ et de la *Table bleue* d'Yves Klein²³⁹. En l'occurrence, Yves Klein a créé une table basse, de forme rectangulaire, constituée d'un vaste plateau supportant un pigment pur, en grains, de couleur monochrome bleu outremer recouvert et protégé par une plaque de verre, le piètement métallique étant placé en retrait des bords du plateau, pour ne donner à voir que cette couleur, dénommée « couleur-matière ». Dans le même esprit, l'artiste décline cette même table avec du pigment rose et des feuilles d'or. Suite à la rétrospective de l'œuvre d'Yves Klein organisée au centre Pompidou, les ayants-droits de l'artiste ont découvert dans la boutique du musée, une table basse de forme quasiment identique contenant un pigment monochrome bleu outremer. Plus tard, ils découvriront une table lumineuse semblable à la *Table dorée* composée de feuilles d'or de l'artiste. Les ayants-droits intentent alors une action en contrefaçon et en concurrence déloyale devant les tribunaux parisiens.

Concernant l'affaire des *Tables dorées*²⁴⁰, le tribunal de grande instance a appréhendé l'œuvre dans sa globalité, il a constaté que la combinaison des éléments constitutifs de la table agencées par l'artiste « donne à l'ensemble une originalité certaine », ainsi, l'originalité ne réside pas dans la forme de l'œuvre mais dans le concept développé.

Dans l'affaire de la *Table bleue*²⁴¹, la cour d'appel adopte la même solution, selon elle l'ensemble des caractéristiques de la table a « pour effet de présenter et de mettre en exergue

²³⁶ GAUDRAT Ph. , « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... », *RIDA*, avril 2009, Obs. sur Civ. 1ère, 13 novembre 2008., p. 157

²³⁷ ICKOWICZ J., *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art*, thèse, Paris I, 2009, p. 212

²³⁸ TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 9 nov. 2010

²³⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 7 janv. 2011 ; BRUGUIÈRE J.-M., in *Propr. intell.* 2011, p. 176- 177 ; COSTES L., Contrefaçon d'un modèle de table créé par Yves Klein, *RLDI* 2011/68, no 2224, p. 25-27

²⁴⁰ TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 9 nov. 2010

²⁴¹ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 7 janv. 2011 ; BRUGUIÈRE J.-M., in *Propr. intell.* 2011, p. 176- 177 ; COSTES L., Contrefaçon d'un modèle de table créé par Yves Klein, *RLDI* 2011/68, no 2224, p. 25-27

cette étendue de pigment en poudre et de [...] mettre en scène une représentation de la couleur considérée ». La cour d'appel de Paris, va réaffirmer l'importance de la concrétisation de l'idée ou du concept dans la forme de l'œuvre, en considérant que la table de l'artiste « n'est pas un concept, une idée ou un principe mais une œuvre, définie dans ses contours et sa structure qui met en scène une représentation de la couleur considérée ». Dans cette affaire, le procédé de réalisation, relevant d'une idée, n'est pas resté au stade de la conception, il s'est concrétisé dans la forme de l'œuvre. Ainsi, l'idée de l'œuvre est bien concrétisée dans une forme perceptible aux sens.

Que ça soit dans les affaires *Paradis* ou de la *Table bleue* d'Yves Klein, les juges constatent une mise en forme de l'idée. Toutefois, l'arrêt *Paradis*, exclut du champ de la protection les créations conceptuelles ou *Ready-mades* qui se bornent à énoncer l'idée, la mise en forme faisant défaut. C'est en ce sens que la reconnaissance de la jurisprudence est relative, certes elle accepte une forme banale, mais elle exige toujours que celle-ci soit présente, son discours est alors incohérent, puisque si la forme est banale c'est l'idée qui est originale, alors pourquoi exiger une forme si elle n'apporte rien à l'œuvre.

I. Cherpillod estime que « l'œuvre est perçue comme un tout »²⁴², il ajoute que « l'œuvre concrète est celle qui est matérialisée en une entité perceptible aux sens »²⁴³, la forme de l'œuvre réside alors dans la réalisation d'une idée, sa mise en œuvre au moyen de tels ou tels éléments, tangibles et intangibles. Nadia Walravens²⁴⁴ ajoute que « l'œuvre est par nature indissociable dans ses composantes, unique. La forme de l'œuvre réside alors dans la réalisation de l'idée au moyen des divers éléments qui la constituent, *tangibles* et *intangibles*. D'où la nécessité d'appréhender la forme de l'œuvre dans toute sa dimension ». Il est alors essentiel pour appréhender l'œuvre contemporaine d'avoir une approche globale et totale prenant en compte les éléments intangibles.

Ainsi, on peut transposer les propos de Nadia Walravens à l'ensemble de la création contemporaine, « la prise en compte de tous les éléments constitutifs des tables, appréhendées dans leur globalité et non de manière fragmentaire permet une juste appréciation de la forme requise en droit d'auteur »²⁴⁵. Elle complète son approche, en affirmant l'impossibilité de dissociation des éléments tangibles et intangibles, « la dissociation entre les éléments *tangibles* et *intangibles* est donc inconcevable et inadéquate puisqu'elle détruit la logique de l'œuvre. Celle-ci, pour être perceptible conformément à l'intention de l'artiste, doit donc être appréhendée dans son unité »²⁴⁶. L'art contemporain met en avant le constat selon lequel la substance de l'œuvre réside davantage dans l'idée que

²⁴² CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction fond/ forme*, op. cit., p. 74.

²⁴³ CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction fond/ forme*, op. cit., p. 74

²⁴⁴ WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », op. cit.

²⁴⁵ WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », op. cit.

²⁴⁶ CHERPILLOD I., « *L'œuvre est perçue comme un tout* », in *L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction fond/ forme*, op. cit., p. 74.

dans la forme. Par conséquent, la seule prise en compte des éléments tangibles de l'œuvre est insuffisant pour l'appréhender dans sa globalité.

B. L'approche totale de l'œuvre contemporaine avec l'importance de la prise en compte d'éléments intangibles

L'art contemporain milite pour la disparition de la dimension matérielle de l'œuvre, en accordant une place aux éléments intangibles et aux idées. Ainsi, l'objet représente un concept qui est l'œuvre véritable de l'artiste. Ce mouvement doit être compris comme une remise en cause de la démarche marchande. On peut rappeler les propos de N. Walravens, selon laquelle « l'œuvre perceptible ne peut être réduite aux seuls éléments concrets qui la constituent. Dès lors que ses composantes, intangibles mais perceptibles, participent à son immanence, il convient de les prendre également en considération dans l'appréhension de la forme de l'œuvre d'art »²⁴⁷. Ainsi, l'art contemporain est marqué par le rôle actif du spectateur, la prise en compte de la perception du public est essentielle (2). L'artiste contemporain crée pour donner à voir, pour diffuser un message. Ainsi, l'environnement de l'œuvre contemporaine est particulier, il participe à sa singularité (1).

1. L'importance du contexte d'exposition dans l'appréhension de l'œuvre contemporaine

Pour appréhender correctement l'œuvre issue de l'art contemporain, il convient de prendre en compte son contexte d'exposition. Dans ce sens, la prise en considération de la démarche de l'artiste est essentielle, car c'est toute la réflexion derrière l'environnement de l'œuvre qui en fait son essence, et sa singularité. L'artiste met en scène l'œuvre dans un environnement qu'il a choisi, et qu'il considère le plus pertinent pour dégager son message.

L'analyse de la démarche de l'artiste contemporain. L'artiste contemporain a une démarche artistique singulière, son œuvre est vectrice d'un message destiné au public, une remise en compte des diktats artistiques aussi. Joseph Kohler, considère que l'œuvre constitue l'expression d'une représentation idéale du monde inspiré de la réalité et marqué de la subjectivité de l'artiste il met l'accent sur la démarche créatrice de ce dernier, qui seule justifie le monopole qui lui est accordé. L'œuvre contemporaine est donc marquée par l'importance de la démarche de son créateur, c'est la démarche qui constitue la forme. Nadia Walravens souligne que « la forme de l'œuvre résulte dorénavant des choix exercés par l'artiste de leur combinaison et de leur agencement avec les éléments qui la constituent »²⁴⁸. Le contexte d'exposition dans le milieu contemporain fait donc partie intégrante de l'œuvre, et plus précisément de sa forme.

Ainsi, la démarche de l'artiste réside dans l'intellectualisation de l'œuvre, il pense l'œuvre avant de la réaliser, il l'a pensée pour diffuser un message, la démarche d'intellectualisation

²⁴⁷ WALRAVENS N., *op. cit.*

²⁴⁸ WALRAVENS N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *op. cit.*

de l'artiste entend modifier le rapport du spectateur à l'œuvre. Néanmoins, cette démarche (l'idée de l'œuvre non protégeable) doit être suffisamment exprimée dans une forme pour pouvoir être perceptible aux sens. Cela a été le cas dans l'affaire *Paradis*, la démarche de l'artiste résidait dans la mise en décalage d'une écriture et du lieu qui l'entoure pour véhiculer son message. Dans le même sens on peut évoquer les *Ready-mades* de Marcel Duchamp, ou l'artiste met en scène des objets utilitaires, ainsi Bernard Edelman a pu dire à leur propos, « Ce n'est donc point l'urinoir, en soi, qui est protégé, car, non seulement l'objet est banal, mais encore préfabriqué et préexistant, mais l'idée de le mettre en scène, selon les critères de la muséologie (l'exposer dans un salon, le défonctionnaliser en l'inclinant à 90 % par rapport à sa position normale, le signer et le titrer - Fountain) »²⁴⁹. Ainsi, selon lui la démarche de l'artiste doit être prise en compte dans la protection de l'œuvre, néanmoins plus généralement la démarche de l'artiste se perçoit à travers l'environnement de l'œuvre et la perceptibilité par le public.

La prise en compte de l'environnement de l'œuvre contemporaine. La contextualisation de la création contemporaine dans l'espace d'exposition est au cœur de l'œuvre. C'est Marcel Duchamp qui a mis en avant l'importance du contexte de l'œuvre dans le monde de l'art. En effet, après avoir décrété qu'un objet était une œuvre d'art, il le plaçait d'une certaine manière, selon les principes appartenant à la muséologie, « 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 ! »²⁵⁰. L'exposition de ces objets était une condition *sine qua non* 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 théâtrale²⁵¹. 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 »²⁵².

Le contexte d'exposition de l'œuvre participe de sa forme, dans l'affaire *Paradis*, la cour d'appel relève « l'impression esthétique globale qui se dégage », elle prend alors en considération l'énergie et l'atmosphère émanant de l'œuvre, ces éléments étant intrinsèques, et intangibles, il sont néanmoins perceptibles par le spectateur. Les juges ont intégré cette conception en décidant que l'inscription « Paradis » à l'endroit précis où elle est placée bénéficie de la protection du droit d'auteur et que le lieu fait partie intégrante de l'œuvre. Dès lors, que la cour a accordé la protection du droit d'auteur à l'œuvre, c'est qu'il existe une forme, originale de surcroît. Néanmoins, tout n'est pas si clair, la forme de l'œuvre dans cette affaire est indéterminée. En effet, l'œuvre ne consiste pas en la seule inscription du mot « Paradis », c'est la combinaison avec le lieu et ses éléments qui le compose, à savoir la

²⁴⁹ EDELMAN B., « Le « Paradis » de la Nouvelle Eve dans l'enfer du droit d'auteur », *op. cit.*

²⁵⁰ MOLLET-VIEVILLE G., *Art minimal & conceptuel*, Skira, 1995, p. 24 cité par N. WALRAVENS, *op. cit.*, p. 94.

²⁵¹ 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.

²⁵² STROWEL A., « le droit d'auteur remis en cause par l'art conceptuel » *op.cit.*, p.82.

porte, la serrure et les murs décrépis, qui font de la création une œuvre de l'esprit. En considérant l'œuvre dans la simple inscription du mot, élément tangible, le lieu devrait être considéré comme faisant parti du domaine public, l'œuvre serait réduite à la seule inscription, ce qui n'est pas le raisonnement des juges.

Les éléments tangibles résident dans les éléments concrets, constitutifs de l'œuvre, et sont aisément perceptibles. Ainsi, ils font partis du domaine public, ils peuvent par conséquent être reproduits. Par exemple, dans cette affaire, les éléments tangibles sont l'inscription « Paradis » et le graphisme qui l'accompagne, le lieu, la porte, la serrure. Cependant, la seule prise en compte des éléments tangibles sans aller plus loin dans l'analyse ne suffit pas, il faut les combiner avec les éléments intangibles constituant l'œuvre, et participant à sa perception, l'a révélant de ce fait, dans toute sa dimension. Néanmoins, dès que l'inscription « Paradis » devient lisible, la réunion de ces éléments tangibles, intégrant l'inscription, participe à la création d'un élément intangible, le contexte d'exposition. C'est ici, que la solution de la Cour de cassation est critiquable, les éléments visuels de l'œuvre, s'ils participent du contexte d'exposition ne suffisent pas à constituer l'œuvre. Il convient aussi de prendre en compte un autre élément, le lieu de l'inscription, à savoir, l'ancien dortoir des alcooliques de l'hôpital psychiatrique de Ville-Evrard. L'œuvre de Gautel ne serait pas telle qu'elle est si elle n'avait pas été créée dans ce lieu. Pour appréhender l'œuvre dans sa globalité il convient de considérer le contexte d'exposition, intégrant alors des éléments tangibles et intangibles, en l'occurrence l'environnement de l'œuvre.

Dans l'affaire de la *Table bleue* et de la *Table dorée*, il est remarquable que les magistrats aient pris en compte les œuvres dans toutes leurs dimensions, notamment en considérant l'atmosphère singulière qu'elles dégagent. Concernant la *Table dorée*, le tribunal de grande instance signale que l'agencement de la combinaison des éléments constitutifs conduit à « laisser voir à l'observateur un "océan de couleur" [...] qui donne à l'ensemble une originalité certaine qui démontre l'empreinte de la personnalité de son auteur ». De la même manière, concernant la *Table bleue*, la cour d'appel, tient compte de l'effet rendu par la « mise en exergue de l'étendue de pigment en poudre », et par la mise en scène de cette « couleur-matière ».

On constate par ces trois affaires que la jurisprudence tend de plus en plus à considérer le contexte d'exposition, la démarche de l'artiste, et l'environnement qui l'entoure, ainsi comme le relève Nadia Walravens, « la prise en compte de l'espace environnemental est la condition *sine qua non* d'une bonne appréhension de son originalité »²⁵³. Néanmoins, pour avoir une approche totale, il convient d'être conscient de l'importance du rôle du spectateur et de sa perception de l'œuvre.

²⁵³ WALRAVENS N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *op. cit.* p. 61

2. L'importance du spectateur dans l'œuvre contemporaine

L'œuvre contemporaine est caractérisée par la place considérable du spectateur, en effet, quand l'artiste imagine l'œuvre, il pense à l'expérience que le spectateur vivra, et ce qu'il en retiendra, de plus en créant il cherche à faire passer un message au spectateur. Pour la première fois le spectateur a un rôle actif. De même, pour permettre à la création de devenir une œuvre il faut prendre en considération ce qu'elle dégage, une sensibilité certaine.

L'œuvre contemporaine, une œuvre à la sensibilité décuplée. Depuis les années 1960, la plupart des œuvres contemporaines intègrent des éléments plus subjectifs, plus personnels, qui relèvent d'avantage du sensible que du visible. Un rapport est alors instauré avec le spectateur. La prise en compte de ses éléments est essentielle dans l'appréhension de la forme d'une œuvre d'art, notamment de celle relevant de l'art contemporain. Du fait de la pauvreté de la forme, pour pouvoir prétendre à l'exigence de l'originalité, il faut prendre en compte ces éléments, ce sont eux qui portent la marque de l'auteur, qui en exprime la personnalité et les choix. La concrétisation de l'œuvre dans une forme résulte toujours de l'exigence de perceptibilité aux sens, néanmoins on s'intéressera à la sensibilité ressentie par le spectateur. Le sensible n'est pas toujours visible, la perception du spectateur est alors modifiée et c'est le but recherché, « on se trouve littéralement imprégné par l'état sensible pictural spécialisé et stabilisé au préalable par le peintre dans l'espace donné, et c'est une perception-assimilation directe et immédiate sans plus aucun effet, ni truc, ni supercherie »²⁵⁴. L'artiste conceptuel, contemporain veut déstabiliser le spectateur, le faire réfléchir, mais surtout qu'il s'imprègne de la sensibilité de l'œuvre.

La thèse de Philippe Gaudrat est intéressante, il distingue la forme sensible de la forme conventionnelle, ainsi, pour lui toute œuvre s'exprime à travers une forme externe sensible, perçue au travers des sens (la vue, l'ouïe), et/ou à travers une forme conventionnelle, qui repose sur une convention et qui subordonne l'accès à la forme interne, qu'elle dénote à la connaissance et à la maîtrise de cette convention. Par exemple, la forme conventionnelle en matière musicale peut être représentée par la partition, et par l'écrit en matière littéraire. L'accès à l'œuvre est ainsi subordonné à la maîtrise de la convention de, notait-on, en matière musicale ou de la langue dans laquelle est rédigé l'écrit, de la part du récepteur. Néanmoins, il estime que « la forme conventionnelle est étrangère à l'œuvre picturale, sculpturale ou photographique qui se présentent directement sous leurs formes sensibles »²⁵⁵. Cet aspect est critiquable, en effet, on peut songer à l'existence d'une sorte de convention culturelle, un code commun aux amateurs d'arts, de culture, par exemple, dans l'œuvre L.H.O.O.Q. de Marcel Duchamp, la convention s'apparenterait à la reconnaissance de la présence de la *Joconde*, un chef-d'œuvre, de même que le titre de l'œuvre, dont la prononciation présente un caractère provocateur, ce caractère provocateur ne l'est que pour un public francophone. Selon ce courant, la sensibilité de l'œuvre ne serait alors accessible

²⁵⁴ KLEIN Y., *Le dépassement de la problématique de l'art et autres écrits*, ENSBA, 2003, p. 51.

²⁵⁵ GAUDRAT Ph., *op. cit.*

qu'à une partie du public, celle détentrice de la « convention », c'est alors la seule qui pourra comprendre la sensibilité.

Cependant, pour un grand nombre d'œuvres contemporaines, l'artiste cherche à partager sa sensibilité avec le plus grand nombre de personne. De ce fait, le courant contemporain duquel les œuvres dégagent le plus de sensibilité est l'art minimal, Yves Klein en est un acteur majeur. Ainsi, au delà de la dématérialisation de ses œuvres, l'artiste recherche à partager sa sensibilité au spectateur au travers de son œuvre. On retrouve dans ses œuvres une énergie poétique et une présence émotionnelle certaine et décuplée. Cela montre alors que la prise en compte des seuls éléments tangibles est insuffisante pour appréhender la forme de l'œuvre et donc son originalité.

Il place l'immatérialité et la sensibilité au coeur de ses œuvres, il a pu dire à propos de la *Table bleue*, « je crois que pour le peintre, il existe une matière sensible et colorée qui est intangible. Je considère donc que la couleur même, dans son aspect physique, en arrive à limiter et asservir mon effort vers la création d'états artistiques sensibles. Pour atteindre cet « indéfinissable » de Delacroix qui est l'essence même de la peinture, je me suis mis à la "spécialisation" de l'espace, qui est mon ultime façon de traiter la couleur. Il ne s'agit plus de voir la couleur, mais de la « percevoir » »²⁵⁶.

Toutefois, même si Yves Klein place au coeur de ses œuvres l'immatérialité, intellectualisation et matérialisation ne sont pas incompatibles, « la prééminence donnée à l'intellectualisation d'une œuvre d'art n'est pas antinomique de l'existence d'une forme »²⁵⁷. En effet nous pouvons prendre, deux exemples pour illustrer ces propos, le *Carré blanc sur fond blanc* de Kazimir Malevich et *Les monochromes* d'Yves Klein. Concernant le *Carré blanc sur fond blanc*, l'idée si importante soit-elle est exprimée dans l'œuvre de manière sensible, perceptible, ainsi selon D. Riout « cette présence vivifiante de la peinture au coeur de l'idée, aucun autre tableau que le *Carré blanc sur fond blanc* ne la rend aussi sensible, justement parce que l'idée est si fortement implantée qu'elle pourrait presque suffire à faire œuvre, mais que l'œuvre et si puissamment peinte qu'elle fait oublier ce qu'il y aurait d'un peu plus simple dans l'idée seule »²⁵⁸.

Concernant *Les monochromes*, Yves Klein recherche la sensibilité pure, il a pu dire « mon but était de présenter au public une possibilité d'illumination de la matière picturale colorée en soi qui fait que tout état de choses physiques, pierre, roche, bouteille, nuage, peut devenir un objet de voyage, par imprégnation, pour la sensibilité humaine du lecteur dans la sensibilité cosmique, sans limite, de toute chose »²⁵⁹. Ces deux exemples dégagent une

²⁵⁶ KLEIN Y., *Le dépassement de la problématique de l'art et autres écrits*, op. cit., p. 51.

²⁵⁷ WALRAVENS N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », op. cit. p. 31

²⁵⁸ D. RIOUT, *La peinture monochrome, Histoire et archéologie d'un genre*, éd. J. Chambon, 1996, p. 49

²⁵⁹ Y. KLEIN, cité par D. RIOUT, *La peinture monochrome, Histoire et archéologie d'un genre*, op. cit., p. 26

« présence émotionnelle, [et une] énergie poétique »²⁶⁰, éminemment présente dans les monochromes, où la sensibilité de l'auteur est décuplée.

Au contraire, d'autres œuvres recherchent une dématérialisation totale de l'objet d'art. On peut citer quelques exemples où les artistes ont cherché une dématérialisation totale. Ian Wilson réalise des œuvres purement verbales, la dématérialisation est telle qu'il les disait à haute voix à l'intérieur de la 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. Tout ce que l'artiste présenta était une note indiquant qu'une exposition, bien qu'invisible, avait lieu. On voit encore dans cette exemple, la volonté de donner aux spectateurs une expérience à vivre. Manzoni avait réalisé un projet similaire à celui-ci en décidant de barricader un espace d'exposition avec des planches en laissant l'écriteau, « Ici repose l'esprit de l'artiste ». Dans ces expositions et œuvres les artistes veulent simplement atteindre le public, le faire réfléchir, même si cela implique de le mettre mal à l'aise, l'artiste veut que le spectateur ressente sa sensibilité.

L'artiste n'est plus qu'un peintre, sculpteur, mais il veut transmettre de la sensibilité, il veut aller au delà et que le spectateur ait interprété l'œuvre, comme le dit Edouard Treppoz, « l'artiste change-t-il de fonction : il n'est pas celui qui réinvente le monde, qui le remodèle en imaginant de nouvelles formes, mais celui qui s'empare de ce qui est toujours déjà là et qui le donne à voir : non plus un fabricant de « choses » mais un fabricant de sens ; il lui suffit, par exemple, de se travestir en prostituée devant La Joconde et de faire réaliser son portrait « en situation »²⁶¹, ou d'aligner des rangées de cuvettes de W.-C. avec leur réservoir où sont posées des boîtes, évoquant des cercueils, recouvertes de serviettes hygiéniques²⁶² pour « faire œuvre »²⁶³. La place de l'artiste change, et son rôle grandit, tout comme celle du spectateur qui devient actif.

Le rôle actif du spectateur. Marcel Duchamp disait que « Ce sont les *regardeurs* qui font les tableaux »²⁶⁴. Le rôle du spectateur découle indéniablement de la sensibilité de l'œuvre, puisque pour percevoir cette sensibilité, le spectateur doit analyser l'œuvre, et s'en imprégner, il est par conséquent actif. La prise en compte de l'analyse du spectateur est alors primordiale dans l'appréhension de l'œuvre contemporaine. S. LeWitt a pu dire que « l'artiste dont l'art est conceptuel veut faire en sorte que son travail soit quelque chose de mentalement intéressant pour les spectateurs »²⁶⁵. Ainsi, la présence du public influence la construction même de l'œuvre par son auteur. L'intervention du public participe à la

²⁶⁰ WALRAVENS N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 31

²⁶¹ CA Paris, 3 déc. 2004, *D.* 2005, Jur. p. 1237, note E. TREPPOZ (sur la protection d'une performance)

²⁶² CA Paris, 10 avr. 1995, *RIDA* oct. 1995, p. 316.

²⁶³ EDELMAN B., « Le « Paradis » de la Nouvelle Eve dans l'enfer du droit d'auteur », *op. cit.*

²⁶⁴ DUCHAMP M., *Duchamp du signe, Ecrits M. Duchamp*, éd. Flammarion, 1994

²⁶⁵ LEWITT S., « Paragraphs on Conceptual Art », *op. cit.*, p. 199

détermination de la forme de l'œuvre, car seule cette intervention permet de saisir l'œuvre dans son ensemble.

Umberto Eco a souligné que « nous ne croyons pas qu'une étude de l'œuvre, même en tant que structure, doive s'arrêter à la considération de l'objet, en excluant les façons dont il peut être *consommé* [...] l'artiste qui produit sait qu'il structure à travers son objet un *message* : il ne peut ignorer qu'il travaille pour un *récepteur* »²⁶⁶. L'artiste est conscient qu'il crée pour un public et que c'est pour cette raison qu'il convient qu'il soit actif. Marcel Duchamp considère qu'il y a « deux facteurs importants, les deux pôles de toute création d'ordre artistique : d'un côté l'artiste, de l'autre le spectateur qui, avec le temps, devient la postérité²⁶⁷ ». Il a mis en exergue l'importance de la place du spectateur « le spectateur établit le contact de l'œuvre avec le monde extérieur en déchiffrant et en interprétant ses qualifications profondes »²⁶⁸. Le spectateur devient actif, l'artiste a modifié son attitude, il a créé l'œuvre du point de vue du spectateur, de sa place et en imaginant son rapport à l'œuvre.

Selon I. Cherpillod, le rôle actif du spectateur tient dans l'analyse qu'il fait de l'œuvre, ainsi selon lui « le but de toute création littéraire ou artistique est de communiquer des pensées ou des impressions à un lecteur, un spectateur ou un auditeur. Dès lors, une étape intervient en plus de celle de la création : le moment où le tiers (lecteur, spectateur ou auditeur) prend connaissance de l'œuvre, perçoit cette communication. C'est donc l'examen de l'œuvre telle qu'elle se présente à ce tiers, telle qu'elle est exprimée, qui est décisif »²⁶⁹.

Nadia Walravens²⁷⁰, illustre la place du spectateur dans les œuvres contemporaines, en mentionnant la démarche de dématérialisation. Notamment, par les œuvres d'art minimal²⁷¹ de Dan Flavin, selon elle « la forme de l'œuvre n'est pas composée uniquement par les tubes fluorescents – son support matériel –, mais par l'espace lumineux coloré qu'ils déploient ». Elle poursuit « l'œuvre se singularise alors par son immatérialité : elle devient un lieu d'expérience perceptive lié au déplacement du spectateur dans l'espace ». Là aussi, la place du spectateur change, il devient actif, l'œuvre devient alors une expérience et c'est dans cette mesure qu'elle devient perceptible aux sens.

Dans l'exposition *Le vide* d'Yves Klein, l'artiste a voulu modifier la place occupée par le spectateur, il a voulu l'amener à réfléchir sur la notion du vide, sa démarche tendait à démontrer qu'il existe différentes façons pour le spectateur de réfléchir vis-à-vis d'une réalisation. Il est demandé au spectateur de brûler le reçu qu'on lui a donné lors de l'achat

²⁶⁶ ECO U., *L'œuvre ouverte*, éd. du Seuil, 1965, p. 11

²⁶⁷ DUCHAMP M., *Duchamp du signe*, *Ecrits M. Duchamp*, op. cit

²⁶⁸ DUCHAMP M., *Duchamp du signe*, *Ecrits M. Duchamp*, op. cit, p. 189

²⁶⁹ CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction fond/ forme*, op. cit.

²⁷⁰ WALRAVENS N., « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », *Séminaire l'art contemporain confronté au droit*, Institut Art et droit, 8 juin 2006, p. 12.

²⁷¹ « L'art minimal est caractérisé par des objets de forme sculpturale réduits à leur plus simple expression et constitués de matériaux industriels » dans WALRAVENS N., « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », op. cit., p. 13

de l'œuvre, et ce n'est qu'à ce moment là que l'œuvre est pleinement réalisée, de ce fait le spectateur vit une expérience et il participe à la réalisation de l'œuvre.

L. Weiner vend des œuvres qui n'existent que sous forme d'énoncés, et qui ne sont pas encore réalisées lors de leur acquisition par un collectionneur, à qui il est proposé « trois possibilités pour son exposition : 1. l'artiste peut construire le travail, 2. le travail peut être fabriqué (par quelqu'un d'autre), 3. le travail peut ne pas être réalisé, chaque proposition étant égal et en accord avec l'intention de l'artiste, le choix d'une des conditions de présentation relève du récepteur à l'occasion de la réception [...] ici tout est évolutif, l'œuvre devient plurielle et se joue des ambivalences tangible / intangible, visible / invisible en renvoyant le collectionneur qui prend la responsabilité de ses *Statements*, à l'éternelle question de ce qu'est la réalité de l'œuvre qu'il possède »²⁷² de ce fait, « la pièce ne doit pas nécessairement être réalisée »²⁷³. Ainsi, l'œuvre contemporaine requiert une attitude active du spectateur, il participe à la démarche artistique, tant dans sa phase mentale que dans son résultat final, Marcel Duchamp a pu dire que « Somme toute, l'artiste n'est pas le seul à accomplir un acte de création car le spectateur établit le contact de l'œuvre avec le monde extérieur en déchiffrant et en interprétant ses qualifications profondes et par là on ajoute sa propre contribution au processus créatif »²⁷⁴.

De même dans le *happening*, le spectateur devient un participant, et selon Allan Kaprow, il incarne l'œuvre, c'est-à-dire l'objet ou la peinture, tandis que les instructions de l'œuvre ou les matériaux correspondaient à la toile de fond. Le spectateur devient un penseur et s'engage intellectuellement dans l'œuvre, « avec l'art conceptuel en revanche, le spectateur est maintenu dans un inconfort intellectuel permanent »²⁷⁵. Il appartient désormais au public de s'appropriier les œuvres afin d'en comprendre et d'en cerner toute la dimension.

La prise en considération de la perception de l'œuvre par le public conduit à ne plus se placer du côté de l'œuvre et de l'auteur, mais du côté du public. Les œuvres concernées sont conçues comme des expériences à vivre par le public, c'est pour cette raison qu'elles appellent une participation active des spectateurs. La place du spectateur devient primordiale et déterminante, l'œuvre « instaure un nouveau type de rapport entre l'artiste et son public, un nouveau fonctionnement de la perception esthétique ; elle établit enfin un rapport inédit entre la *contemplation* et l'*utilisation* de l'œuvre d'art »²⁷⁶.

Nonobstant, une difficulté émerge de cette analyse, en plus de remettre en cause les fondements du droit d'auteur, où, l'auteur occupe une place prédominante. Il est risqué d'accorder une place prépondérante à la perception de l'œuvre par le public pour accéder à la protection. En effet, la perception est subjective et chaque personne réagit différemment devant une œuvre, ainsi la perception ne sera pas la même pour chaque spectateur. De même,

²⁷² MOLLET-VIEVILLE G., « De quelques réflexions sur l'idée d'une collection autre », *op. cit.*, p.106

²⁷³ MOLLET-VIEVILLE G., « De quelques réflexions sur l'idée d'une collection autre », *op. cit.*, p.106

²⁷⁴ DUCHAMP M., *Duchamp du signe, Ecrits*, *op. cit.*, p. 189

²⁷⁵ GODFREY T., *L'art conceptuel*, *op. cit.*, p. 143.

²⁷⁶ ECO U., *L'œuvre ouverte*, *op. cit.*, p. 37

il n'est pas évident que le public perçoivent ce que l'auteur de l'œuvre entendait dégager de celle-ci. Il ne faut pas se limiter à la perception du public, on pourrait courir le risque de considérer comme œuvre ce qui n'a jamais été envisagé comme tel par son créateur, ou ce qui n'est même pas le produit d'une activité humaine²⁷⁷. De même, la prise en compte de la perception par le public, peut être interprétée comme une prise en compte du mérite de l'œuvre, principe prohibé par le droit d'auteur. Effectivement, les spectateurs risquent d'être plus réceptifs aux œuvres d'artistes connus, ils seraient les seuls à pouvoir bénéficier de la protection.

Enfin, même s'il ne faut pas faire reposer entièrement la protection sur la perception de l'œuvre par le spectateur, il convient néanmoins de la prendre en compte. Ainsi, Philippe Gaudrat relève l'interdépendance entre les éléments intangibles de l'œuvre, qu'il appelle « forme interne » et les éléments concrets, la « forme externe », « lorsque l'œuvre est protégeable, la protection ne naît 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 »²⁷⁸. L'œuvre n'existe que dans la participation mentale du spectateur. Ainsi, la forme tangible importe peu dans l'art contemporain c'est « l'idée, le choix, le langage, l'air, la lumière, l'énergie, l'espace environnemental, le temps, la perception, le rapport avec le spectateur et le contexte d'exposition »²⁷⁹ qui importe.

²⁷⁷ DEMARSIN B. et PUTTEMANS A., *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, *op. cit.*

²⁷⁸ GAUDRAT Ph., « Objet du droit d'auteur. Oeuvres protégées. Notion d'œuvre », *op. cit.*, p. 13

²⁷⁹ WALRAVENS N., « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », *op. cit.*, p. 13

Conclusion partie 1

L. Poincard au début du XX^{ème} siècle énonçait 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 »²⁸⁰. Ainsi, de façon classique « Pour accéder à la protection, l'œuvre doit être originale dans sa forme »²⁸¹. Cette conception excluant les idées et les concepts de la création du fait de l'existence d'un fonds commun, et de la liberté de création.

Toutefois, l'émergence de nouveaux types d'œuvres vient remettre en question cette conception. En effet, si traditionnellement c'est la forme qui doit revêtir de l'originalité, désormais si l'on prend seulement en compte la forme *stricto sensu*, à savoir constituée uniquement d'éléments tangibles, les créations contemporaines seraient exclues du champ de la protection du droit d'auteur.

La création contemporaine place des éléments intangibles au cœur de sa création, tel que la perception par le spectateur, le contexte d'exposition et la sensibilité. Mais c'est surtout le concept de l'œuvre et l'intention de l'artiste qui importent. De ce fait, la jurisprudence consciente de l'enjeu peine à accorder à la création contemporaine la protection par le droit d'auteur, s'il lui arrive de protéger de façon détournée des concepts, elle exige cependant qu'il soit concrétisé dans une certaine forme. Ainsi, dans ce sens I. Cherpillod relève que si la forme doit s'entendre comme une « manifestation exprimée » et l'idée comme une « représentation imaginaire », il est facile d'affirmer que l'idée est seulement « une préconception dans l'esprit, une représentation qui, faute de concrétisation n'a pas de réalité pour le droit d'auteur »²⁸².

Néanmoins, la difficulté ressort d'autant plus lorsque les œuvres sont dépourvues de formes tangibles, l'artiste contemporain ayant à cœur la dématérialisation, de même que les artistes performers. De ce fait, peut-on se poser la question de l'obsolescence de la conception traditionnelle²⁸³, l'art conceptuel et certains domaines de l'art contemporain deviennent des zones de non droit, provoquant une certaine insécurité juridique. Bernard Edelman, énonce que « la logique du marché de l'art bafoue allègrement le droit d'auteur »²⁸⁴. La dimension qu'il acquiert est telle, qu'il apparaît nécessaire de trouver un moyen pour pouvoir accueillir l'art contemporain dans le droit d'auteur de façon universelle et non pas au compte goutte comme la jurisprudence le fait en usant de subterfuge.

Enfin, il convient toutefois, de s'intéresser au critère déterminant de l'accès à la protection par le droit d'auteur, à savoir l'originalité, elle pose autant de difficulté, cette notion n'est

²⁸⁰ POINCARD L., *La propriété artistique et littéraire: répertoire alphabétique rédigé d'après la législation, les traités, les usages et la jurisprudence des divers pays*, LGDJ, 1910, p.165. (364)

²⁸¹ POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur*, *op. cit.* p. 156

²⁸² CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction fond/ forme*, *op. cit.*

²⁸³ WALWARENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporain », *op. cit.*, p. 127.

²⁸⁴ EDELMAN B., « Création et Banalité », *op. cit.*, p. 38

pas définie par les textes et aucune définition constante n'est retenue, ce qui n'arrange pas le *quid* de l'art contemporain.

Partie II - L'adaptation souhaitable de l'originalité face à l'émergence de l'art contemporain

L'originalité est la « pierre angulaire du droit d'auteur »²⁸⁵, elle permet à elle seule de faire bénéficier à une personne des droits puissants sur une œuvre de l'esprit. Henri Desbois disait « il suffit pour qu'une œuvre donne prise aux droits d'auteurs qu'elle soit originale ».

L'originalité est le critère déterminant pour accéder à la protection par le droit d'auteur, néanmoins les textes régissant le droit d'auteur n'énoncent pas clairement les critères de la protection, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à penser que c'est autour de la notion d'originalité que doit se faire la distinction entre les œuvres protégeables par le droit d'auteur et les autres. Le législateur laisse ainsi la liberté à la jurisprudence d'en avoir une interprétation. On peut penser, comme certains auteurs que l'originalité n'est pas définie pour laisser une certaine marge d'appréciation aux juges²⁸⁶. Ainsi, donner une définition de la notion d'originalité risquerait de restreindre de manière trop importante le champ de la protection, de même l'évolution étant constante, cela reviendrait à exclure volontairement du champ de la protection certaines œuvres. Cela est la conséquence de l'esprit du droit d'auteur français, qui est très protecteur, et entend protéger le plus grand nombre d'œuvres afin d'en protéger les créateurs. Toutefois, l'absence de définition pose des difficultés, tant pour la doctrine que pour la jurisprudence, Sirinelli dira que « la vérité oblige à dire que l'on ne sait pas exactement en quoi consiste l'originalité »²⁸⁷. Même si la notion a été érigée par la Cour de justice de l'Union européenne en une notion autonome du droit de l'Union applicable comme telle de manière uniforme dans l'ensemble des Etats membres. La jurisprudence nationale a toujours du mal à suivre la conception européenne, ainsi, « 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 »²⁸⁸.

La détermination de l'originalité pour une œuvre est considérable, le droit moral trouve sa justification dans l'originalité de l'œuvre, Philippe Gaudrat souligne que « c'est le critère d'originalité, source et mesure de la protection, qui joue le rôle déterminant dans le développement et la cohérence du droit moral. L'œuvre n'est protégée que dans la mesure où elle recèle une empreinte de personnalité. Cette empreinte fait toute la valeur de

²⁸⁵ LUCAS A. et SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 23, 9 Juin 1993, doct. 3681, p. 1

²⁸⁶ POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur, op. cit.* pp. 156-157

²⁸⁷ SIRINELLI P., « Chronique de jurisprudence », *RIDA*, 1/2008, p. 267

²⁸⁸ EDELMAN B., « De la nature des œuvres d'art d'après la jurisprudence », *D.* 1969 ; Chr. X, p. 11.

l'œuvre »²⁸⁹. Ainsi, il est possible de réfuter à une œuvre d'art son statut « d'œuvre » si l'originalité ne peut être démontrée par son auteur, ce qui aura pour conséquence que l'auteur sera dans l'impossibilité de faire sanctionner l'atteinte à son droit moral ou patrimonial. Néanmoins, il ne sera pas traité ici des suites que la reconnaissance de l'originalité entraîne, à savoir la mise en œuvre de la protection.

L'art contemporain remet en cause la notion d'originalité, il remet en cause tous les canons du droit d'auteur. Il conviendra d'appréhender l'originalité dans sa globalité pour tenter de définir la notion dans l'application qui en est faite s'agissant des œuvres contemporaines (I). Cependant, on constatera que la création contemporaine fait apparaître une limite à l'originalité (II).

I. L'appréhension globale de la notion d'originalité au travers l'œuvre contemporaine

L'originalité est la clé de voute de la protection des œuvres de l'esprit, à elle seule elle permet de départager les œuvres qui relèvent du domaine public de celles qui donnent prise aux droits d'auteur. Il est important d'aborder la conception de l'originalité par la doctrine et surtout par la jurisprudence, néanmoins, il résultera de l'analyse que c'est une notion mouvante, sans application uniforme (A). De plus, l'art contemporain prenant une nouvelle dimension, la définition de l'originalité ne permet pas toujours de le prendre en compte intégralement, son application jurisprudentielle découle de la mouvance de la notion (B).

A. L'originalité, une notion mouvante, de l'empreinte de la personnalité de l'auteur à la création intellectuelle propre à son auteur

Le critère de l'originalité est une condition à la fois nécessaire et suffisante pour déclencher l'application du droit d'auteur. Cependant, le législateur ne lui a consacré aucune définition, ce silence a permis l'évolution de la notion qui s'est « adaptée à différentes catégories d'œuvres »²⁹⁰ et surtout a permis différentes conceptions doctrinales et jurisprudentielles. Nonobstant, l'originalité a d'abord été élaborée par la doctrine, comme c'est souvent le cas dans les régimes civilistes, selon Daniel Gervais, « C'est le professeur Desbois qui aurait employé la notion comme filtre ou critère pour déterminer ce qui mérite d'être protégé »²⁹¹. Même si la doctrine, la jurisprudence et le droit communautaire se sont attaqués à dégager une définition de l'originalité, celle-ci n'est toujours pas claire. Il résultera

²⁸⁹ GAUDRAT P., « Droit des auteurs. Droits moraux. Théorie générale du droit moral », *JCI Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1210, 2001, p. 16

²⁹⁰ BERNAULT C. et CLAVIER J.-P., *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., ellipses, p. 377

²⁹¹ GERVAIS D., « Originalité (s) », *Mélanges*, A.LUCAS, *LexisNexis*, 2014, p. 391

de l'analyse, une définition que l'on pourra qualifier de classique, traditionnelle, ou l'originalité découlera d'une conception personaliste du droit d'auteur (1). Mais l'originalité a connu une évolution sous la double influence du droit communautaire et de la technologie qui lui donne une définition plus objective (2). Enfin, l'on constatera que la conception anglo-saxonne de l'originalité diffère de la conception française même si elle tend à s'en rapprocher (3).

1. La conception personaliste du droit d'auteur, l'originalité comme l'empreinte de la personnalité de l'artiste, une notion à repenser

Selon Henri 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 »²⁹². L'œuvre est la création d'une personne physique, l'auteur dont elle reflète la personnalité. Ainsi, « le concept d'originalité vient couronner, en quelque sorte, la création, dans la mesure où il permet d'apprécier la part de la personnalité dont l'œuvre est elle-même l'expression [...] l'originalité, en fin de compte, est ce concept qui permet de révéler si un travail intellectuel a été ou non créatif, c'est-à-dire si, à travers lui, l'auteur a exprimé sa personnalité »²⁹³. La jurisprudence a longtemps appliqué de façon constante l'originalité comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur et continue toujours à l'appliquer dans ses solutions. Cependant, il apparaît que cette notion connaît des difficultés et est quelque peu en crise.

L'empreinte de la personnalité de l'auteur. La formule relève sans doute de l'avocat rendu plaidant devant la Cour de cassation en 1862 dans l'affaire *Cavour*²⁹⁴, qui déclare que si deux photographies d'un même sujet diffèrent sensiblement, « c'est parce que le photographe y met l'empreinte de sa personnalité », affirmant que « toute œuvre offrant par sa forme et sa figure un type empreint de la personnalité de l'auteur » est une œuvre de l'esprit appelant protection. Mais c'est Desbois qui l'a mis en exergue, selon lui, l'originalité est une notion subjective se caractérisant par l'emprunt de la personnalité de son auteur. Pour renforcer son point de vue, il va effectuer une opposition entre la notion subjective d'originalité et la notion objective de nouveauté. Il exposera cette distinction à travers la comparaison de deux tableaux peints à partir d'un même paysage. Pour lui, le second tableau ne sera pas nouveau, mais il ne sera pas moins original que le premier²⁹⁵. Il en résulte que l'originalité n'est pas la nouveauté et que ces deux notions ne doivent pas être confondues. Claude Colombet reprend cette analyse en utilisant l'exemple des sculpteurs pour dire

²⁹² DESBOIS H., *Le Droit d'auteur, op. cit.*, p. 23

²⁹³ EDELMAN B., *La propriété littéraire et artistique, op. cit.*, p. 23-24

²⁹⁴ Cass., 1863, affaire *Cavour*, *D.*, 1883, 1, 53

²⁹⁵ DESBOIS H., *Le Droit d'auteur, op. cit.*

qu'une œuvre peut être originale mais pas nouvelle²⁹⁶. Néanmoins, l'illustration de Desbois connaît une certaine limite, dégagée par le professeur Michel Vivant, qui fait remarquer que les deux tableaux seront nécessairement différents, et par conséquent originaux et nouveaux.

Si pour F. Pollaud-Dulian²⁹⁷ cette option est « parfaitement cohérente avec l'esprit du droit d'auteur français » et « la création implique la personnalité de son auteur, ce qui lui confère une certaine originalité par rapport aux autres œuvres du même genre, à celles qui traitent des mêmes thèmes ou développent les mêmes idées, représentent le même sujet ou ornent le même type d'objets. Chaque auteur a une personnalité qui lui est propre et différente de celle de quiconque ». Ainsi, « c'est parce que cette personnalité est impliquée dans l'acte créateur, même si c'est parfois à un faible degré, qu'une œuvre est irréductible aux autres œuvres et mérite d'être protégée ». L'empreinte de la personnalité de l'auteur implique qu'il l'exprime dans son œuvre, néanmoins il importe peu le degré. Pour les professeurs, André Lucas et Pierre Sirinelli²⁹⁸, 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 », la « quantité » d'originalité ne compte pas, « l'originalité ne se pèse pas, il suffit qu'elle existe »²⁹⁹.

Toutefois, pour d'autres auteurs, cette conception place l'originalité comme une notion très symbolique, l'originalité serait une référence directe à la personnalité de l'auteur. Il y a alors comme le souligne Christophe Caron « une certaine sacralisation de la notion d'originalité »³⁰⁰.

Sirinelli et Lucas ont la même approche, en effet, le droit d'auteur a une « approche humaniste » qui met autant l'accent sur « la protection du créateur que sur celle de la création »³⁰¹. La limite posée par le législateur étant l'indifférence du mérite. Et la protection du droit moral en témoigne, la raison pour laquelle l'œuvre est protégée est que dans cette création, la personne de l'auteur y est exprimée. Cette définition de l'originalité s'inscrit dans la conception personnaliste du droit d'auteur. La doctrine s'accorde sur l'importance de la protection de la personnalité de l'auteur, c'est en ça que l'originalité réside dans l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Selon Bernard Edelman, « la création est le produit d'un travail intellectuel libre, exprimant la personnalité du créateur, et s'incarnant

²⁹⁶ COLOMBET C., *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 9e éd., 1999, n°32, « Soit deux sculpteurs : l'un réalise son œuvre à partir de la pose d'un modèle ; l'autre, élève du premier, crée sa sculpture en copiant l'œuvre de son maître ; la première œuvre est nouvelle et originale ; la seconde est originale mais n'est pas nouvelle ; elles sont toutes deux protégées par le droit d'auteur ».

²⁹⁷ POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur*, *op. cit.* p. 157

²⁹⁸ LUCAS A. et SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 255-256.

²⁹⁹ LUCAS A., LUCAS-SCHLOETTER. A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 80

³⁰⁰ CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 79

³⁰¹ LUCAS A. et SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 4

dans une forme originale »³⁰². De ce fait, ce n'est pas l'œuvre elle-même qui est examinée, mais l'activité personnelle de son auteur qui l'a conçue de manière indépendante. « Finalement, la base juridique de la protection est avant tout la personnalité même de l'auteur, extériorisée par l'originalité de sa création »³⁰³.

L'originalité réside dans la reconnaissance de l'expression personnelle, et donc du lien qui unit l'œuvre à son créateur. Dans ce sens, Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière ont pu souligner dans cette conception que « l'œuvre est la projection même de l'auteur. Si l'œuvre est protégée c'est parce que l'auteur y est présent, et, en ce sens, l'originalité ne peut qu'être subjective. L'œuvre c'est l'auteur. »³⁰⁴. La conception subjective de l'originalité visant à protéger la personne de l'auteur. Le monopole est fondé sur le lien qu'il existe entre l'œuvre et son auteur, l'œuvre en étant son prolongement, Flaubert avait pu dire « Madame Bovary, c'est moi ». Joseph Marie Portalis parle lui de propriété « par indivisibilité de l'objet et du sujet »³⁰⁵. Ainsi, comme le disent si bien Carine Bernault et Jean Pierre Clavier il y a un « lien particulier [...] entre l'auteur et son œuvre »³⁰⁶. Ce n'est donc pas étonnant que la notion d'originalité soit autant subjective.

Illustrations jurisprudentielles. De manière classique, l'œuvre d'art est le reflet de la personnalité de son auteur, qui n'est autre que son créateur. Ainsi, traditionnellement, l'originalité se définit par l'empreinte de la personnalité de l'auteur³⁰⁷, la jurisprudence emploie parfois des formule différentes, comme l'empreinte personnelle³⁰⁸, le reflet de la personnalité de l'auteur³⁰⁹, la marque de la personnalité de celui-ci³¹⁰, ou encore « la forme portant le sceau de la personnalité de l'auteur »³¹¹. La jurisprudence insiste sur le caractère subjectif de la notion, découlant de la vision personnaliste du droit d'auteur. Pour P.-Y. Gautier³¹², l'œuvre originale est l'œuvre qui porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur et qui manifeste, par rapport au fonds commun de la culture ou à des œuvres préexistantes créées par d'autres, suffisamment d'indépendance pour être consacrée par un monopole

³⁰² EDELMAN B., *La propriété littéraire et artistique*, op. cit., p.15

³⁰³ ESCARRA J., RAULT J. et HEPP F., *La doctrine française du droit d'auteur*, B. Grasset, 1937, p. 31

³⁰⁴ VIVANT L. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 300

³⁰⁵ Intervention à la chambre des Pairs, séance du 1er juin 1866

³⁰⁶ BERNAULT C. et CLAVIER J.-P., *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 377

³⁰⁷ CA Paris, 1er avril 1957, *D.* 1957 p 436 ; CA Paris, 16 mai 1994, *RIDA* 4/1994, p 47, CA Paris, 21 nov. 1994, *RIDA*, avril 1995, p. 243 ; CA Paris, pôle 1, 3e ch., 28 oct. 2014, *Juris-Data* n°2014-036555

³⁰⁸ CA Paris, 21 février 1991, *Juris-data* n° 020807

³⁰⁹ CA Paris, 12 décembre 1995, *RIDA* 3/1996 p 372

³¹⁰ CA Paris, 23 novembre 1982, *D.* 1983, I.R p 512

³¹¹ TGI Paris, 9 mars 1970, n°LXIII, p. 100

³¹² GAUTIER P.-Y., « les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français », *RID. Comp.* 1994, p 551

d'exploitation. La cour d'appel de Paris³¹³, va décider que les concepts objectifs ne peuvent pas donner lieu à une création originale, il faut des choix libres et des idées arbitraires, l'originalité nécessite l'empreinte de la personnalité de l'auteur qui est subjective. Dans le domaine littéraire une création sera originale à chaque fois « que l'auteur s'exprime, oralement ou par écrit, en choisissant ses mots³¹⁴ d'une manière personnelle³¹⁵, donc d'une manière singulière »³¹⁶. Il en va de même pour les arts plastiques ou graphiques, étant entendu qu'il faut remplacer l'utilisation des mots par la création de dessins, peintures ou formes. Néanmoins, il est difficile de systématiser les solutions au vu du caractère insaisissable de l'originalité. Désormais, la jurisprudence accorde une importance à l'empreinte « de la personnalité créative »³¹⁷, à l'empreinte de la personnalité dans l'activité créatrice. La cour d'appel de Paris évoque une combinaison conférant à l'œuvre une « originalité propre » qui « témoigne de l'effort créatif de l'appelant et porte indéniablement l'empreinte de la personnalité de son auteur »³¹⁸. Un autre arrêt de la cour de Paris, de 2017, va refuser la protection d'un travail dès lors que n'est justifié aucun travail créatif³¹⁹.

Une notion en crise. Comme le relève A. Lucas, la thèse classique de l'empreinte de la personnalité de l'auteur pour caractériser l'originalité, « souffre du handicap de rendre compte de moins en moins fidèlement de la réalité du droit positif »³²⁰. Cette approche classique de la notion d'originalité est donc en crise, elle a été utilisée excessivement, elle va être accordée à des objets du quotidien tel que des paniers à salade³²¹ ou des décapsuleurs³²². A l'origine, le droit d'auteur avait pour finalité de protéger les œuvres relevant des beaux-arts qui avaient comme finalité l'expression de la personnalité de l'auteur. Il est possible de dégager aujourd'hui quatre autres finalités³²³, l'art, l'information,

³¹³ CA Paris, 4e ch., 26 sept. 2001, *Soficom c/ Format finance*, Note C. ALLEAUME, « L'originalité serait-elle synonyme d'arbitraire ? » Brèves remarques à propos du refus de protection d'un dictionnaire par le droit d'auteur, *Les Petites Affiches*, n° 168, 22 août 2002, p. 12.

³¹⁴ CA Paris, 4e Ch., 11 janv. 1990, *Maille c/ Bayer*, D. 1991, somm. 88, obs. COLOMBET « une forme rédactionnelle particulière, choisie par un auteur pour exprimer avec des mots courants une idée connue, suffit à refléter la personnalité de cet auteur dans la mesure où la forme adoptée relève de l'effort créateur »

³¹⁵ CA Grenoble, 1ère Ch. civ., 21 févr. 1995, *Erco c/ Papeteries Desbordes*, D. 1995, somm. 284, obs. COLOMBET

³¹⁶ BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011/2012, p. 131

³¹⁷ CA. Aix-en-Provence, 2e ch., 11 mai 2017, *Juris-Data*, n°2017-013002

³¹⁸ CA Paris, pôle 1, 3e ch., 28 oct. 2014, *Juris-Data* n°2014-036555

³¹⁹ CA Paris, pôle 5, 2e ch., 9 juin 2017, *Propr. Intell.* 2017, n°65, p. 53, obs. Lucas

³²⁰ LUCAS A., LUCAS-SCHLOETTER. A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 127

³²¹ C. Cass. ch. crim., 2 mai 1961, D. 1962, jurispr. p. 163, note P. GREFFE

³²² C. Cass. ch. crim., 9 oct. 1974, *RIDA*, 1975, n°85, p. 176

³²³ BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 45

le divertissement et l'industrie. Il n'est donc pas toujours évident de reconnaître l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans ces secteurs.

Bernard Edelman, met aussi en avant ce changement de finalité de l'objet de la protection, qui est le résultat d'une évolution des technologies, ainsi « la révolution industrielle qui s'est produite dans la culture essentiellement par le truchement des œuvres audiovisuelles et informatiques a précipité ce qui était déjà en germe dans le droit d'auteur. La technologie a modifié la nature de ce droit, non seulement en engendrant des œuvres nouvelles, en transformant l'esprit des créations, mais encore en faisant intervenir un nouveau type « d'utilisateurs » et un nouveau type d'intermédiaires. Désormais, la nature du droit d'auteur et des droits voisins a fortiori ne peut plus être envisagée indépendamment de ces phénomènes »³²⁴. La conception classique apparaît donc obsolète pour caractériser d'originales ces nouvelles créations. Mais ce n'est pas pour autant qu'elle va disparaître, elle sera plutôt utilisée pour les œuvres artistiques, ou la Cour parlera plutôt de choix arbitraire de l'auteur³²⁵. La conception de l'originalité se voit évoluer sous l'impulsion de l'arrivée du numérique et du droit communautaire.

De nombreux auteurs s'intéressent à la notion d'originalité par rapport à l'art contemporain. Alain Strowel avait dégagé une difficulté émanant de l'empreinte de la personnalité de l'artiste en tant qu'originalité, pour illustrer ses propos, il évoque certaines œuvres telles que 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 »³²⁶. Avec l'apparition de nouvelles formes d'expression picturale, l'exigence de l'empreinte de la personnalité de l'auteur est difficile à appréhender. Néanmoins, certains considèrent que l'auteur contemporain met d'avantage de lui-même dans son œuvre, selon Luc Ferry³²⁷, « 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 », il ajoute que « dans le domaine de l'art, l'œuvre ne peut être que le prolongement de l'artiste ».

³²⁴ EDELMAN B., « Nature du droit d'auteur et des droits voisins », *J.-Cl. Prop. litt. et art.*, Fasc. 301-1, n°31

³²⁵ C. Cass. 1ère Ch. civ., 9 avril 2015

³²⁶ STROWEL A., *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Emile Bruylant, 1993, p.411.

³²⁷ FERRY L., *Homo aestheticus, L'invention du goût à l'âge démocratique*, Grasset, Le Collège de philosophie, 1990, p. 22-23

Les Professeurs Lucas et Bernault³²⁸ ayant la même approche, selon eux « la vision subjective privilégie une vision très classique, on dit parfois “romantique” de la création littéraire et artistique », ils poursuivent en soulignant que « 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 ». Les œuvres contemporaines ne cherchent pas à décrire une situation et n’ont pas de fonction représentative. Certains artistes ont tendance à faire disparaître de l’œuvre la perception directement visible de leur empreinte personnelle.

Nadia Walwarens soutient la même thèse, selon elle la conception traditionnelle de la création est devenue obsolète « par le refus de la protection des idées tout d’abord : art conceptuel et *ready-made*, entre autres, sont relégués dans une zone de non-droit. C’est ensuite l’exigence d’empreinte personnelle visible dans l’œuvre qui écarte une partie de la création de la protection du droit d’auteur. L’exécution personnelle de l’artiste, quant à elle, s’avère également inadéquate pour l’appréciation de l’originalité de l’œuvre »³²⁹.

Il apparaît alors nécessaire de compléter la définition ou de la modifier pour tenir compte de nouvelles formes d’art, et des nouvelles formes d’œuvres désirant accéder à la protection. Ainsi, comme le relève les professeurs Lucas et Bernault³³⁰, « si la notion d’originalité est aussi fuyante, c’est d’abord [...] à cause de sa flexibilité qui rend difficile l’élaboration d’un critère réellement opérationnel ». Ils ajoutent que cette difficulté est aggravée par deux considérations, « la première est que l’extension continue du champ d’application du droit d’auteur en direction des œuvres utilitaires et « informationnelles » a fait apparaître les limites de l’approche personnaliste de l’originalité retenue traditionnellement en France. Force est de reconnaître, en effet, que la notion est en voie d’objectivation », intervenue suite à « l’harmonisation européenne ».

2. La conception moderne de l’originalité, les choix créatifs de l’artiste révélateur de l’originalité de l’œuvre

La conception classique de l’originalité doit laisser place à une approche plus moderne frappée d’une double influence, une technique relative à l’effort personnalisé ou le choix, et l’autre européenne relative à la création intellectuelle propre à son auteur. Ainsi, cette approche de l’originalité, s’inscrit dans un mouvement d’objectivisation de la notion d’originalité, en raison de l’apparition de nouvelles créations que sont les logiciels et les

³²⁸ LUCAS A., LUCAS-SCHLOETTER. A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 94.

³²⁹ WALRAVENS N., « La notion d’originalité et les œuvres d’art contemporain », *op. cit.*, p. 127 ; adde E. TREPPOZ, « Quelle (s) protection (s) juridique (s) pour l’art contemporain ? », *op.cit.*, p. 51.

³³⁰ LUCAS A., LUCAS-SCHLOETTER. A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 127

bases de données, et aussi du fait de la volonté d'avoir une harmonisation de la notion d'originalité sur le plan européen, néanmoins, certaines difficultés sont à constater.

L'apport intellectuel de l'auteur. Concernant l'influence technique, l'arrivée du numérique va faire évoluer la notion. C'est notamment par l'arrêt *Pachot*³³¹, que la Cour le 7 mars 1986 va considérer qu'un programme d'ordinateur peut être protégé par le droit d'auteur dès lors qu'il porte la marque de l'apport intellectuel de son auteur. Ainsi pour la Cour, il faut qu'il y ait un « effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante », plus généralement elle donne une nouvelle définition de l'œuvre originale, qui ne serait plus l'empreinte de la personnalité de son auteur mais l'œuvre portant la marque de l'apport intellectuel de celui-ci. Toutefois, une partie de la doctrine a vu dans cet arrêt un abaissement du « seuil de créativité »³³² et la volonté évidente de remettre en cause la conception traditionnelle de l'originalité. Plus tard la Cour de justice va s'intéresser à la notion d'originalité et tenter de l'harmoniser.

Une création intellectuelle propre à son auteur. La définition de l'originalité va aussi être influencée par le droit communautaire. En effet, un mouvement d'harmonisation du droit d'auteur au sein de l'Union Européenne est impulsé par la Cour de justice³³³. La Commission de Bruxelles a essayé de trouver une définition à l'originalité. L'originalité va être posée dans trois directives d'harmonisation, à propos des logiciels, des photographies et des bases de données. Ainsi, trois articles sont à relever, l'article 1er, § 3, de la directive du 23 avril 2009³³⁴ (ayant trait aux programmes d'ordinateur), l'article 6 de la directive du 12 décembre 2006³³⁵ (à propos des œuvres photographiques) et l'article 3, § 1er, de la directive du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996³³⁶ (relative aux bases de données), selon eux est originale une « création intellectuelle propre à son auteur ».

Or, l'on sait que la directive de 2006 envisageant expressément l'originalité à propos de l'œuvre photographique, énonce que cette dernière « doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité ». Ce qui n'est pas sans rappeler la conception personnaliste de l'originalité en droit français. Ainsi, le confirme le professeur Pierre Sirinelli pour qui il « est délicat de considérer que l'approche communautaire rejette également la vision personnaliste des droits latins ou allemand », il rappelle le considérant 17 de la directive de 2006 envisageant l'originalité à propos de l'œuvre photographique. Toujours selon cet auteur, il est manifeste que « la Cour de justice

³³¹ C. Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, *Williams Electronics, Atari, Pachot, RIDA*, juill. 1986, p. 136, note A. LUCAS

³³² LUCAS A., *Le droit de l'informatique*, PUF, 1987, p. 223.

³³³ BENABOU, V.-L., « L'originalité un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome du droit de l'Union », *Mélanges*, LUCAS A., *LexisNexis*, p. 17

³³⁴ Directive n° 2009/24

³³⁵ Directive n° 2006/116

³³⁶ directive n° 96/9/CE

a entendu généraliser les définitions spéciales retenues en matière de photographie à toutes les œuvres de l'esprit, il faut admettre que la précision apportée pour cette catégorie particulière d'œuvre vaut pour toutes les créations en général ». Il conclut son analyse en affirmant que la définition de l'originalité qui prévaut désormais dans l'espace européen est très proche de celle que les juges français ont depuis longtemps admis »³³⁷.

A. Latreille a la même analyse, selon lui, la définition de l'originalité d'une photographie donnée par la directive de 2006 est une interprétation subjective, « le 17^e considérant utilise l'expression "création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité", qui permet de pencher en faveur d'une interprétation subjective de la notion »³³⁸.

La CJCE puis CJUE, va intervenir pour donner une définition de l'œuvre originale. Elle va dire la teneur à donner à l'exigence, en partant de définitions existantes de l'originalité dans les textes européens mais cantonnées à des objets particuliers pour en tirer une notion transversale. D'abord en 2009, dans l'affaire *Infopaq*³³⁹, l'originalité est érigée en une notion autonome du droit de l'Union, ainsi, ce ne sont plus seulement les logiciels, les photographies les bases de données qui sont visés mais n'importe quel objet de droit d'auteur. La Cour va interpréter la notion à la lumière des textes communautaires qui ont pour objectif de protéger les œuvres de l'esprit. L'originalité de l'œuvre requiert une « création intellectuelle propre à son auteur », celui-ci ayant pu « exprimer son esprit créateur de manière originale »³⁴⁰.

La personnalité de l'auteur se manifestant dans « des choix libres et créatifs ».

La cour d'appel de Dijon avait reconnu dans un arrêt de 1996 l'originalité de photographies compte tenu « d'un certain nombre de choix, notamment quant à l'éclairage et à l'utilisation corrélative du matériel »³⁴¹, la cour d'appel avait prévu la conception européenne en adoptant une solution plus objective, de la jurisprudence constante de l'époque.

Ainsi, en 2011, la CJUE vient compléter son approche dans un arrêt relatif à une photographie de portrait, dans cet arrêt *Eva Maria Painer*³⁴², tout comme l'avait fait quinze ans plus tôt la cour d'appel, l'originalité s'entend comme « une création intellectuelle reflétant la personnalité de son auteur et se manifestant par des choix libres et créatifs de

³³⁷ SIRINELLI P., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, op. cit., p. 411

³³⁸ LATREILLE A., « La création photographique face au juge : entre confusion et raison », *JCP* 2010, n°274, p. 140.

³³⁹ CJCE, 16 juill. 2009, C-5/08, *Infopaq*, *Comm. com. électr.* 2009, comm. 97, C. CARON ; *Propr. intel.* 2009, p. 379, obs. V.-L. BENABOU

³⁴⁰ Considérant 45

³⁴¹ CA Dijon, 7 mai 1996, *D.* 1998, somm. comm., p. 189.

³⁴² CJUE, 1er déc. 2011, *Eva Maria Painer*, aff. C-145/10, *Comm. com. électr.* 2012, comm. n°26, note. Ch CARON

celui-ci dans la réalisation de la création ». En 2012³⁴³, la Cour confirme cette approche en énonçant à propos d'une base de données que le critère d'originalité est rempli « lorsque, à travers le choix ou la disposition des données qu'elle contient, son auteur exprime sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs et imprime ainsi sa touche personnelle ». Le droit d'auteur s'exerce si le choix ou la disposition des données qu'elle contient constitue une expression originale de la liberté créatrice de son auteur. Ainsi, l'originalité peut être appréhendée en fonction des choix de l'artiste et de ses « efforts » de création. Néanmoins, les choix doivent être arbitraires et créatifs, ils doivent exprimer la personnalité de l'auteur³⁴⁴. Comme le confirme Antoine Latreille qui remarque que « ce n'est donc pas l'accumulation de choix techniques ou finalisés qui confère l'originalité à la photographie mais bien l'arbitraire du créateur, c'est-à-dire des choix libres et personnels, non dictés par des contraintes extérieures »³⁴⁵.

Cette conception de l'originalité a été largement admise par la jurisprudence nationale, nos juges³⁴⁶ reprennent régulièrement l'expression « choix libres et créatifs ». Désormais selon l'approche de la Cour de justice, le fait que l'auteur fasse des choix semble être devenu quelque chose de déterminant, ce visa est de plus en plus présent dans les décisions communautaires. La cour de Paris pour déclarer l'originalité de photographies, a décidé que « les choix [...] opérés traduisent [...] un réel parti-pris esthétique empreint de la personnalité de leur auteur »³⁴⁷. La Cour suprême vient casser l'arrêt sur un autre point, et validera cette affirmation en réécrivant la formule de la cour d'appel, puisqu'elle dira que la cour d'appel a souverainement déduit des observations qu'elle faisait que « les choix, librement opérés traduisaient [...] une démarche propre à son auteur qui portait l'empreinte de la personnalité de celui-ci »³⁴⁸. La Cour évitera l'inutile visa du « parti pris esthétique » et donnera plus de substance à l'exigence un peu creuse de « création » en parlant de « démarche ». Ainsi, selon Michel Vivant, « démarche de l'auteur et empreinte de la personnalité (encore et toujours), libres choix : un nouveau vocabulaire se met en place mais il est remarquable que, tâtonnant peut-être, nos juges entrent dans une logique européenne

³⁴³ CJUE, 1er mars 2012, *Football Dataco Ltd Vs Yahoo! UK Ltd*, D. 2012, p. 735 ; *Comm. com. électr.* 2012, comm. 47, obs. C. CARON ; D. 2012, p. 2836, obs. P. SIRINELLI

³⁴⁴ Cass. Civ. I, 22 janv. 2014, *L'atelier du Moulin*, (non publié au Bulletin, pourvoi n°11-24273) ; Cass. civ. I, 12 mai 2011, pourvoi n°10-17852, non publié au Bulletin ; Cass. Civ. I, 22 janv. 2009, *Atelier Hexagone, RIDA*, Janv. 2009, p. 377, obs. P. SIRINELLI, *Propr. Intell.*, avril 2009, p.159, obs. A. LUCAS ; Cass. Civ. I, 30 janv. 2004, *Le serviteur administratif*, *Bull. civ. I*, n°22, p. 17, D. 2004, p. 503.

³⁴⁵ LATREILLE A., « La création photographique face au juge : entre confusion et raison », *op. cit.*, p. 140.

³⁴⁶ CA Paris, 5e ch., 1ère ch., 13 juin 2017, *Juris-Data*, n°2017-011283 ; CA Versailles, 1ère ch., 8 déc. 2017, *Juris-Data*, n°2017-025575 ; CA Versailles, 1ère ch., 26 janv. 2018, n°16/02894, *JurisData*, n°2018-001683

³⁴⁷ CA Paris, 1ère ch., 18 sept. 2013, n° 12/02480

³⁴⁸ Cass. civ. 1ère, 15 mai 2015, D. 2015, Act. 1094, obs. TRICOIRE ; *Propr. Intell.* 2015, n°56, p. 281, obs. LUCAS, et p. 285, obs. BRUGUIÈRE

qui, pour finir, ne devrait guère les brider (tout comme la référence à l’empreinte de la personnalité ne les a jamais bridés) »³⁴⁹.

Les difficultés émanant de cette conception. Comme A. Tricoire l’a relevé, 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 création³⁵⁰.

Les juges ont désormais du mal à distinguer l’originalité du choix, et confondent les deux notions. Ils leur arrivent de protéger des créations qui ne sont pas le moins originale, pour la simple raison qu’elles résultent d’un choix de leur auteur. Ainsi, la cour d’appel de Paris³⁵¹, 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 »³⁵² 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 »³⁵³. De ce fait, pour pouvoir être original le choix doit être créatif, « le choix ne peut être pris en compte que s’il s’agit d’un choix créatif, c’est-à-dire d’un choix qui est opéré dans les modalités de création de la forme et qui exprime la personnalité de l’artiste »³⁵⁴. La jurisprudence a tendance à oublier de caractériser la créativité des choix opérés dans la création.

On observe alors une autre difficulté pour le juge national, qui a du mal à abandonner l’approche personnaliste de l’originalité, tout en appliquant la conception communautaire, en déduisant l’originalité des choix opérés, elle rappelle l’importance de l’empreinte de la personnalité de l’auteur.

De même, pour certains auteurs, « substituer l’intellect (qui n’est pas une composante de la personnalité) à la personnalité toute entière conduit à un abaissement du seuil de protection si l’on s’efforce de donner aux mots leur juste sens »³⁵⁵. C’est en cela que cette conception

³⁴⁹ VIVANT M., « La balance des intérêts... enfin », *Com. com. electr.*, oct. 2015.

³⁵⁰ A. TRICOIRE, Note sous Paris, 26 mars 1991, *D.*, 1992, pp. 464-466.

³⁵¹ CA Paris, 4^e ch., 22 juin 1999, *D.* 1999, inf. rap. p. 229.

³⁵² CA Paris, 4^e ch., 5 avr. 1994, *Gaz. Pal.* 1995, I, somm. p. 93 ; *D.* 1995, somm. p. 54, obs. COLOMBET.

³⁵³ CA Paris, 4^e ch., 15 mai 1998, *Juris-data* n° 1998-021910.

³⁵⁴ Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2006, *Micca Nomi*, *Bull. civ.* I, n° 464 ; *RIDA* janv. 2007. 335, et 175, obs. P. SIRINELLI ; 12 juill. 2006, *Bull. civ.* I, n° 401 ; *Propr. intell.* oct. 2006. 443, obs. A. LUCAS ; *RTD Com* 2007. 77 cité dans POLLAUD-DULIAN F., « Oeuvre protégée. Art conceptuel. Idées. Forme. Originalité », *op. cit.*

³⁵⁵ VIVANT L. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d’auteur et droits voisins*, *op. cit.*, pp. 315-316

communautaire de l'originalité ne serait pas adaptée au droit d'auteur français, connu pour être un des droits d'auteur les plus protecteurs.

Statu quo de la notion d'originalité à l'échelle européenne ou relative harmonisation européenne ?. S'il est clair pour de nombreux acteurs, notamment la Cour de justice d'avoir une harmonisation européenne, avec une législation claire et établie. De nombreux auteurs tel que le professeur Benabou donnent à la protection des auteurs une dimension culturelle, selon elle « le fondement philosophique du droit d'auteur qui repose sur l'idée de récompense de l'originalité dans la création stimule l'essor des arts dans les divers Etats membres »³⁵⁶. Une harmonisation européenne favoriserait alors l'émergence d'une culture européenne. Ainsi, la Cour va essayer de « rapprocher les pays « souples » (trop ? comme la Grande Bretagne) et les pays « exigeants » (Allemagne, par ex.) »³⁵⁷. Néanmoins, il est important, d'être conscient des difficultés que pourraient entraîner une harmonisation. En effet, autant l'harmonisation peut s'effectuer à la hausse, autant elle peut entraîner une baisse du seuil de protection des pays les plus protecteur en matière de droits d'auteur comme la France. Une harmonisation résultant d'une codification est le fruit d'un consensus, il est de ce fait probable que le droit d'auteur « à la française » soit concilié avec des droits d'auteur moins-disants, peut-on évoquer l'approche plus commerciale du droit d'auteur des législations fondées sur la notion de *copyright*.

Actuellement, même si de nombreuses directives font état de l'originalité, aucun texte n'en donne une définition transversale, à vocation générale. L'analyse faite de ce prémisses d'unification communautaire par Célia Zolynski³⁵⁸ démontre que ce début d'harmonisation, par directives successives, n'a été réalisé qu'à *minima*, ainsi le droit communautaire laisse une marge d'appréciation aux Etats membres très importante dans la mise en œuvre de ces droits. La définition donnée par les directives n'est qu'une harmonisation catégorielle et les directives plus récentes ayant une vocation plus générale et tendant à imposer un véritable corpus commun de la propriété littéraire et artistique ne concernent pas la notion d'originalité. Il serait alors prématuré d'avancer que le critère de la protection par le droit d'auteur, à savoir l'originalité est fixé puisque qu'il n'est repris dans aucun texte à vocation générale. Ce capharnaüm législatif est exacerbé par la discordance des conceptions, en particulier dans l'affrontement du droit de *copyright* et du droit d'auteur des pays de droit civil.

Nonobstant, la cour de justice est venu donner une interprétation de la notion, ainsi comme l'observe Valérie-Laure Benabou, « la Cour de Luxembourg s'autorise [...] à conférer à certains principes définis dans les directives d'harmonisation une définition substantielle, complétant voire dépassant l'harmonisation légale »³⁵⁹. Ainsi, comme le relève Pierre

³⁵⁶ BENABOU V.-L., revue, LEGICOM, 2014/2, p. 5 et suiv.

³⁵⁷ LUCAS A. et SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 11

³⁵⁸ ZOLYNSKI C., « Méthode de transposition des directives communautaires. Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins », *D.* 2007, n°24 et s. et n°189 et s.

³⁵⁹ Commentaires aux GAPI

Sirinelli, « avant l'intervention de la CJUE, le niveau de créativité requis sous le même vocable d'originalité pouvait ne pas être le même suivant les systèmes législatifs, le droit anglais tolérant des créations, produits du seul travail, sans requérir l'empreinte d'une personnalité ». Selon lui, l'intervention de la Cour de justice était plus que nécessaire au regard des exigences communautaires, la notion d'originalité devait avoir une relative harmonisation au plan européen, « cette approche n'est plus tenable aujourd'hui au regard des exigences communautaires car, en étendant à tous les types de créations la définition issue des directives spéciales, la Cour de justice, qui visait également au passage la convention de Berne, a bien banni l'approche objective de l'originalité. »³⁶⁰

Ainsi, certains auteurs comme Pierre Sirinelli et André Lucas³⁶¹, voient dans l'interprétation de l'originalité par la Cour de justice un compromis entre la conception française du droit d'auteur et la conception anglo-saxonne du *copyright*. De même, selon le professeur Valérie-Laure Benabou, la définition « assure une combinaison d'exigences de créativité, d'empreinte personnelle de l'auteur, avec une vision très pragmatique dans laquelle l'absence de copie et la paternité de l'auteur présument de l'originalité »³⁶².

3. La conception anglo-saxonne de l'originalité par le *copyright*

Si le droit d'auteur est un droit relativement harmonisé au plan international, notamment par la ratification par plus de cent-quatre vingts Etats de la convention de Berne de 1886 qui impose à ses membres le respect de certains principes en droit d'auteur. Cependant, la convention laisse une marge d'appréciation aux Etats très importante, il y a ainsi de grandes disparités au sein de leur législation, particulièrement concernant la notion d'originalité, qui n'est pas définie de façon uniforme. Le critère de l'originalité est un principe commun à la plupart des législations que ce soit de droit d'auteur ou de *copyright* et il n'est défini par aucun texte à vocation générale. Toutefois, l'article 2.3 de la convention de Berne fait de l'originalité le critère indispensable pour qu'une œuvre puisse accéder à la protection par le droit d'auteur. La convention de Stockholm et les accords ADPIC en effectuant des renvois à cette convention, souligne son rayonnement. Selon certains auteurs, l'originalité est la principale condition nécessaire pour qu'une œuvre puisse bénéficier de la protection du droit d'auteur ou même du *copyright*³⁶³, la signification de la notion d'originalité dans les pays de *copyright* n'est pas la même que dans les pays de droit

³⁶⁰ SIRINELLI P., « Propriété littéraire et artistique », *op. cit.*

³⁶¹ LUCAS A. et SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », *op. cit.*,

³⁶² BENABOU V.-L., « Le processus d'harmonisation communautaire du droit d'auteur », *J.-Cl. Prop. litt. et art.*, Fasc. 1770, 26 juin 2003, 103

³⁶³ ABRAMS H., « *Originality and creativity in copyright law* », 55 *Law & Contemporary Problems* 3, 1992 ; CORNISH W., « Les notions d'œuvres, d'originalité et de droits voisins du point de vue des traditions de la *common law* », *Colloque de l'Ompi sur l'avenir du droit d'auteur*, 1994, p. 83

civil. Cependant, comme nous l'avons vu la Commission européenne et la Cour de justice expriment la volonté d'une unification des notions en droit d'auteur.

L'originalité dans les pays de « *copyright* » et dans les pays de droit civil. Le *copyright* se traduit littéralement par « le droit de copier ou de reproduire », c'est l'équivalent pour les pays de droit anglo-saxon, du droit d'auteur pour les pays de droit civil. La principale différence tient au fait que le droit d'auteur est selon la doctrine et la jurisprudence un droit de la personnalité ou l'auteur est placé « sur un piédestal »³⁶⁴, c'est en cela que lui sont accordés des droits moraux imprescriptibles et inaliénables. Alors que le *copyright* est « un monopole accordé pour une période limitée afin d'encourager le développement des arts et de la science »³⁶⁵. Cependant, ils ont le même objet qui est de sanctionner la reproduction des œuvres illicites. Le droit français est très protecteur vis-à-vis de l'auteur d'une création, certains auteurs disent même « qu'aucun système juridique contemporain ne monte autant la garde autour du droit du créateur que le système français »³⁶⁶. Néanmoins, le *copyright* protège tout de même les auteurs, en leur accordant un minimum de droit moraux à savoir le droit de paternité. Aux Etats-Unis, les Etats de Californie et de New-York reconnaissent aux auteurs un droit à l'intégrité de leur œuvre.

Une différence fondamentale s'observe avec le *copyright* anglais, entre le CPI et le *Copyright, Designs and Patents Act* (CDPA) de 1988, si le droit d'auteur français accueille toutes les œuvres se présentant sous une forme originale, la liste fournie par l'article L. 112-2 du CPI est non exhaustive et ouverte. Le *copyright* n'accorde la protection qu'à certaines catégories d'œuvres, la liste donnée par l'art 1 (1) du CDPA est fermée, ainsi seules les œuvres qu'il désigne sont susceptibles d'être protégées par le *copyright*. Les catégories faites par le CDPA ne prennent pas en compte la qualité artistique de l'œuvre et donnent des incohérences, en protégeant notamment des Frisbees en tant que sculptures³⁶⁷. Par ailleurs, si en France le critère de la fixation de l'œuvre est indifférent, les pays de *copyright* exigent eux une fixation, de ce fait l'article 3 (2) du CDA fait de la fixation une condition *sine qua non* dans l'accès à la protection pour les œuvres littéraires, musicales et dramatiques sachant que la jurisprudence l'exige pour les œuvres artistiques.

La conception de l'originalité en *copyright*. La condition de l'originalité pour la protection d'une œuvre n'est pas mentionnée dans le CPI alors qu'il figure dans l'article 102 du *Copyright Act* américain de 1976 qui précise que « *copyright protection subsist in original works of authorship* »³⁶⁸. Ainsi, les pays de *Common Law* appliquent le principe du

³⁶⁴ BERTRAND A. R., *Droit d'auteur, op. cit.*, p. 36

³⁶⁵ Constitution américaine, art. 1er, sect. 8 ; Cour suprême des Etats-Unis, 1954, *Mazer v. Stein*, 347 US 219

³⁶⁶ WISTRAND H., *Les exceptions apportées aux droit de l'auteur sur son œuvre*, Montchrestien, 1968, p. 11

³⁶⁷ CHENG T., « Does copyright confer a monopoly over unpreserved cows », *European Intellectual Property Review*, 2006, vol. 28, n°5, pp. 276-281

³⁶⁸ Ce qui signifie : « la protection accordée par le droit d'auteur n'existe que dans les œuvres originales fruit de la création d'un auteur »

précédent, c'est-à-dire que le poids de la jurisprudence est particulièrement important et c'est elle qui construit pour une part le droit. La jurisprudence des pays de droit de *copyright* a dégagé deux critères concernant la protection d'une œuvre, d'abord, l'originalité d'une œuvre implique simplement que l'auteur doit être à l'origine de l'œuvre, qu'il ne l'ait pas volé, de même il n'est pas nécessaire qu'il soit le premier à avoir eu l'idée de la création³⁶⁹. Le *copyright* ne protège pas forcément l'œuvre originale, avec une importance donnée à la caractérisation de l'originalité mais seulement dans l'interdiction de copie, le critère de l'originalité se satisfait par le simple complément artistique de l'auteur³⁷⁰. Le second critère dégagé par la jurisprudence a été celui du *skill, labour and judgment* de l'auteur dans l'élaboration de son œuvre, l'œuvre devant être « le fruit de l'adresse, du travail et du jugement de l'auteur »³⁷¹.

Le droit anglais et le droit américain, ont une conception quasiment identique, ils ne regardent pas l'originalité comme la créativité de l'auteur mais ils regardent simplement qu'il ne s'agisse pas d'une copie. La jurisprudence a affirmé que « le terme « d'originalité » ne signifie nullement que l'œuvre soit l'expression d'une pensée originale et inventive. Le droit d'auteur n'est pas concerné par l'originalité des idées, mais par l'expression des pensées [...] Le droit d'auteur n'exige pas que cette expression soit une forme originale ou nouvelle, mais qu'elle ne soit pas copiée d'une autre œuvre, c'est-à-dire qu'elle provienne de l'auteur. »³⁷². Un parallèle peut être fait avec le fait que le CDPA dispose une liste fermée avec des catégories précises qui peut empêcher une œuvre d'être protégée, du fait qu'elle n'appartienne à aucune catégorie malgré la créativité dont son auteur a fait preuve. On peut évoquer la jurisprudence *Creation Records*³⁷³, dans laquelle une scène faite d'assemblages d'objets hétéroclites, d'une Rolls Royce, n'a pas été protégée par le *copyright* parce qu'elle n'entrait dans aucune des catégories prévues par le texte. Cela conduit donc certains auteurs à trouver que les dispositions du CDPA étaient trop rigides et imparfaites.

Melville B. Nimmer³⁷⁴ effectue une distinction entre le *copyright* et la nouveauté, pour lui il n'est pas nécessaire que l'œuvre soit nouvelle pour être protégée, il suffit qu'elle soit une création indépendante résultant du seul effort intellectuel de son auteur, cet auteur a une

³⁶⁹ *Baker v. Selden*, 1879, 101 US 99, Ch. ZECHARIAH, « reflections on the law of copyright », 45 *Columbia L. Rev.* 503, 1945 ; L. R. YANKWICH, « Originality in the law of intellectual property », 1951 réimprimé *Copyright and related topics. A choice of articles*, Univ. Cal. press., 1964, p. 466 ; L. STANTON, « Expression and originality in copyright law », 11, *Wasburn L. J.* 400, 1972 - *Macmillan v. Cooper*, 1923, 40 TLR 186 - PC, *Interlego AG v. Tyco Industries*, 1988, RPC 343

³⁷⁰ 2d. Cir., *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts Inc.*, 1951, 191 F. 2d 99

³⁷¹ 10th Cir., *Dorsey v. Old Surety Life Ins.*, 1938, 98 F. 2d 372 - *Cramp & Son Ltd v. Smythson Ltd.*, 1944, AC 329 (HL) - USDC, *L. Smith v. G. Muehlebach Brewing Comp.*, 1956, 140 F. Supp. 729 - USDC, *V. Doran v. Sunset House Distrib. Corp.*, 1961, 197 F. Supp. 940

³⁷² *University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd.*, 1916, 2 Ch. 601

³⁷³ *Creation Records Ltd v. News Group Newspaper Ltd*, 1997, EMLR 444

³⁷⁴ NIMMER M. B., *Nimmer On Copyright*, LexisNexis Matthew Bender, 1963, vol. 1, § 2.01

approche de la notion similaire à celle qu'avait Desbois. Ainsi, Nimmer dit qu'une œuvre peut être protégée même s'il elle est similaire à une autre, mais de par cette similarité, elle ne sera pas nouvelle. Cela rappelle la vision que Desbois exposait dans la confrontation qu'il faisait entre l'originalité et la nouveauté, avec l'exemple des peintres.

L'arrêt *Feist*³⁷⁵ de la Cour suprême des Etats-Unis va préciser la notion d'originalité et énoncer clairement la règle, « l'originalité en matière de *copyright* signifie simplement que l'œuvre a été créée d'une manière indépendante, qu'elle ne reproduit pas une œuvre existante, et qu'elle possède au moins un minimum de créativité. Mais le niveau de créativité exigé est extrêmement bas : une trace de créativité suffit. La grande majorité des œuvres sont protégeables car elles possèdent une étincelle de créativité ». Le *copyright*, droit de copier ou de reproduire porte bien son nom puisque la cour suprême énonce distinctement que l'originalité n'a de place que dans le sens qu'elle empêche la copie, mais elle ne prend pas tout son sens, en tant que créativité du créateur, puisque le niveau exigé est si bas qu'il est présent dans la quasi-totalité des œuvres.

La Cour ajoute que « l'originalité se distingue de la nouveauté ; une œuvre peut être originale même si elle ressemble beaucoup à d'autres œuvres tant que les similitudes sont fortuites et ne résultent pas d'une reproduction ». Le *copyright* comme le droit français distingue la nouveauté de l'originalité, ce n'est pas parce qu'une œuvre n'est pas nouvelle qu'elle ne pourra pas être qualifiée d'originale et être protégée.

Vers un rapprochement du droit d'auteur et du *copyright*. On observe un rapprochement des deux droits, en effet le *copyright* protège de plus en plus les droits moraux des auteurs. Concernant le droit américain, le *Copyright Act* de 1976 a été complété par une loi de 1990, sur les droits des artistes d'art visuel. Un article 106 a été créé en accordant aux auteurs d'œuvres d'arts visuels un droit de paternité et d'intégrité, consacrant alors les législations des Etats de Californie et de New-York. Concernant le droit anglais, le *Copyright Act* de 1988 contient un chapitre consacré au droit de paternité de l'auteur sur ses œuvres.

Ce rapprochement est amplifié par l'affaiblissement du droit moral des auteurs de certaines œuvres par des dispositions de la loi de 1957 et de 1985, concernant les logiciels le droit au respect et à l'intégrité est réduit, l'auteur ne peut pas interdire la modification du logiciel par le cessionnaire sauf si cette modification porte atteinte à son honneur et à sa réputation. On veut permettre à celui qui se fait céder les droits sur le logiciel de pouvoir continuer à l'adapter. De plus, le droit de repentir et le droit de retrait sont supprimés.

Concernant les œuvres audiovisuelles, les prérogatives morales des coauteurs vont être limitées mais uniquement pour un certain temps. Jusqu'à l'achèvement de l'œuvre audiovisuelle les droits moraux sont paralysés, mais après l'achèvement de l'œuvre la paralysie prend fin.

³⁷⁵ Cour suprême des Etats-Unis, *Feist v. Rural*, 1991, 111 D. Ct. 1282

Le rapprochement est accentué par l'adhésion des Etats-Unis à la convention de Berne dans les années 1990, et par un arrêt de la cour d'appel du District de Columbia³⁷⁶, qui souligne selon André P. Bertrand l'importance du « rôle de la personnalité de l'auteur et esquisse ainsi une évolution du *copyright* américain vers un « droit d'auteur » à la française. »³⁷⁷ De même que l'harmonisation européenne accroît ce rapprochement.

On constate alors que « les décisions de la cour de Cassation en France et l'arrêt *Feist* aux Etats-Unis ont marqué une étape importante dans l'élaboration des fondements normatifs de la notion moderne de l'originalité en droit d'auteur. Ces arrêts ont permis de rapprocher le monde de *Common Law* de la notion civiliste d'originalité que renferme également la convention de Berne. L'harmonisation européenne a également contribué à ce rapprochement. »³⁷⁸. Ainsi, « Il ne s'agit pas de l'application de la notion de la marque de la personnalité chère à Henri Desbois. Il s'agit plutôt d'une notion plus abstraite, mais aussi plus facile à appliquer, qui se fonde sur les choix créateurs de l'auteur, ceux qui lui sont dictés ni par la technique, ni par la fonction éventuelle de l'œuvre, ni par les règles de l'art »³⁷⁹.

On observe, une tentative d'harmonisation européenne, passant de la conception personnaliste avec l'empreinte de la personnalité de l'auteur au coeur de l'originalité de l'œuvre, à une conception plus objective, caractérisant l'originalité par les choix libre et créatifs effectués par l'auteur. La notion d'originalité devenue une notion autonome du droit de l'Union européenne, doit avoir une application uniforme au sein de l'Union. Néanmoins, la jurisprudence à travers l'application de l'originalité aux œuvres contemporaines vient dans une certaine mesure remettre en cause les conceptions traditionnelles et modernes de l'originalité.

B. L'originalité de l'œuvre contemporaine, à travers la prise en considération d'éléments intangibles

Comme le souligne Nadia Walravens, « la création artistique contemporaine démontre le décalage existant entre le droit et l'art »³⁸⁰. Ainsi, les *ready-mades* de Marcel Duchamp et les *monochromes* de Kazimir Malevitch par exemple marquent une rupture avec un art figuratif reflétant directement l'empreinte de la personnalité de l'artiste dans l'œuvre. L'art contemporain bouleverse le droit, la jurisprudence appliquant de façon aléatoire conception traditionnelle ou conception moderne / européenne voir les deux.

³⁷⁶ *CCNV v. Reid*, 1988, 846 F 2d 1485, 6 USPQ 2d 1990

³⁷⁷ BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 37

³⁷⁸ GERVAIS D., « Originalité (s) », *op. cit.*, p. 398-399

³⁷⁹ GERVAIS D., « Originalité (s) », *op. cit.*, p. 399

³⁸⁰ WALRAVENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporain », *op. cit.*, p. 127

Si on suit le modèle traditionnel sans ouvrir sa réflexion, « il faut donc faire abstraction du concept pour déterminer si la forme est originale ou non, ce qui, dans le domaine considéré, est loin d'être aisé et justifierait certainement que nombre de prétendues œuvres d'art conceptuel soient privées de protection »³⁸¹. Cependant, il convient d'avoir une analyse plus souple en prenant en considération des nouveaux éléments, certes intangibles, mais reflétant la personnalité de l'auteur, caractérisant de ce fait l'originalité (2). On constate que la jurisprudence applique de façon aléatoire conception personaliste de l'originalité et conception moderne (1).

1. L'originalité dans l'œuvre contemporaine, un melting-pot des différentes conceptions

L'art contemporain bouleverse le droit, c'est un art instable, ou l'artiste se permet tout, il ne s'attache pas à une représentation, ou à l'idée que l'on peut se faire de l'art, il laisse libre cours à son imagination et c'est en ça que l'œuvre qu'il réalise est originale. Ainsi, comme le relève Ivan Cherpillod, « dépersonnalisation, intervention de l'aléatoire et anti-art ont remis en question la notion d'œuvre telle qu'elle était définie sur le vu du processus créatif traditionnel »³⁸². Il peut alors s'avérer délicat d'apprécier l'œuvre contemporaine, néanmoins comme le souligne M. Melot « on pourrait dire de manière provocante que le contenu de l'œuvre dissimule le véritable travail de l'artiste à l'œuvre dans l'objet qu'il choisi de fabriquer »³⁸³.

S'il est louable à l'artiste de laisser sa liberté de création s'exprimer, il devient compliqué pour le juriste de caractériser son œuvre, et de déterminer si elle peut prétendre à la protection par le droit d'auteur. Pour cela, il convient de déterminer si l'œuvre est originale, plusieurs conceptions de la notion d'originalité existent, toutefois les juges n'ont pas d'application uniforme de la notion concernant l'art contemporain. Ainsi, tantôt l'originalité relèvera de l'empreinte de la personnalité de l'auteur, tantôt elle relèvera des choix effectués par l'artiste.

L'empreinte de la personnalité dans l'intention de l'artiste. Traditionnellement, lorsque l'on considère l'originalité sous son aspect subjectif, l'œuvre doit être « le fruit d'une expression consciente, maîtrisée et dirigée par l'auteur »³⁸⁴. Néanmoins, il est possible d'avoir une analyse plus approfondie de l'empreinte de la personnalité. Selon Nadia Walravens, « l'art contemporain, bien que de nature plus intellectuelle, est bien compatible

³⁸¹POLLAUD-DULIAN F., « Oeuvre protégée. Art conceptuel. Idées. Forme. Originalité », *op. cit.*

³⁸² CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur, op. cit.*, p. 116

³⁸³ M. MELOT, « La notion d'originalité et son importance dans la définition des objets d'art », *Sociologie de l'art*, Colloque International de Marseille, 13-14 juin 1985, éd. La Documentation française, 1986, p. 198

³⁸⁴ I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur, op. cit.*, p. 128

avec une approche subjective de la création »³⁸⁵. En effet, avec l'art contemporain, l'empreinte de la personnalité de l'artiste se trouve dans son intention. L'activité créatrice de l'artiste conduit alors à constater, en dépit de l'intellectualisation de certaines créations contemporaines, que l'appréciation subjective de l'originalité, en ce qu'elle requiert, l'empreinte de la personnalité dans l'œuvre, est parfaitement appropriée.

Selon les experts du monde de l'art, c'est la démarche de l'artiste qui constitue l'œuvre, et qui révèle à elle seule l'empreinte de sa personnalité. Ainsi, l'empreinte de la personnalité de l'artiste découle du processus de désignation d'un objet comme œuvre. 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. Duchamp confirme cette approche « quand vous choisissez quelque chose appartenant à une période antérieure et que vous l'adaptez à votre propre travail, cette démarche peut être créatrice. Le résultat n'est pas neuf : mais il est nouveau dans la mesure où il procède d'une démarche originale »³⁸⁶. Nadia Walravens a pu résumer la situation en une phrase, « l'empreinte de la personnalité de l'artiste qui auparavant transparaissait uniquement dans l'objet matériel, se manifeste aujourd'hui également dans la démarche purement mentale de création »³⁸⁷.

Dans ce sens, on peut évoquer l'artiste peintre Yves Klein, s'il existe une notion centrale dans ses œuvres, c'est celle de l'*imprégnation*³⁸⁸. Pour la réalisation de ses peintures monochromes, l'artiste utilisait le rouleau qui lui permettait d'obtenir une surface bleue uniforme, aérienne, délivrée de toute gestuelle qui rappelait la présence du peintre et la matérialité de la peinture. De cette manière, le rapport à l'œuvre semble plus distancié, car davantage conceptuel. Or, paradoxalement, en dépit d'une facture volontairement neutre, les œuvres d'Yves Klein sont toutes empreintes de sa personnalité. Pour l'artiste « l'essentiel de la peinture, c'est ce "quelque chose", cette colle éthérique, ce produit intermédiaire que l'artiste sécrète de tout son être créateur et qu'il a le pouvoir de placer, d'incruster, d'imprégner dans la matière picturale du tableau [...] ceux qui sont des artistes sont ceux qui savent donner et fixer une âme à leur création ; ça, c'est la création authentique ! »³⁸⁹. Selon Nadia Walravens³⁹⁰, la peinture est imprégnée, ne serait-ce que dans sa phase de préconception, de la personnalité de l'artiste. L'imprégnation de l'artiste, de sa personnalité relève de son intention artistique qu'il matérialise à travers son œuvre. « L'intention de

³⁸⁵ WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *op. cit.*

³⁸⁶ DUCHAMP M., *Duchamp du signe, Ecrits, op. cit.*, p. 169

³⁸⁷ WALRAVENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporain », *op. cit.*, p. 145

³⁸⁸ RIOUT D., « Imprégnations : scénarios et scénographies », in *Yves Klein : Corps, couleur, immatériel*, Centre Georges Pompidou, 2006, p. 32. : « Klein souhaitait projeter son œuvre au-delà des problématiques de l'art. L'"imprégnation" est l'une des notions-clés auxquelles il fit appel pour y parvenir »

³⁸⁹ KLEIN Y., *Le dépassement de la problématique de l'art et autres écrits, op. cit.*, p. 248.

³⁹⁰ WALRAVENS N., *op.cit.*

l'artiste, perceptible par le spectateur, signale indéniablement l'importance du lien entre l'œuvre et son créateur, qui plus est pour les œuvres d'Yves Klein dont on a signalé que l'imprégnation était une notion clé »³⁹¹.

La jurisprudence caractérise l'originalité relevant de l'empreinte de la personnalité de l'artiste de façon voilée, en soulignant l'intention de l'artiste comme signe de l'originalité de l'œuvre. Dans l'affaire de la *Table bleue*, si le tribunal de grande instance applique sans ambiguïté l'originalité dans son acception subjective, faisant référence expressément à l'empreinte de la personnalité de l'artiste, en affirmant que « l'originalité de cette œuvre résulte [...] d'un processus créatif qui lui confère sa physionomie propre et traduit un parti pris esthétique qui porte l'empreinte de la personnalité de son auteur ». La cour d'appel semble avoir davantage de difficulté à le formaliser. En effet, elle ne va pas confirmer expressément l'originalité de la Table bleue dans son acception subjective, elle ne fait référence à aucun moment à l'empreinte de la personnalité de l'artiste, elle signale simplement l'intention de l'artiste. On peut voir dans cette affaire que la jurisprudence effectue un « mixe » de la conception personnaliste de l'originalité, c'est-à-dire comme l'empreinte de la personnalité de l'artiste, et de la conception plus objective de la notion, avec l'originalité découlant des choix effectués par l'artiste.

Dans l'affaire *Paradis*, la Cour de cassation avait tenu compte, pour confirmer l'originalité, de l'impression qui se dégageait de l'œuvre conformément à l'intention de l'artiste. Or dès qu'elle est exprimée dans l'œuvre, l'intention de l'artiste traduit inmanquablement l'empreinte de sa personnalité. Selon Nadia Walravens, cette décision s'inscrit dans l'approche personnaliste du droit d'auteur tel que dégagée par l'arrêt *Infopaq* de la Cour de justice. Selon elle, « la CJCE a confirmé [dans l'affaire *Infopaq*³⁹²] qu'une approche subjective de l'originalité, [...] devait être appliquée à toutes les catégories d'œuvres. [...] il apparaît plus que jamais approprié d'appliquer l'approche personnaliste du droit d'auteur à la création artistique contemporaine. C'est bien l'approche subjective de la création qui justifie la protection du droit moral et permet de faire respecter la personnalité de l'artiste, incarnée dans l'œuvre »³⁹³. Il ressort alors que selon elle l'approche personnaliste est parfaitement adaptée à l'art contemporain, puisque c'est la seule qui permettrait de protéger correctement l'artiste. Néanmoins, l'approche plus objective dégagée par la jurisprudence communautaire *Eva Maria Painer* paraît tout autant adaptée à la création contemporaine.

³⁹¹ WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *op. cit.*

³⁹² CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening*, JCP 2009, no 39, p. 272, note MARINO L. ; *Prop. intell.* 2009, no 33, obs. BENABOU V.-L., p. 378-383 ; *RIDA* 2010, no 226, p. 401-411, obs. SIRINELLI P.

³⁹³ WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *op. cit.*

L’empreinte de la personnalité de l’artiste dans ses choix créatifs. Depuis l’arrêt de la Cour de justice *Eva Maria Painer*, il est possible de voir l’originalité au travers des choix libres et créatifs de l’auteur de l’œuvre. En matière d’art contemporain, cette conception est particulièrement adaptée, notamment aux *Ready-mades* de Marcel Duchamp. En effet, dans les créations de Marcel Duchamp, ce n’est pas l’objet en tant que tel qui constitue l’œuvre mais le processus de désignation qui présente cet objet comme œuvre d’art. L’empreinte 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, il est faux de considérer que les *ready-mades* sont dépourvus de toute empreinte de la personnalité de leurs auteurs 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. S. Lemoine, à propos de Marcel Duchamp a pu dire que l’art consiste « à ramener l’idée de la considération esthétique à un choix mental, et non pas à la capacité ou à l’intelligence de la main contre quoi je m’élevais chez tant de peintre de ma génération »³⁹⁴. C’est ce choix qui traduit la personnalité de Marcel Duchamp, Nadia Walravens a pu conclure « qu’en dépit d’une volonté de réduire l’œuvre d’art à une création totalement d’expression personnelle, les œuvres contemporaines recèlent toujours l’empreinte personnelle de leur auteur ». L’art contemporain conduit à mêler les différentes conceptions de l’originalité de l’œuvre d’art.

Pour Marcel Duchamp, il est manifeste que ce sont les choix effectués par l’artiste qui sont révélateur de leurs personnalités, et donc par conséquent de l’originalité de leurs œuvres. Il disait que si les couleurs ne sont plus fabriquées personnellement par l’artiste, il ne reste plus qu’à exercer des choix. Que ces choix aboutiront tout de même « à la réalisation de la conception d’une œuvre, conformément à la vision intime, subjective, de l’artiste »³⁹⁵. Pour confirmer son analyse, en étudiant l’étymologie du mot art, il a pu dire « 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, ou 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 »³⁹⁶. Thierry de Duve spécialiste de Duchamp, a pu conclure « si le mot « art » veut dire faire, et si faire veut dire choisir, il n’y a plus qu’à en tirer la conclusion la plus générale possible : le mot « art » veut dire choisir »³⁹⁷. Duchamp

³⁹⁴ LEMOINE S., *Dada*, Hazan, 2005, p. 10

³⁹⁵ WALRAVENS N., « De l’art conceptuel comme création et sa protection par le droit d’auteur », *op. cit.* p. 43

³⁹⁶ M. Duchamp, entretiens inédits avec G. Charbonnier, TRTF, 1961, cité par DE DUVE T., *Résonnances du ready-made, Duchamp entre avant-garde et tradition*, Ed. Jacqueline Chambon, 1989, p. 142-143

³⁹⁷ DE DUVE T., *Résonnances du ready-made, Duchamp entre avant-garde et tradition*, *op. cit.*, 1989, p. 143

accorde alors une importance considérable aux choix, il « « trébuche » sur ce qu'il décrètera être son œuvre, « choisi » par l'objet qu'il choisit »³⁹⁸.

De nombreux auteurs évoquent les œuvres de Marcel Duchamp pour illustrer leurs analyses c'est dire à quel point l'artiste a marqué à travers ses œuvres le droit.

La cour d'appel de Paris dans l'affaire *Sorbelli*³⁹⁹ 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 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 »⁴⁰⁰. En l'occurrence, Alberto Sorbelli, travesti en prostitué, avait réalisé 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. A. Bertrand, va comparer cette affaire aux *Ready-mades*. Pour lui, « 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 »⁴⁰¹.

Cette approche est confirmée par des historiens de l'art, selon lesquels, « 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 »⁴⁰². De même, R. Lebel énonce 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 »⁴⁰³.

Ainsi, pour conclure s'agissant des *Ready-mades*, on peut considérer que ce sont des œuvres qui pourraient être protégées par le droit d'auteur du fait de l'originalité de l'artiste résultant de l'empreinte de sa personnalité dans les choix qu'il a réalisés, en somme, le choix d'un objet manufacturé, qu'il a décidé d'exposer d'une telle manière, et c'est en ça que l'œuvre

³⁹⁸ VIVANT L. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, p. 340

³⁹⁹ CA Paris, 3 déc. 2004, *D.*, 2005, jurispr., n°18, p.1237, note E. TREPPOZ.

⁴⁰⁰ CA Paris, 3 déc. 2004, *D.*, 2005, jurispr., n°18, p.1237, note E. TREPPOZ

⁴⁰¹ BERTRAND A. R., *Droit d'auteur, op. cit.*, p. 99

⁴⁰² WALRAVENS N., *L'œuvre d'art en droit d'auteur, forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005., p. 313

⁴⁰³ LEBEL R., « 1914-1918, Les *ready-made*. La guerre Conquête involontaire de New York. », *Sur Marcel Duchamp*, Centre Pompidou, 1996.

est originale, et c'est parce que Duchamp a décrété que ses œuvres étaient des œuvres d'art en les exposant selon les critères propres à la muséologie, qu'elles reflètent sa personnalité.

Concernant les œuvres d'art conceptuel, on peut évoquer l'affaire *Christo*⁴⁰⁴. Edouard Treppoz⁴⁰⁵, relève que la cour d'appel de Paris met en avant le fait que le processus créatif « ne se limite pas à la seule phase d'emballage, mais s'étend, en amont, au choix de l'objet emballé ». La création ne se limite pas à la composition mais c'est l'idée qui accède dès lors à la protection. La cour d'appel montre un droit d'auteur en phase avec la création contemporaine à condition toutefois que cette dernière soit originale.

Il convient d'évoquer plus récemment l'affaire *Paradis*, dans cette affaire la Cour de cassation⁴⁰⁶ a clairement signalé que l'activité créatrice de l'artiste résultait bien des choix qu'il a fait, de leur combinaison et de leur mise en œuvre, et qu'ils traduisaient là sa personnalité. Ainsi, dans son attendu de principe la Cour a dit « que l'œuvre litigieuse ne consiste pas en une simple reproduction du terme "Paradis", mais en l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille, que cette combinaison implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur ». Selon Nadia Walravens, « il semble désormais acquis que la prise en compte des choix, de leur combinaison avec les différents éléments constitutifs de l'œuvre, de leur agencement par l'artiste soit déterminante dans l'appréciation du processus créatif d'une œuvre d'art contemporain »⁴⁰⁷.

Il est important de relever que l'œuvre *Paradis* de Jakob Gautel résulte de ses choix créatifs, et qu'ils sont protégeables parce qu'ils sont « révélateurs de son arbitraire et de sa liberté de création, de l'activité créatrice exercée en vue de la réalisation de la conception de son œuvre, *Paradis* »⁴⁰⁸. De ce fait, l'on décèle le choix du mot, le choix du lieu, le choix de l'espace environnemental de l'œuvre. Et c'est l'agencement de ces choix qui conduit à la réalisation d'une œuvre qui dégage « une impression globale, une atmosphère singulière, simultanément ressentie par le spectateur »⁴⁰⁹. L'intellectualisation de la création n'exclut donc pas l'exercice d'une activité créatrice par l'artiste reflétant son originalité. Celle-ci peut être décelée dans le processus mental de la création, le choix. Au travers de cette affaire, la

⁴⁰⁴ CA Paris, 13 mars 1986, D. 1987, Somm. p. 150, obs. COLOMBET.

⁴⁰⁵ TREPPOZ E., « Quelle (s) protection (s) juridique (s) pour l'art contemporain ? », *op.cit.*

⁴⁰⁶ Cass. Com. 1er juill. 2008, n° 07-14.741.

⁴⁰⁷ WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *op. cit.*

⁴⁰⁸ WALRAVENS N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *op. cit.* p. 43

⁴⁰⁹ WALRAVENS N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *op. cit.* p. 45

Cour de cassation consacre une approche plus intellectuelle de la création, en tenant compte du processus mental de création exercé par l'artiste qui s'exprime dans ses choix.

Concernant les œuvres d'art minimal, on retrouve aussi l'importance des choix réalisés par l'artiste, il est intéressant d'illustrer nos propos par les affaires de la *Tables bleue* et des *Tables dorées*, d'Yves Klein. Concernant les *Tables dorées*, le TGI a jugé que « l'utilisation de feuilles d'or froissées ou de pigment monochrome bleu Klein ou rose garance dans un plateau coffre en Plexiglas ressort d'un choix arbitraire de l'artiste ». De même, il a considéré que la « combinaison d'éléments connus » tels qu'ils avaient été agencés par Yves Klein, donnait « à l'ensemble une originalité certaine » démontrant l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Nadia Walravens confirme cette approche, selon elle « loin d'être en présence d'un procédé abstrait, banal, non protégé par le droit d'auteur, la *Table dorée* d'Yves Klein résulte de choix précis de l'artiste dans une situation concrète, qu'il a déterminée »⁴¹⁰, de même que « leur combinaison conduit, pour le tribunal, à donner à l'œuvre une originalité certaine »⁴¹¹.

C'est « le choix opération mentale déterminante du processus d'élaboration de l'œuvre, [qui] révèle l'individualité de l'artiste dans l'œuvre, sa singularité »⁴¹². L'arbitraire de l'artiste, sa liberté de création se manifestent ainsi dans les choix successifs de tels ou tels éléments constitutifs de l'œuvre qu'il opère, perceptibles dans sa forme. De ce fait, les choix effectués par l'artiste révèlent sa personnalité, et donc l'originalité de l'œuvre.

Dans l'affaire du *Baiser*, le TGI d'Avignon, pour constater la dénaturation et la dégradation de l'œuvre de l'artiste, a également tenu compte de son intention, exprimée dans l'œuvre, « Pour être entièrement blanche, la toile objet des marques d'affection de Rindy Sam s'inscrit dans un ensemble dont l'harmonie et l'équilibre ont été voulus par le peintre. L'ajout d'une marque, fût-elle aussi chargée de douceur et de séduction qu'une trace de baiser, dénature par essence la démarche de l'artiste, qui a considéré son œuvre achevée et ne devant pas subir d'autre modification que la patine du temps ». Le tribunal fait référence clairement à l'importance des choix de l'artiste, selon lui « Il n'a pas été précisé au cours des débats si Cy Twombly a apposé lui-même le moindre apprêt sur la toile, sachant que des toiles sont commercialisées directement apprêtées ; mais, qu'elle ait été ou non travaillée par le peintre, la toile choisie par lui pour être incluse dans son œuvre prend, de cette seule circonstance, une valeur artistique intrinsèque ». Ainsi, c'est parce que la toile a été choisie par l'artiste qu'elle est originale et qu'elle doit être protégée.

Pour conclure, Nadia Walravens, relève que dans les œuvres d'art contemporain, « l'idée de l'œuvre, le choix des couleurs, l'agencement dans l'espace et le lieu d'exposition participent du processus créatif et dégagent une poésie propre à son auteur, reconnue par le monde de

⁴¹⁰ WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *op. cit.*

⁴¹¹ WALRAVENS N., « Les contacts peints de William Klein parasités et non contrefaits », *op. cit.*

⁴¹² WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *op. cit.*

l'art »⁴¹³. Selon elle, il convient alors d'adopter la conception européenne de l'originalité comme élément plus objectif, à savoir le choix révélant l'individualité de l'artiste dans l'œuvre, sa personnalité. C'est une approche de la création moins matérialiste, qui ouvre la voie à la liberté créatrice de l'artiste. Nonobstant, il convient de prendre en compte l'œuvre dans sa globalité, en intégrant la prise en compte d'éléments intangibles pour appréhender correctement son originalité.

2. Le chamboulement des critères retenus traditionnellement, avec la prise en compte de nouveaux éléments

L'œuvre contemporaine, n'est pas une œuvre comme les autres, pour être protégée il est nécessaire de prendre en compte des éléments qui habituellement ne le sont pas. L'art contemporain du fait des revendications dégagées par les œuvres faisant parties du mouvement met au coeur de sa création des éléments intangibles tels que la sensibilité et le contexte environnemental de l'œuvre, c'est eux qui marquent la personnalité de l'auteur. De même, l'art contemporain, remet en cause le principe de l'exécution personnelle de l'œuvre.

L'originalité dans la sensibilité de l'œuvre. Cézanne a dit que « l'artiste objective sa sensibilité » au travers de son œuvre. C'est d'autant plus vrai avec la création contemporaine qui requiert une approche plus souple qu'auparavant, l'empreinte personnelle de l'artiste devant être appréciée différemment. Ainsi, « c'est au regardeur de considérer l'œuvre autrement : l'émotion ressentie par le spectateur dépendra de son égard, de sa sensibilité propre et de son attitude face à la peinture »⁴¹⁴. L'empreinte de la personnalité de l'artiste n'a pas disparu mais elle est seulement d'une perception plus fine et plus ténue. Comme le souligne Edelman, « alors que dans la tradition dite « humaniste », la création peut s'entendre comme l'invention de formes esthétiques portant l'empreinte de la personnalité, dans l'art contemporain elle s'entend comme une invention de « sens » ou, si l'on préfère, comme une « révélation » - révélation du corps, révélation du sens caché des choses, révélation de l'inconscient social, etc. »⁴¹⁵. Le TGI de Nanterre, a parlé d'une « empreinte émotionnelle personnelle »⁴¹⁶.

L'art minimaliste est le courant duquel émane des œuvres ayant une sensibilité décuplée, et notamment les œuvres d'Yves Klein. Nadia Walravens rappelle que « le droit d'auteur reste

⁴¹³ WALRAVENS N., « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », *op. cit.*, p. 13

⁴¹⁴ WALRAVENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporain », *op. cit.*

⁴¹⁵ EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *op. cit.*

⁴¹⁶ TGI Nanterre, 10 mars 1993, *RIDA*, 1993, n°157, 343, note GAUBIAC

attaché à l'image d'une œuvre dans laquelle la gestuelle de l'artiste est évidente »⁴¹⁷. C'est dans ce sens qu'une grande partie de la doctrine refuse d'intégrer dans le champ de la protection par le droit d'auteur les peintures monochromes, issues du courant minimaliste, car selon eux il n'y aurait pas dans ses œuvres d'empreinte de la personnalité de l'artiste. De ce fait, si de prime abord l'empreinte de la personnalité de l'artiste paraît absente des œuvres d'art minimal telles que les *Monochromes* d'Yves Klein. En réalité, ces œuvres laissent transparaître l'empreinte de la personnalité de l'artiste, Yves Klein a pu l'illustrer « tandis que l'expression (de soi) demeure à la portée du premier venu - chacun peut y prétendre - la capacité d'imprégnation de la matière picturale est affaire de don. L'œuvre ne trouve plus sa justification et ses lettres de noblesse dans un visible analysable : elle constitue alors un chèque en blanc dont l'artiste est le seul garant »⁴¹⁸. L'œuvre est alors imprégnée de la personnalité de l'artiste dès sa préconception.

Pour déceler l'empreinte de la personnalité de ces œuvres et donc leur originalité, il convient de prendre en considération leur sensibilité, ainsi « Kazimir Malevitch et Yves Klein ont au contraire démontré que, désormais, la couleur se suffit à elle-même pour exprimer l'émotion qui les anime et invitent ainsi le spectateur à une nouvelle perception du sensible. Leurs œuvres ont suscité l'émotion des spectateurs en raison de la grâce poétique dégagée par cette sensibilité d'une autre nature »⁴¹⁹.

Comme pour l'analyse de la forme, « la recherche de l'empreinte de la personnalité de l'artiste requiert la prise en compte des éléments intangibles constitutifs de l'œuvre, tels que la « sensibilité picturale », qualité de la peinture elle-même, la lumière ou l'énergie, invisibles mais néanmoins bien perceptibles par le spectateur »⁴²⁰. On l'a constaté, ce que cherchait Yves Klein dans la création de ses œuvres, c'est la sensibilité pure, « la couleur, c'est la sensibilité devenue matière, la matière dans son état primordial »⁴²¹. Il a pu dire clairement que ce qui l'importait c'était de mettre la sensibilité au cœur de sa création : « Je flâne et rencontre des états, des choses sympathiques, un paysage réel ou imaginaire, un objet, une personne, ou tout simplement un nuage de sensibilité inconnu, que je traverse soudain par hasard, une ambiance... De la conversation muette qui s'ensuit entre l'état des choses et moi naît une affinité impalpable, « indéfinissable », comme dit Delacroix. C'est cet « indéfinissable », ce moment poétique ineffable, que je désire fixer sur ma toile puisque mon mode d'être (attention, je ne dis pas d'expression) est de faire de la peinture. Je peins donc le moment pictural qui est né d'une illumination par imprégnation dans la vie elle

⁴¹⁷ WALRAVENS N., « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », *op. cit.*, p. 14

⁴¹⁸ D. RIOUT, *La peinture monochrome, Histoire et archéologie d'un genre*, *op. cit.*, p. 27

⁴¹⁹ WALRAVENS N., « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », *op. cit.*, p. 14

⁴²⁰ WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *op. cit.*

⁴²¹ KLEIN Y., *Le dépassement de la problématique de l'art et autres écrits*, *op. cit.*, p. 49

même ». Denis Riout, a pu dire à propos d'Yves Klein : « l'artiste s'imprègne dans le grand tout du monde et de la vie, il imprègne ses tableaux et les amateurs s'imprègnent de sensibilité invisible [...]. Klein tente de penser à nouveaux frais l'inspiration du peintre, la perception du spectateur et l'impératif artistique de "rendre visible" »⁴²². On remarque alors que l'expression de la sensibilité de l'artiste n'est pas incompatible avec l'intellectualisation de l'œuvre. Il s'agit bien ici de l'imprégnation de sa sensibilité dans l'œuvre, expression de sa personnalité.

Yves Klein dès 1958, s'est intéressé à l'idée de l'œuvre impalpable, il parle de « zones de sensibilité picturale immatérielle », l'on peut évoquer l'exposition le *Vide*, dans cette exposition il est inévitable de prendre en compte des éléments intangibles pour caractériser l'originalité, qui réside dans la démarche intellectuelle. L'empreinte de sa personnalité est d'autant plus présente qu'elle réside dans l'intellectualisation et la dématérialisation qu'il a fait dans l'œuvre.

De même, on peut évoquer l'affaire *Paradis*, dans laquelle la cour d'appel de Paris signale « l'impression globale » qui se dégage de l'œuvre, cela renvoie à la nécessaire prise en compte de la perception de l'œuvre par le spectateur. L'originalité de l'œuvre *Paradis* de Jakob Gauthel résulte bien de la prise en considération de l'intention et du sens que l'artiste a entendu lui donner, lesquels sont exprimés de manière sensible et perceptible dans sa forme. Les magistrats ont accordé la protection à une œuvre dans laquelle l'empreinte personnelle de l'artiste s'est exprimée, en raison de la puissance du lien existant entre le mot et le lieu ou l'œuvre est donnée à voir. De ce fait, « la pensée de l'artiste doit être visible dans l'œuvre, et l'empreinte de sa personnalité directement perceptible par la personne qui la contemple »⁴²³, et c'est « L'intention de l'artiste, perceptible, [qui] signale indéniablement l'importance du lien entre l'œuvre et son auteur »⁴²⁴.

L'originalité dans l'expérience vécue par le spectateur issue de la volonté de l'artiste. L'artiste contemporain souhaite faire vivre une expérience au spectateur à travers son œuvre. Il convient d'accorder une attention toute particulière à l'un des éléments émanant à l'œuvre d'art, l'intention de l'artiste pour appréhender l'œuvre dans sa globalité et la déclarer originale ou pas. Cela permettra de déceler plus aisément l'empreinte de la personnalité de l'artiste dans son œuvre. L'artiste met son œuvre en scène et donne une place particulière au spectateur. La notion de mise en scène correspond à la mise en œuvre des divers éléments constitutifs de l'œuvre comme signalant l'activité créatrice de l'artiste dans l'art contemporain. Cette notion a été utilisée à de nombreuses reprises par les tribunaux. Dans l'affaire *Sorbelli*⁴²⁵, la cour d'appel de Paris a reconnu à l'artiste la qualité de coauteur

⁴²² RIOUT D., « Imprégnations : scénarios et scénographies », *op. cit.*, p. 32-33.

⁴²³ WALRAVENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporain », *op. cit.*, p. 143

⁴²⁴ WALRAVENS N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 69

⁴²⁵ CA Paris, 3 déc. 2004, *D.* 2005, p. 1237, note TREPPOZ E.

d'une photographie de sa performance devant la *Joconde*, compte tenu du fait qu'il avait imposé son choix dans la composition et la *mise en scène* du sujet. De même, dans une affaire relative à l'exploitation contrefaisante de performances de l'artiste Marina Abramovic, le tribunal de grande instance de Paris a signalé la prise en compte des choix exercés par l'artiste, notamment sur la *mise en scène* du sujet⁴²⁶.

Nous pouvons mentionner l'affaire de la *Place des Terreaux*, le TGI de Lyon a tenu compte de l'intention des auteurs pour constater l'originalité de l'œuvre, « Il est constant que les demandeurs ont entendu réaliser une œuvre originale en juxtaposant sur le sol de la place 69 carrés de pierre comportant en leur centre une colonne d'eau à hauteur variable et à débit intermittent, et en maillant l'espace bordant la place d'une trame alternée de lignes blanches et noires et, sur un côté, de piliers de six mètres de haut encadrant la fontaine Bartholdi. Qu'il ne peut être sérieusement contesté que l'ensemble ainsi réalisé [...] constitue une œuvre portant l'empreinte de la personnalité de ses auteurs, et se trouve, comme telle, protégée par les dispositions du CPI »⁴²⁷. De même, les juges ont signalé son contexte environnemental pour apprécier l'originalité de l'œuvre, ainsi comme le souligne Nadia Walravens, « la prise en compte de l'espace environnemental permet ainsi de percevoir la singularité de l'œuvre, l'empreinte de la personnalité de l'artiste »⁴²⁸. L'espace environnemental participant à la mise en scène de l'œuvre. Ainsi, comme l'a soulevé Ivan Cherpillod, un « apport créatif peut [...] être décelé dans l'orientation donnée à l'objet, sa situation dans un contexte et un espace précis »⁴²⁹.

Il convient de mentionner les affaires des *Tables dorées* et de la *Table bleue* d'Yves Klein. Comme souligné par Nadia Walravens « les tables d'Yves Klein sont constituées d'éléments tangibles - ses éléments matériels -, mais également d'éléments intangibles et néanmoins perceptibles, qui participent à leur immanence, comme l'énergie sensible émanant de la « couleur-matière », mise en scène par l'artiste »⁴³⁰.

Concernant les *Tables dorées*, le TGI précise que « la combinaison d'éléments connus, agencés de manière à laisser voir à l'observateur un "océan de couleur", or, bleu ou rose dans lequel chaque feuille de métal donne un reflet autonome et variant en fonction de la lumière et des déplacements de l'observateur ». Le TGI signale alors l'intention de l'artiste exprimée dans l'œuvre, qui signale l'œuvre telle qu'elle doit être perçue par le spectateur.

⁴²⁶ TGI Paris, 3 déc. 2010, inédit.

⁴²⁷ TGI Lyon, 4 avr. 2001, *JCP* 2001, p. 916-917 ; *Comm. com. électr.* 2001, no 6, p. 26-27, note CARON C. ; *JCP* 2001, p. 1377-1382, note POLLAUD-DULIAN F. ; *RIDA* 2001, no 190, p. 421-432, note CHOISY S. ; EDELMAN B., De la prééminence du domaine public, *D.* 2002.

⁴²⁸ WALRAVENS N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 61

⁴²⁹ I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 131

⁴³⁰ WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *op. cit.*

De même, dans l'affaire de la *Table bleue*, la cour d'appel précise que l'ensemble des caractéristiques de la table de l'artiste a « pour effet de présenter et de mettre en exergue cette étendue de pigment en poudre » et que « l'œuvre met en scène une représentation de la couleur considérée ». La cour appréhende bien l'œuvre dans sa globalité, afin de tenir compte de tous les éléments qui la constituent. C'est l'*impression d'ensemble* dégagée par la table, qui est prise en compte. De cette manière, les juges signalent l'activité créatrice de l'artiste par les choix qu'il a exercés, leur combinaison et leur mise en œuvre. Il s'agit bien là d'une *mise en scène* orchestrée par l'artiste, dont on sait qu'Yves Klein était particulièrement friand.

La cour tient compte de l'intention de l'artiste qui est de donner une vie à cette « couleur-matière », qui s'est exprimée dans la Table Bleue, par la « présentation et la mise en exergue de cette étendue de pigment en poudre », par la « mise en scène de la représentation de la couleur » par l'artiste. Ainsi, avait-il pu déclarer à propos des couleurs « Je n'aimais pas les couleurs broyées à l'huile. Elles me semblaient mortes ; ce qui me plaisait par-dessus tout c'était les pigments en poudre [...] ils avaient un éclat et une vie propre et autonome extraordinaire. C'était la couleur en soi véritablement. La matière colorée vivante et tangible... La possibilité de laisser les grains de pigments en totale liberté, tels qu'ils se trouvent en poudre, mêlés peut-être mais indépendants, tout en étant tous semblables, me souriait assez. L'art c'est la liberté totale, c'est la vie ». La personnalité de l'artiste réside dans l'atmosphère dégagée par l'œuvre, cette impression de légèreté et d'immatérialité de la table, en dépit de ses constituants tangibles.

Concernant les œuvres d'art conceptuel tel que *Paradis*, de nombreux auteurs s'accordent à dire que c'est une des premières fois que les juges vont avoir une approche plus intellectuelle de l'œuvre d'art, et qu'ils tiennent compte des spécificités d'une œuvre *in situ* en replaçant l'œuvre dans son contexte environnemental et en considérant la mise en scène de l'œuvre. On constate la prise en compte des éléments intangibles de l'œuvre, tel que la mise en perspective d'un texte dans un contexte environnemental décalé et la modification de la perception qui en découle pour le spectateur.

Ainsi, comme le relève justement Nadia Walravens « en adoptant une approche plus intellectuelle de la création, en accordant davantage d'attention au processus créatif, il est désormais possible de déceler de manière plus exacte l'empreinte de la personnalité de l'artiste de l'œuvre »⁴³¹.

L'exclusion de l'exigence d'exécution personnelle. Une partie de la doctrine estime que l'originalité d'une œuvre d'art est subordonnée à sa réalisation par l'artiste, mais en art contemporain, la réalisation personnelle par l'artiste de l'œuvre n'est pas une priorité. Cette exigence n'est pas adaptée aux pratiques artistiques du passé, au XVI^e siècle, le partage de réalisation de l'œuvre est courant, aussi bien entre maîtres et apprentis, qu'entre peintres de renom. D. Arasse souligne que, « quantité d'œuvres aujourd'hui considérées comme des

⁴³¹ WALRAVENS N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 51

unités picturales sont le fruit d'une véritable division du travail où plusieurs artistes ont été appelés à collaborer en fonction justement de leurs capacités spécifiques du métier. Cette pratique continue la tradition de l'atelier où, après avoir appris à broyer et mélanger les couleurs, après avoir dessiné d'après les œuvres du maître, l'apprenti était admis à peindre des bordures avant de participer aux parties secondaires et, éventuellement, principales. L'œuvre faite à plusieurs s'inscrit aussi dans la ligne de ces ateliers collectifs et temporaires qui se créent au XVI^e siècle [...] On n'est ainsi pas surpris d'apprendre qu'à Malines, au XVI^e siècle les toiles pouvaient être systématiquement collectives : « tel fait les têtes, tel autre les extrémités, un troisième les draperies, un autre enfin le paysage »⁴³². Cette exigence d'exécution personnelle se révèle donc inadéquate à l'œuvre d'art englobant tous les courants artistiques.

Il est intéressant de relever les dires de Denys Riout⁴³³, à propos de la démarche d'Yves Klein dans la réalisation de ses monochromes qui démontre que l'essentiel n'est pas dans l'exécution matérielle, mais dans la phase de préconception de l'œuvre, purement mentale, qui conduit à sa réalisation. On peut appliquer cette réflexion à l'ensemble de l'art contemporain, en effet, pour l'artiste contemporain, la démarche intellectuelle importe plus que la réalisation. Il est courant que l'artiste délègue l'exécution de l'œuvre, cette délégation intervient notamment dans l'art minimal, Reinhardt prétendait que son assistant pouvait réaliser ses peintures aussi bien que lui. Tout comme Daniel Walravens concernant ses monochromes, « On le sait, peintre, D. W. ne peint pas lui-même les œuvres qu'il présente sous son nom : il les fait toujours réaliser par des professionnels. Ses indications, précises, ne laissent aucune possibilité d'interprétation où s'insinuerait la trace d'une fantaisie personnelle, et il contrôle avec soin extrême les résultats qui doivent se révéler en tous points conformes à ses intentions »⁴³⁴. Dans le même sens, Sol LeWitt, souligne que « le concept est l'aspect le plus important du travail. L'artiste est un penseur et un créateur beaucoup plus qu'un artisan. D'autres personnes peuvent réaliser le projet »⁴³⁵. L'œuvre relève de l'acte mental de création.

La jurisprudence⁴³⁶ même si elle n'est pas constante a admis la reconnaissance comme une œuvre protégeable par le droit d'auteur, une œuvre qui n'avait pas été réalisée personnellement par son auteur, l'affaire concernait Vasarely qui avait confié l'exécution d'une peinture *Stri Pauk* à Valuet, un autre peintre. Vasarely en avait contrôlé l'exécution, et apporté des corrections, des critiques. Le tribunal de grande instance a considéré, « qu'en se réservant de corriger et d'approuver l'œuvre, auquel a participé matériellement un autre peintre, avant d'y apposer sa propre signature, l'œuvre réalisée se trouve ainsi marquée de

⁴³² ARASSE D., *Le détail, Pour une histoire rapprochée de la peinture*, éd. Flammarion, 1992, p. 119

⁴³³ RIOUT D., *La peinture monochrome, Histoire et archéologie d'un genre*, op. cit., p. 23

⁴³⁴ RIOUT D. « Les peintures d'un peintre qui ne peint pas », *Daniel Walravens, De la peinture en général*, éd. ERSEP, 1994, p. 16

⁴³⁵ Cité par C. FRANCLIN, « L'art conceptuel entre les actes », in *Art Press*, n° 139, 1989, p. 46

⁴³⁶ TGI, 21 janvier 1983, seconde espèce, *D.*, 1984, J. somm. comm., p. 286, obs. COLOMBET

l’empreinte de sa personnalité de créateur et doit être considérée comme une œuvre de collaboration ayant nécessité le concours de deux peintres ». Le tribunal s’attache à l’activité créatrice de Vasarely, à son empreinte dans l’œuvre. De ce fait de Sol Lewitt à Jeff Koon, la création contemporaine affirme le caractère accessoire de l’exécution personnelle de l’œuvre. La jurisprudence s’attache d’avantage à la conception intellectuelle que matérielle de la création. Selon Edouard Treppoz, « seul importe un apport créatif, qui peut se situer tant au stade de l’exécution matérielle que de la composition intellectuelle »⁴³⁷.

Néanmoins, l’affaire *Spoerri*, montre la difficulté pour la jurisprudence de se mettre en accord sur l’indifférence d’exécution personnelle de l’œuvre. En l’occurrence, une œuvre, *Mon petit Déjeuner*, un tableau piège signé Daniel Spoerri avait été vendu lors d’une vente aux enchères, néanmoins les acheteurs s’aperçoivent plus d’un ans après qu’il n’a pas été réalisé de ses mains mais de celle d’un enfant de 11 ans. La Cour d’appel⁴³⁸ considère que l’auteur d’une œuvre originale peut être celui qui l’a matériellement créée, ou celui qui l’a fait exécuter, qu’il est certain que Spoerri a souhaité l’exécution des tableaux pièges, qu’il a choisi ceux qu’il authentifierait, et elle rappelle le texte figurant au dos du tableau. La Cour de cassation vient casser l’arrêt⁴³⁹, selon elle le consentement de l’acheteur a été vicié. L’affaire est renvoyée devant la cour d’appel qui persiste, la Cour suprême cassera de nouveau l’arrêt⁴⁴⁰ et détourna la question en prétendant une potentielle erreur sur la substance, et que « compte tenu des mentions du catalogue » la cour aurait dû se poser la question de savoir si « 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 », pour elle la mention dans le catalogue de la présence d’un texte de l’artiste au dos du tableau, ne suffisait pas à informer l’acquéreur que l’œuvre n’avait pas été réalisée par Spoerri.

Plus récemment, dans l’affaire du *Baiser*, le TGI d’Avignon a signalé l’indifférence de réalisation personnelle au profit des choix effectués par l’artiste, déterminant de la valeur intrinsèque de l’œuvre : « Il a été rappelé que la valeur sentimentale comme la valeur vénale de l’objet sont intimement attachés à la personnalité de l’artiste. Il n’a pas été précisé au cours des débats si Cy Twombly a apposé lui-même la couche d’apprêt sur la toile, sachant que des toiles sont commercialisées directement apprêtées, mais qu’elle ait ou non été travaillée par le peintre, la toile choisie par lui pour être incluse dans son œuvre prend, de cette seule circonstance, une valeur artistique intrinsèque que ne saurait avoir une toile de remplacement anonyme ». Si la doctrine semble unanime sur l’indifférence d’exécution personnelle de l’œuvre par l’artiste, la jurisprudence ne semble pas harmonisée sur ce point.

⁴³⁷ TREPPOZ E., « Quelle (s) protection (s) juridique (s) pour l’art contemporain ? », *op.cit.*, p. 89

⁴³⁸ CA Paris, 1^{re} ch. A, 18 oct. 1999, inédit.

⁴³⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 5 févr. 2002, *JCP* 2002. II. 10193, note S. CREVEL ; DEFRENOIS 2002. 761, obs. E. SAVAUX

⁴⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, *D.* 2006. Jur. 1116, note A. TRICOIRE ; *JCP* 2006. II. 10092, note J. ICKOWICZ ; *RLDC* 2006/ 28, note J.-M. BRUGUIERE.

II. La création contemporaine, limite au principe d'originalité de l'œuvre ?

L'application du droit d'auteur semble aujourd'hui s'imposer à la création contemporaine. La jurisprudence montre de façon remarquable, l'utilité et la pertinence du droit d'auteur comme mode de protection de la création contemporaine, on pense notamment aux affaires *Christo* et *Paradis*. De nouvelles formes d'expressions contemporaines voient le jour et bouleversent la conception traditionnelle de la notion d'originalité (A). Néanmoins, la jurisprudence récente ouvre une porte vers l'acceptation de ces nouvelles œuvres (B).

A. Le bafouement de la conception traditionnelle de l'originalité par l'émergence de formes d'expressions contemporaines

L'artiste contemporain n'a aucune limite, il a pour unique but de diffuser un message, il emploiera tous les moyens pour y parvenir, peu important « les dégâts », bousculant les conceptions de l'originalité de l'œuvre. Ainsi, l'artiste pourra détruire une œuvre pour faire la sienne, il justifiera l'originalité de son œuvre par son intention de créer (1). Tout autant, on peut s'interroger sur l'originalité de l'œuvre transformative ou issue du mouvement appropriationniste (2).

1. La prise en compte de l'intention de l'artiste de l'œuvre dégradée dans la pratique de la « transformation destructive »

Certains artistes ont choisi de s'exprimer en se servant, mais surtout en détruisant le support matériel d'une œuvre première, ils créent de ce fait, selon eux une œuvre dérivée de l'œuvre originelle, sans jamais demander l'autorisation à l'auteur de l'œuvre première. Deux affaires sont emblématiques de cette pratique de dégradation d'œuvres intégrant un aspect conceptuel, l'affaire *Pinoncelli* et l'affaire du *Baiser*. Nous évoquerons aussi le cas Banksy, qui a détruit sa propre œuvre.

L'affaire Pinoncelli. Par deux fois l'artiste de comportement Pierre Pinoncelli fracassa à coup de marteau la réplique du fameux *Fountain* de Duchamp. Dans une première affaire⁴⁴¹ l'artiste avait été condamné lors d'une procédure pénale pour dégradation d'un objet d'utilité publique. L'artiste justifie sa démarche comme étant une réponse à Marcel Duchamp, il s'agissait « d'achever l'œuvre de Duchamp, en attente d'une réponse depuis plus de quatre-vingts ans ; un urinoir dans un musée doit forcément s'attendre à ce que quelqu'un urine dedans un jour, en réponse à la provocation inhérente à la présentation de ce genre d'objet trivial dans un musée ». De plus, « l'appel à l'urine est, en effet, contenu ipso facto - et ce dans le concept même d'œuvre - dans l'objet, vu son état d'urinoir. L'urine fait partie de l'œuvre et en est une de ses composantes... Y uriner termine l'œuvre et lui donne sa pleine

⁴⁴¹ 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 », *op. cit.*, p. 98-102.

signification... ». Toutefois, le TGI n'est pas dupe et même s'il ne se prononce pas sur l'originalité de l'œuvre de Duchamp, et se contente de constater la faute, selon lui « si uriner dans un urinoir peut rendre l'objet exposé comme une œuvre d'art à son usage premier, nul ne peut prétendre qu'une pissotière s'utilise à coups de marteau ». En d'autres termes, selon B. Edelman⁴⁴², c'est le coup de marteau qui constitue la faute puisqu'il a provoqué une dégradation de l'objet, elle-même à l'origine du préjudice. Comme le souligne E. Treppoz, « il faut alors regretter que dans l'affaire Pinoncelli, la destruction de l'urinoir de Duchamp n'ait été envisagée qu'à l'aune de la responsabilité civile »⁴⁴³.

En 2006, Pierre Pinoncelli réitère son acte et profita de l'exposition « Dada » donnée au centre Pompidou à Paris pour frapper d'un coup de marteau la *Fountain* de Duchamp et y porter l'inscription « Dada ». L'artiste achève alors son travail déjà initié lors de l'exposition inaugurale du Carré d'Art de Nîmes de 1993, lorsqu'il avait uriné sur *Fontain* en y portant un coup de marteau. Pierre Pinoncelli, va profiter de cette nouvelle affaire, pour faire valoir l'atteinte à son droit moral. En effet, l'œuvre de Duchamp avait été par la suite restaurée, par conséquent l'apport créatif avancé par Pinoncelli avait été nié et détruit, il avait d'ailleurs contesté cette réparation de l'œuvre. Néanmoins, la cour d'appel⁴⁴⁴ refuse de voir dans son geste une œuvre composite de celle de Duchamp, l'artiste a donc été condamné pénalement au frais de restauration de l'œuvre.

Revenons sur la revendication par Pierre Pinoncelli de l'œuvre composite qu'il aurait réalisé à partir de *fountain* de Marcel Duchamp. Pour l'artiste, son acte était un geste créateur, il se revendiquait comme « artiste de comportement donnant à ses actes le statut d'œuvre d'art ». Selon lui, en urinant et fracassant l'urinoir il rendait « un hommage à une performance dans l'esprit de Duchamp, à savoir, inverser son postulat et redonner à l'urinoir sa fonction première »⁴⁴⁵, il pu dire « l'urine a refait de l'urinoir œuvre d'art une simple pissotière ». C'est en cela toute l'originalité de sa prétendue œuvre, celle-ci résiderait donc dans l'intention de Duchamp. Dans la première affaire, le TGI de Tarascon, s'était montré novateur, non pas dans la solution rendue mais dans ses moyens. Il avait fait état des mystifications présentes dans l'affaire, selon lui, « le raisonnement juridique se trouve-t-il confronté à une double mystification : - celle 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 simples objets de la vie courante [...] - celle de Pierre Pinoncely qui s'arroge un droit de « valorisation » par le marteau de la création d'autrui et pousse la théorie de l'art conceptuel jusqu'à revendiquer l'absolution totale pour ses actes, dès lors qu'il les a déclarés symboliques ». Le tribunal reconnaît dans le geste de Pinoncelli un acte créateur, « l'action artistique de Pinoncely reste singulière : ici l'acte « créatif » se manifeste par le bris, la casse d'un objet présenté comme l'œuvre d'un autre ». En

⁴⁴² B. EDELMAN, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncely », *op. cit.*

⁴⁴³ TREPPOZ E., « Quelle (s) protection (s) juridique (s) pour l'art contemporain ? », *op.cit.*, p. 99

⁴⁴⁴ CA Paris, ch. corr. 12, sect. B, 9 févr. 2007, RGn° 06/04435.

⁴⁴⁵ B. EDELMAN, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncely », *op. cit.*

l'occurrence, on serait en présence « d'« Art éphémère » que l'on pourrait définir de la manière suivante : sitôt le coup de marteau donné, le geste artistique posé, tout disparaît, l'acte et ses conséquences ».

Du fait de son geste litigieux Pierre Pinoncelli aurait opéré une novation, l'œuvre se serait créée en une nouvelle œuvre, une « œuvre unique au monde », œuvre composite, « le « droit moral » de Duchamp aurait été respecté, car il aurait mystifié son monde en proclamant œuvre d'art un simple urinoir ; droit moral entre guillemets, dont l'objectif serait sa propre destruction »⁴⁴⁶, on pourrait alors qualifier sa démarche de « transformation destructive ». L'originalité de la démarche résiderait dans le nouveau sens donné à l'œuvre, du fait de sa « défonctionnalisation » puis de sa « refonctionnalisation ». Il justifie sa démarche en citant Duchamp, « Ma fountain / pissotière partait de l'idée de jouer un exercice sur la question du goût : choisir l'objet qui ait le moins de chance d'être aimé : une pissotière, il y a très peu de gens qui trouvent ça merveilleux ; car, le danger, c'est la délectation artistique. Mais on peut faire avaler n'importe quoi aux gens »⁴⁴⁷. Pinoncelli entendait donc « démystifier la mystification de Duchamp »⁴⁴⁸, il voulait accessoirement que son geste soit « créateur », selon le processus décrit par Nathalie Hennich : « si l'art ne se définit plus que comme ce qui est produit par un artiste, encore faut-il que celui-ci se construise comme artiste pour que quelque chose puisse être reconnu, à travers lui, comme œuvre d'art. Et cette construction ne peut plus passer par la seule référence à la « main » de l'auteur, dès lors que son intervention est réduite à un geste, un concept, une intention : la valeur artistique se déplace sur une grandeur qui n'est plus celle de l'œuvre même, mais celle de la personne de l'artiste en tant qu'il est, justement, un artiste et non une personne ordinaire »⁴⁴⁹.

En adoptant ce discours, Pinoncelli ne peut par conséquent nier avoir dégradé une œuvre d'art. En effet, si l'urinoir Duchamp n'était qu'une vulgaire pissotière, il ne vaudrait pas un kopek et le « geste » de Pinoncelli serait égal à zéro. Par conséquent, Pinoncelli ne peut conférer une valeur artistique à son « geste » qu'à la condition d'avoir considéré l'urinoir comme une œuvre d'art. Il a endommagé une œuvre d'art, de son propre aveu. Autrement dit, il ne peut, tout uniment, dénier à l'urinoir sa qualité d'œuvre d'art et revendiquer la nature artistique de son geste.

L'affaire du *Baiser de Cy Twombly*. Pour rappel, il était reproché à une artiste peintre Rindy Sam d'avoir dégradé volontairement l'œuvre de Cy Twombly, en apposant dessus un baiser qui avait laissé une trace de rouge à lèvres, sur un monochrome blanc consistant en une simple toile recouverte d'un apprêt faisant parti du triptyque de Cy Twombly. Ce baiser ayant la lourde conséquence de dégrader l'œuvre. La femme revendique

⁴⁴⁶ B. EDELMAN, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelli », *op. cit.*

⁴⁴⁷ PARTOUCHE M., *Une vie d'artiste Marcel Duchamp, images en manoeuvres éditions*, Paris, 1991, p. 48 ; adde : DUCHAMP M., *Ingénieur du temps perdu*, Belfond, p. 177

⁴⁴⁸ B. EDELMAN, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelli », *op. cit.*

⁴⁴⁹ HENNICH N., *Le triple jeu de l'art contemporain*, Minuit, 1998, p. 26

son acte « comme un geste artistique », comme « une performance l'assimilant à un « geste d'amour », elle a pu dire « Quand je l'ai embrassé, je n'ai pas réfléchi, je pensais que l'artiste, il aurait compris... »⁴⁵⁰. Néanmoins, même si le tribunal⁴⁵¹ a reconnu le geste artistique de la peintre, il la condamna pénalement à verser la somme correspondant aux frais de restauration de l'œuvre, et à des dommages et intérêts.

En analysant l'affaire, on découvre que la jeune peintre s'est empreint d'une façon tellement intense de l'œuvre de Cy Twombly, qu'elle a pensé ce qu'aurait pu être l'intention véhiculée par l'artiste à travers son œuvre, et qu'elle s'est sentie obligée d'embrasser le monochrome en réponse à l'artiste. On voit dans cette analyse, un parallèle avec l'acte de Pierre Pinoncelli, lui aussi justifiait son acte par l'intention de l'auteur de l'œuvre première, et qu'il s'agissait par conséquent d'une réponse à cette œuvre, même si cela revenait à la détruire, il y avait alors une destruction créatrice, une « transformation destructive » l'œuvre détruite laissant la place à une nouvelle œuvre, dont l'originalité découle de cette même intention de l'artiste de l'œuvre première.

L'œuvre autodétruite de Banksy. Selon Banksy, l'acte ne serait pas un geste de dégradation de l'œuvre première mais de création d'une œuvre seconde, « Love is in the Bin ». Rappelons les faits, le 5 octobre 2018, l'instant suivant son adjudication (pour un montant de 1,185 million d'euros) l'œuvre de Banksy, dénommée *Girl With Balloon* avait été partiellement détruite par l'activation d'un mécanisme dissimulé dans son cadre par son auteur. Il s'agissait la d'un *happening*, Valérie Vernerot souligne qu'il peut être envisagé de deux manières, « Il peut tout d'abord être analysé comme un acte de dégradation ayant eu pour effet la destruction partielle de l'œuvre initiale mais il peut également être perçu comme un acte de novation ayant entraîné la création d'une œuvre nouvelle »⁴⁵². Ce dernier cas suppose de nombreuses interrogations « la destruction partielle de *Girl With Balloon* peut-elle avoir eu pour effet de la nover en une œuvre seconde *Love is in the Bin* ? Et en cas de réponse positive, cette œuvre peut-elle être regardée comme émanant de la main de Banksy ? »⁴⁵³.

La démarche de Banksy était « indéniablement destructrice puisqu'il semble que sa volonté ait été de déchiqueter l'œuvre entièrement »⁴⁵⁴. Banksy, dans une vidéo publiée quelques jours plus tard, explique son geste en reprenant les mots de Picasso « *the urge to destroy is also a creative urge* »⁴⁵⁵. De ce fait il y avait aussi dans son geste une volonté de créer.

⁴⁵⁰ PIERRAT E. et LEMARCHAND C., « L'œuvre d'art, support de la création », *Juris art etc.* 2015, n°22, p.25

⁴⁵¹ CA Nîmes, 2 juin 2009, RG n°09/00461.

⁴⁵² VERNEROT V., « Variations juridiques autour de l'œuvre autodétruite de Banksy », *Com. com. electr.*, n°3, Mars 2019, étude 6

⁴⁵³ VERNEROT V., « Variations juridiques autour de l'œuvre autodétruite de Banksy », *op.cit.*

⁴⁵⁴ ENSER N., « Banksy, ou l'art du conflit de droits », *RIDA*, janvier 2019, p. 37 ; La vidéo publiée par Banksy quelques jours après la vente précise que l'œuvre aurait dû être déchiquetée sur toute sa longueur.

⁴⁵⁵ « La volonté de détruire est aussi une volonté destructrice »

Si l'on considère que *Love is in the Bin* est une œuvre nouvelle, même si la création n'émane pas de la main de Banksy mais est le fruit d'une action mécanique. Il est admis que le recours à un instrument automatisé de création ne chasse pas la protection par le droit d'auteur, il importe néanmoins que subsiste une possibilité d'intervention humaine et des choix arbitraires, révélateurs de la personnalité du créateur. Si l'intervention de la broyeuse a un caractère mécanique, les choix arbitraires de Banksy sont présents. En effet, le point d'arrêt de la broyeuse n'est pas prédéterminé par la machine mais déterminé par Banksy, qui a commandé cette dernière et choisi de ne conserver dans le cadre que le ballon en forme de cœur. Ainsi, même si l'œuvre seconde n'a pas été créée par la main de Banksy, elle peut être considérée « comme émanant de la main de l'artiste » dans la mesure où elle a été réalisée « selon ses instructions et sous son contrôle, de telle sorte que dans son exécution même, ce support matériel de l'œuvre porte la marque de la personnalité du créateur »⁴⁵⁶. De ce fait, c'est la performance qui donnerait prise au droit d'auteur.

Le problème étant que la destruction est intervenue après l'adjudication, le principe d'indépendance des propriétés corporelles et incorporelles interdit à l'auteur de modifier son œuvre sans l'accord du propriétaire du support matériel⁴⁵⁷. L'œuvre revêt par conséquent un caractère illicite, néanmoins le droit d'auteur du fait des principes d'indifférence du genre et du mérite de l'œuvre s'oppose à une telle analyse. « L'œuvre illicite n'en est pas moins éligible à la protection du droit d'auteur »⁴⁵⁸. La Cour de cassation a pu décider que « dès lors qu'une œuvre a été éditée au mépris des règles d'ordre public [...], le droit moral de l'auteur ne saurait faire échec à l'exécution des mesures prévues par la loi en vue de mettre fin aux infractions pénales constatées »⁴⁵⁹. De ce fait, l'illicéité de l'œuvre ne fait pas obstacle à la jouissance du droit d'auteur mais peut en paralyser son exercice. Toutefois, l'objet de ce mémoire n'est pas de développer cette question.

Si l'originalité de l'œuvre issue d'une « transformation destructive » se trouverait dans l'intention dégagée par l'auteur de l'œuvre première, on retrouve aussi les œuvres transformatives ou relevant du courant appropriationniste, dont la détermination de l'originalité est tout aussi complexe.

2. La recherche de l'originalité dans l'œuvre issus du mouvement appropriationniste

Depuis quelques années, un mouvement tendant à transformer des œuvres préexistantes se développe, il pose certaines difficultés au droit d'auteur, les œuvres qui en sont issues ne sont pas encore bien appréhendées par le droit. C'est dans cet optique que le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a rédigé une lettre de mission afin de

⁴⁵⁶ Cass 1er civ., 13 oct. 1993 : *D.* 1994, somm. p. 93, obs. C. COLOMBET ; *D.* 1994, jurispr. p. 138, note B. EDELMAN.

⁴⁵⁷ Article L. 111-3 du CPI

⁴⁵⁸ VERNEROT V., « Variations juridiques autour de l'œuvre autodétruire de Banksy », *op.cit.*

⁴⁵⁹ Cass. crim., 3 juin 1986, n° 85-91.433 : *JurisData* n° 1986-001221.

mieux accueillir les œuvres transformatives, Valérie-Laure Benabou a été choisie pour mener à bien la mission. Selon elle « la transformation artistique s'appuie notamment sur le mouvement « appropriationniste » dont Elaine Sturtevant a été l'inspiratrice dès les années 1960 en recréant, de ses propres mains, des œuvres d'autrui (comme *Flag*, de Jasper Johns). Plus tard, des artistes comme Sherrie Levine, Mike Bidlo, Richard Prince ont développé ces pratiques d'accaparement, travaillant « à la manière de » certains de leurs prédécesseurs »⁴⁶⁰. Elle relève, que le mouvement appropriationniste est l'instigateur en matière d'art contemporain de l'œuvre transformative⁴⁶¹, il convient alors d'étudier les qualifications juridiques de ces œuvres, leurs originalités ainsi que leurs natures contrefaisantes.

La notion d'appropriation. Dès les années 1960, le geste d'appropriation artistique était au cœur du Nouveau Réalisme, un peu à l'image des *ready-mades* de Marcel Duchamp au début du siècle, mais ce n'est que dans les années 1970-1980, que l'appropriationnisme apparaît avec Elaine Sturtevant, Andy Warhol, Sherrie Levine, Richard Prince ou Jeff Koons⁴⁶².

Le principe de l'appropriationnisme est simple, il s'agit de « reprendre le travail d'autrui et le signer de son nom dans le but d'engager une réflexion artistique sur la société contemporaine et ses icônes »⁴⁶³. Pour Jeff Koons, « il ne s'agit pas tant de faire preuve d'indifférence (ou de feindre l'indifférence) face aux questions de distinction esthétique mais, en nivelant bon et mauvais goût, de prendre très clairement le parti de la basse culture contre la haute culture. C'est sans doute pour cela que Koons a mauvaise presse chez les vrais amateurs d'art »⁴⁶⁴. Valérie-Laure Benabou relève que « pour qu'il y ait création transformative, il faut à tout le moins qu'il y ait une modification d'une œuvre existante, et que cette œuvre, comme cette modification soient également perceptibles par le public. Il convient donc de s'attacher à la reprise de la forme, seul élément susceptible d'être protégé »⁴⁶⁵. Ainsi, on peut résumer que selon la doctrine, l'œuvre transformative ou issue du mouvement appropriationniste est une œuvre qui reprend de façon identique une œuvre préexistante pour en dégager un nouveau message, sans se préoccuper des droits moraux de l'artiste de l'œuvre première.

La judiciarisation de l'appropriation. Si les œuvres d'Elaine Sturtevant ou de Sherrie Levine s'analysent juridiquement en des contrefaçons de Duchamp, Léger ou Warhol, elles ne sont pas appréhendées judiciairement. Aujourd'hui pourtant, la

⁴⁶⁰ BENABOU V.-L., *Rapport sur les œuvres transformatives*, CSPLA, 6 oct. 2014, v. JAC n° 18/2014, p. 3

⁴⁶¹ A ce titre nous utiliserons de façon identique la notion d'œuvre appropriationniste et d'œuvre transformative

⁴⁶² Voir not. BEYLOT P. (ss dir.), *Emprunts et citations dans le champ artistique*, L'Harmattan, 2005 ; BERTHET D., *Art et appropriation*, Ibis rouge, 1998.

⁴⁶³ NOUAL P., « De l'art ou du cochon ? Irrésistible bis repetita sur le rejet de la liberté d'expression », *RLDI*, n°157, 1er mars 2019

⁴⁶⁴ GLICENSTEIN J., « Jeff Koons : la rétrospective », *Marges*, 2015/1, p. 173.

⁴⁶⁵ BENABOU V.-L., *Rapport sur les œuvres transformatives*, *op. cit.*, p. 24

judiciarisation semble de mise, on citera aux Etats-Unis deux affaires *Koons*⁴⁶⁶, et l'affaire *Prince*⁴⁶⁷. En France, on peut citer, les affaires *Paradis*, *Christo*, *Sorbelli*. Cette judiciarisation doit se faire prudemment, en effet, le droit d'auteur pourrait apparaître comme une « élucubration de juriste »⁴⁶⁸. Le statut de nombreuses œuvres pourraient alors être remis en question, comme les réinterprétations de tableaux célèbres par Picasso (la série Des Ménines inspirée par Velázquez ; Le Déjeuner sur l'herbe d'après Manet) ou encore Bacon (avec Le Pape Innocent X toujours de Velázquez) et plus récemment les copies par Sherrie Levine ou Elaine Sturtevant de Matisse, Klein, Léger, Duchamp, Warhol.

Il convient de soulever une remarque, aucune de ces appropriations, pourtant parfois connues de l'artiste copié, ne donne lieu à un contentieux, du moins lorsqu'elle porte sur le travail d'artistes contemporains. Edouard Treppoz souligne que « la liberté de copier s'érigerait ainsi en règle autonome de l'art contemporain, refoulant le droit étatique »⁴⁶⁹. Néanmoins, lorsque l'artiste copié est étranger à ce monde, il porte l'affaire devant les tribunaux judiciaires⁴⁷⁰, ou inversement lorsque l'artiste se fait copier par un publicitaire⁴⁷¹. On constate alors que la présence d'acteurs extérieurs au monde de l'art contemporain entraîne souvent la saisine des tribunaux. Comme le relève justement Edouard Treppoz, « la reprise est tolérée, lorsqu'elle est interne à un milieu homogène »⁴⁷², c'est pour cette raison que les amateurs de l'œuvre de Sherrie Levine y reconnaissent l'œuvre originelle de Duchamp. Ainsi, c'est la connaissance de la copie qui assure à l'artiste copié sa reconnaissance et par là même son acceptation de la copie. Cependant, « lorsque la copie s'effectue dans un milieu exogène, l'artiste copié n'est plus certain d'être reconnu. Une appropriation induite devient possible en raison de l'ignorance par le public de la copie ». Ainsi, selon cet auteur, c'est ce déficit de reconnaissance qui expliquerait que l'artiste copié saisisse les tribunaux, c'est alors les juges qui lui confèreraient la reconnaissance que le public n'est pas en mesure de lui octroyer.

La qualification de l'appropriation d'œuvre composite. L'œuvre composite suppose que l'œuvre nouvelle, à savoir la copie, s'incorpore dans une œuvre préexistante,

⁴⁶⁶ *Rogers vs Koons*, 960 F.2d 301, 22 U.S.P.Q.2d 1492 (2d Cir. 1992) et *Blanch vs Koons* 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006)

⁴⁶⁷ *P. Cariou vs R. Prince*, Southern District of New York, 18 mars 2011.

⁴⁶⁸ TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *Séminaire l'art contemporain confronté au droit*, Institut Art et droit, 8 juin 2006, p. 31

⁴⁶⁹ TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *op. cit.*, p. 33

⁴⁷⁰ Jean Pierre Leloir dans l'affaire Rancillac ou Art Rogers dans l'affaire Koons (*Roger v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir.))

⁴⁷¹ L'affaire opposant Christo à un publicitaire (TGI Paris, 26 mai 1987, *Dalloz*, 1988, SC, p. 201, obs. COLOMBET.) et l'affaire opposant les artistes suisses Fischli & Weiss à un publicitaire.

⁴⁷² TREPPOZ E., « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *op. cit.*

l'œuvre appropriée. Selon l'article L. 113-2 du CPI « est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ». Cette incorporation doit s'effectuer sans collaboration de l'auteur de l'œuvre préexistante. En somme, l'auteur de la copie utilise l'œuvre première comme un matériau de création. L'œuvre est alors créée par plusieurs auteurs dont les prestations s'étalent dans le temps, c'est ce qui différencie l'œuvre composite de l'œuvre de collaboration dans laquelle la pluralité d'auteurs est simultanée. Cet article est complété par l'article L. 113-4 du CPI selon lequel « l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante ». De ce fait, toute exploitation faite à défaut de l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première constitue une contrefaçon⁴⁷³. La qualification de l'appropriation d'œuvre composite, n'est par conséquent pas la plus adaptée, en effet, dans ce type d'œuvre, l'artiste se passe le plus souvent de l'autorisation de l'auteur de l'œuvre qu'il a utilisé. L'appropriation fautive d'autorisation de la part de l'artiste de l'œuvre première constitue une contrefaçon.

La nature contrefaisante de l'appropriation. Théoriquement, l'utilisation d'une œuvre préexistante pour l'incorporer à la sienne nécessite l'obtention de l'autorisation du premier auteur. Les dispositions du CPI sont claires. Néanmoins, le courant appropriationniste se passe de cette étape, et omet de demander l'autorisation à l'auteur de l'œuvre première. Il est intéressant de se pencher sur les cas célèbres de photographes ayant fixés l'image d'œuvres d'art antérieures sans autorisation, nous envisagerons aussi bien des affaires françaises qu'américaines.

Dans l'affaire *Paradis*, il s'agissait d'une photographe Bettina Rheims qui avait incorporée dans un triptyque l'œuvre de Jakob Gautel. Après un long combat judiciaire, la Cour suprême⁴⁷⁴ claque le laps de fin en décidant que l'œuvre de Jakob Gautel implique des choix esthétiques traduisant sa personnalité et qu'elle bénéficie par conséquent de la protection par le droit d'auteur.

On peut aussi mentionner l'affaire relative à *Richard Prince*⁴⁷⁵, artiste appropriationniste, avec le photographe français Patrick Cariou. En l'occurrence, le photographe français se plaint de la réutilisation d'une quarantaine de ses photographies dans le cadre d'une série de peintures et de collages, vendue 10 millions de dollars sans qu'aucun droits ne lui soient reversés, son autorisation n'avait jamais été sollicitée. L'artiste américain et sa galerie ont été condamnés en première instance pour violation du droit d'auteur. Toutefois, en appel⁴⁷⁶, ce jugement a été infirmé et la théorie du *fair use* consacrée en matière d'œuvre transformative.

⁴⁷³ CA Paris, 4e ch., 13 janvier 1993, *JurisData* n° 1993-020603.

⁴⁷⁴ Civ. 1ère, 13 nov. 2008, n° 06-19.021, *D.* 2009. 263, obs. J. DALEAU, note B. EDELMAN ; *ibid.* 266, note E. TREPPOZ ; *RTD com.* 2009. 121, obs. F. POLLAUD-DULIAN

⁴⁷⁵ 1, 784 F. Supp. 2d 337, 349 (S.D.N.Y. 2011) : le juge avait retenu un critère, selon lequel, pour jouir du *fair use*, l'œuvre de Prince doit « *comment on Cariou, on Cariou's Photos, or on aspects of popular culture closely associated with Cariou or the Photos.* »

⁴⁷⁶ United States Court of Appeal, 25 avr. 2013, 1, n° 11-1197.

Ces affaires illustrent les différences qui caractérisent les régimes américain de *Copyright* et français de droit d'auteur. La jurisprudence américaine considère que « la reproduction d'œuvres existantes afin de les incorporer dans une œuvre seconde échappe au monopole du premier auteur sans même avoir besoin de mentionner le patronyme de la victime... »⁴⁷⁷. Conception inconcevable en France, où les exceptions sont d'interprétation stricte et où le droit moral existe, ainsi comme le souligne Emmanuel Pierrat et Clémence Lemarchand « la transformation d'une œuvre sans l'accord de son auteur est en effet considérée comme constitutive d'une grave atteinte au droit moral de l'auteur et en particulier à son droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et, le cas échéant, à son droit à la paternité »⁴⁷⁸.

De même, il convient aussi de souligner que la nature contrefaisante de la reprise est indifférente à l'originalité de la reprise. Cependant, toute reprise n'est pas forcément une contrefaçon, et cela dans trois cas. D'abord, l'œuvre appropriée peut ne plus être protégée par le droit d'auteur, ainsi seul le droit moral peut permettre de contester une telle appropriation⁴⁷⁹. Ensuite, la reprise d'une œuvre protégée peut ne pas porter sur des éléments originaux de cette dernière. Enfin, exceptionnellement, le droit d'auteur peut autoriser des reproductions non autorisées par l'auteur. Nous nous intéresserons aux deux derniers cas de figure. La difficulté porte sur la frontière entre la contrefaçon punissable et le plagiat autorisé. Selon A.-C. Renouard⁴⁸⁰, « il est impossible de fixer une limite précise à laquelle s'arrête la contrefaçon punissable, à laquelle commence le plagiat toléré ». La difficulté émane du fait que la frontière doit prendre en compte deux objectifs antagonistes que sont la protection de la création et la liberté de la création. La jurisprudence semble dire que la reprise ne serait contrefaisante que si elle porte sur des éléments originaux de l'œuvre.

La présence de l'originalité au travers de l'appropriation. L'originalité de l'appropriation s'impose lorsque l'auteur se livre à une réinterprétation d'une œuvre célèbre. On pense au Déjeuner sur l'herbe de Picasso ou au Pape Innocent X de Bacon, dans ces œuvres « le peintre s'approprie la composition de l'œuvre initiale, mais lui substitue sa propre expression. Un peu comme un traducteur, Picasso décline le Déjeuner sur l'herbe dans une autre langue, celle du cubisme. Cette « traduction » satisfait alors à la condition d'originalité justifiant sa protection par le droit d'auteur »⁴⁸¹.

Désormais, la réinterprétation a laissé la place à des copies, nous pouvons mentionner les œuvres de Sherrie Levine qui re-photographie des reproductions de Walker Evans et Edward Weston. On constate que la jurisprudence se montre très accueillante pour les photographies

⁴⁷⁷ PIERRAT E. et LEMARCHAND C., « L'œuvre d'art, support de la création », *op. cit.*

⁴⁷⁸ PIERRAT E. et LEMARCHAND C., « L'œuvre d'art, support de la création », *op. cit.*

⁴⁷⁹ Paris, 4e, 31 mars 2004, î. 2004.2028.

⁴⁸⁰ RENOARD, A.-C., *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux arts*, Paris, 1839, T II ; Pour une même conclusion en copyright : voir *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d. 119 (2d Circ. 1930) : « *Nobody has never been able to fix that boundary and nobody ever can.* »

⁴⁸¹ TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *op. cit.*, p. 33

de tableaux⁴⁸². Dès lors, si des photographies documentaires de tableaux de Picasso sont des œuvres protégées par le droit d'auteur, il conviendrait de traiter de la même manière des photographies de reproductions, « surtout lorsque ces photographies s'inscrivent dans un travail critique sur la notion de rareté »⁴⁸³. De ce fait, selon Edouard Treppoz, « seules ces dernières marquent véritablement la personnalité de l'auteur »⁴⁸⁴. La Cour de cassation en 1993⁴⁸⁵, a décidé que les reproductions mécaniques de Sherrie Levine étaient des œuvres protégées par le droit d'auteur malgré le caractère relatif de l'originalité. La dépersonnalisation est recherchée par certains, ainsi en est-il des « peintres de l'appropriation » quand Elaine Sturtevant reproduit un Warhol mais annonce que « ceci n'est pas un Warhol » ou que Richard Petitbone fait de même avec Roy Lichtenstein, qui déclarait déjà « Je veux que mon œuvre ait l'air programmée et impersonnelle »⁴⁸⁶. La logique serait que si l'originalité est entendue comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur, dans ces œuvres s'inscrivant dans une démarche de dépersonnalisation, la personnalité de l'auteur en serait alors absente. Néanmoins, pour protéger l'œuvre, on pourra dire qu'il est possible de relever que Lichtenstein se bornait à dire qu'il souhaitait que son œuvre ait l'air impersonnelle et que c'est cette volonté qui caractérisait l'originalité de l'œuvre et qui montrait la personnalité de l'artiste.

On peut aussi mentionner les affaires *Christo*, l'idée banale d'emballer des objets n'est pas protégée⁴⁸⁷, alors que l'idée originale d'emballer le Pont-Neuf peut l'être⁴⁸⁸. C'est la concrétisation de l'idée qui justifie la protection par le droit d'auteur. Ce refus de protéger des idées banales est la condition d'existence des créations futures. Il convient de rappeler qu'un surplus de protection se retournera contre les artistes en limitant leur activité créatrice. La délimitation des contours de la protection doit se faire avec prudence afin de satisfaire ces deux intérêts antagonistes.

Aux Etats-Unis, c'est l'affaire *Richard Prince*, qui a ouvert la voie au courant appropriationniste. En première instance⁴⁸⁹, le juge avait donné raison au photographe et

⁴⁸² CA Paris, 4e ch., 26 septembre 2001, *JCP*, E, 2002.329 note CARON et PI, 2002, n° 3, p. 46 obs. SIRINELLI.

⁴⁸³ TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *op. cit.*, p. 33

⁴⁸⁴ TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *op. cit.*, p. 33

⁴⁸⁵ Civ., 1ère, 9 nov. 1993, *D.*, 1993, SC, 91, obs. COLOMBET et Civ., 1ère, 5 mai 1998, *D. aff.*, 1998, p. 1007.

⁴⁸⁶ MILLET C., *L'art contemporain*, Flammarion, 1997, p. 26

⁴⁸⁷ TGI Paris, 26 mai 1987, *D.*, 1988, SC, p. 201, obs. C. COLOMBET.

⁴⁸⁸ CA de Paris, 13 mars 1986, *D.*, 1987, SC, p. 150, obs. C. COLOMBET.

⁴⁸⁹ *Cariou v. Prince*, 784 F. Supp. 2d 337, 349 (S.D.N.Y. 2011) : le juge avait retenu un critère, selon lequel, pour jouir du faire use, l'œuvre de Prince doit « comment on Cariou, on Cariou's Photos, or on aspects of popular culture closely associated with Cariou or the Photos. »

avait condamné l'artiste appropriationniste. Toutefois, la cour d'appel⁴⁹⁰ a considéré que la composition, la présentation, l'échelle, la palette de couleurs et le media utilisés par Richard Prince étaient fondamentalement différents et nouveaux de ceux des photographies d'origine. Pour les juges du Second Circuit, il suffisait que l'œuvre nouvelle puisse être raisonnablement perçue comme transformative. Selon ce critère, elle a retenu que la plupart des œuvres de Richard Prince avaient un caractère différent et employaient un nouvel esthétisme de ceux produits par l'œuvre d'origine. En revanche, pour cinq œuvres, elle a estimé que la modification avait été si minime qu'elles ne pouvaient pas être considérées comme relevant du *fair use*. La Cour a estimé qu'elle ne se préoccupait pas de savoir si « l'usage secondaire supprime ou même détruit le marché de l'œuvre originale ou des dérivées potentielles, mais si l'usage secondaire usurpe le marché de l'œuvre. Le marché pour les usages dérivatifs potentiels inclut seulement ceux que les créateurs de l'œuvre original pourraient en général développer par eux-mêmes ou par le truchement de licences »⁴⁹¹. Toutefois, la jurisprudence n'est pas encore bien établie puisque dans une décision rendue par le septième circuit dans une affaire *Kienitz v. Sconnie Nation* jugée le 15 septembre 2014, la Cour a contesté l'approche retenue dans l'affaire *Richard Prince* en ce que retenir la simple condition de caractère transformatif pour conclure à l'existence d'un *fair use* méconnaît la liste des quatre critères du paragraphe 107 et entre en conflit avec la protection des œuvres dérivées accordée par le paragraphe 106 de l'article 17 USC. La Cour considère qu'il est nécessaire de porter une attention particulière au quatrième critère de la substitution sur le marché.

De même, on peut mentionner la série *Naked* de Jeff Koon qui donne lieu à de nombreuses condamnations après l'affaire *Rogers vs Koons*⁴⁹² aux Etats-Unis, une de sculptures de la série donne lieu à un litige en France. En l'occurrence, dans cette affaire⁴⁹³ l'œuvre *naked*, sculpture en porcelaine de Jeff Koons datant de 1988, a été jugée comme étant une contrefaçon d'une photographie représentant deux enfants nus réalisée en 1970 par Jean-François Bauret. L'originalité de la photographie semble se concevoir davantage à partir de la démarche artistique de l'artiste et non des choix propres et particuliers nécessaires à la photographie. Le tribunal se fonde alors sur le célèbre arrêt *Painer* pour rechercher l'originalité de l'œuvre première, il a ainsi recherché si l'auteur avait bien effectué des choix libres et créatifs dans son œuvre pour exprimer sa personnalité. Néanmoins, il semble que

⁴⁹⁰ US. 2nd. Circ. 25 April 2013, *P. Cariou v. Richard Prince and Gagosian Gallery*.

⁴⁹¹ Blanch, 467 F.3d at 258 ; *NXIVM Corp. v. Ross Inst.*, 364 F.3d 471, 481-82 (2d Cir. 2004) ; . « The market for potential derivative uses includes only those that creators of original works would in general develop or license others to develop. » Campbell, 510 U.S. at 592.

⁴⁹² *Art Rogers vs Jeff Koons*, 960 F.2d 301, 2nd Circ., 1992

⁴⁹³ TGI Paris, 9 mars 2017, no 15/01086 : *D.* 2017, p. 759, obs. LAFFAILLE F. ; *D.* IP/IT 2017, p. 277, note MOURON Ph. ; *D.* act., 28 mars 2017, obs. DALEAU J. ; *RTD com.* 2017, p. 353, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; *Juris art etc.*, no 46/2017, p. 3, obs. TREPPOZ É. ; *Juris art etc.*, no 46/2017, p. 13, obs. PASTOR J.-M. ; *JCP E.* 2018, 1031, obs. ZOLLINGER A. ; *LEPI*, juin 2017, p. 3, obs. LUCAS A.

les juges aient négligé la distinction entre le fond et la forme. En effet, l'auteur de l'œuvre première justifie l'originalité de son œuvre par les caractéristique émanant de son style et non de son œuvre. Philippe Mouron relève qu'« il ne s'agit que d'éléments contextuels, d'idées et de thèmes qui sont de libre parcours, quand bien même ils seraient affectionnés par l'auteur »⁴⁹⁴. Toutefois, il convient de relever que le tribunal appréciera les qualités propres de l'œuvre, en soulignant les choix artistiques réalisés par l'artiste, le choix d'un « environnement neutre et dépouillé », et l'utilisation d'un « fond noir gris avec un élément de relief ». Edouard Treppoz, n'est pas satisfait de cette approche selon lui « il aurait fallu justifier en quoi la posture des enfants, seul élément commun des deux œuvres, résultait des choix créatifs du photographe »⁴⁹⁵.

De ce fait, on constate, que les juges ne s'intéressent pas à l'originalité de l'appropriation, ils se contentent de dégager l'originalité de l'œuvre copiée, on en déduit que c'est dans le message émanant de l'appropriation, se voulant différent de celui de l'œuvre première que l'originalité se trouve. En l'occurrence, Jeff Koons dans sa sculpture reprend de façon quasi-identique les éléments de la photographie. Néanmoins, selon lui il a créé une œuvre totalement nouvelle, notamment en raison de la portée du message associé à sa création, « La statue « en porcelaine kitch » figurerait la découverte du désir et de la sexualité par de jeunes enfants, loin de la pureté et l'innocence de l'œuvre antérieure. »⁴⁹⁶, c'est en ça qu'il n'y aurait aucun risque de confusion entre les deux œuvres. On rappelle l'importance pour l'artiste contemporain de diffuser un message au travers de son œuvre.

Un peu plus d'un an plus tard l'artiste est de nouveau condamné, dans l'affaire *Fait d'hiver*⁴⁹⁷, en l'occurrence Jeff Koons avait exposé une sculpture en porcelaine intitulée *Fait d'hiver* mettant en scène une jeune femme allongée dans la neige et, penchés au-dessus d'elle, un pingouin et un cochon avec un tonneau de chien Saint-Bernard autour du cou. Cette sculpture contrefaisait le visuel publicitaire conçu pour la marque de vêtements « Naf Naf » en 1985 et lui-même intitulé *Fait d'hiver*, réalisé par Franck Davidovici. Le TGI de Paris a fait droit à sa demande et condamne encore une fois Jeff Koons pour contrefaçon. Dans cet affaire il convient de dire que l'originalité de l'œuvre appropriée était discutable. Selon l'auteur de l'œuvre première, celle-ci était originale en raison d'une « confrontation totalement inhabituelle » car les « cochons ne sont pas connus pour se porter au secours des victimes d'avalanches », d'autant que « le titre "Fait d'hiver" est constitué d'un jeu de mots faisant tout à la fois référence à l'accident dont a apparemment été victime la jeune femme d'une part, et à la collection dont la campagne en cause fait la promotion, d'autre part ». Pour les juges, « l'ensemble témoigne d'une certaine créativité de la part de son auteur donnant à la mise en scène l'empreinte de sa personnalité, et confère à la photographie "Fait d'hiver"

⁴⁹⁴ MOURON Ph., « La contrefaçon d'une photographie par une sculpture « transformative » », *Dalloz IP/IT* 2017 p.277

⁴⁹⁵ TREPPOZ E., « Retour sur la liberté de création : à propos de l'affaire *Koons* », *Juris art etc.* 2017, n°46, p.3

⁴⁹⁶ MOURON Ph., « La contrefaçon d'une photographie par une sculpture « transformative » », *op. cit.*

⁴⁹⁷ TGI Paris, 3e ch., 4e sect. 8 nov. 2018, no 15/02536

un caractère original, lui ouvrant droit à la protection au titre du droit d'auteur ». Le tribunal, adopte une conception subjective et personnaliste de la notion d'originalité. Toutefois, il convient de s'interroger sur l'originalité certaine de l'œuvre. Selon Pierre Noual « la composition avancée par le demandeur ne relèverait-elle pas davantage de l'idée ? Il semblerait que les arguments soulevés ne soient en rien caractéristiques de l'originalité du droit d'auteur. Tout au plus des éléments contextuels, des thèmes et des idées de libres parcours »⁴⁹⁸. Encore une fois, le tribunal ne s'intéresse pas à l'originalité de l'appropriation. C'est en ce sens que V.-L. Benabou, relève que ce qui importe c'est « la part irréductible de singularité de l'objet créé, au-delà même du champ artistique, demeure la caractéristique de la création », et pour caractériser cela il convient d'étudier l'originalité de l'œuvre seconde.

B. Vers une acceptation de la création contemporaine au delà de l'instabilité de son originalité

Comme nous l'avons vu, l'appropriation est exclue du champ de l'œuvre composite, dans la mesure où aucune autorisation n'a été demandée au titulaire des droits de l'œuvre première. Le droit d'auteur a vocation à protéger ce qui est original, la conséquence logique est que toute reprise d'éléments originaux de l'œuvre d'autrui constitue une contrefaçon. Toutefois, face à ce vent de liberté réclamé par les artistes contemporains, une voie principale s'offre à eux pour contourner le droit d'auteur. Cette voie passerait par les droits de l'homme et plus particulièrement la liberté de création, l'auteur accusé de contrefaçon pourrait se prévaloir d'une exception en se fondant sur sa liberté de création (1). Cependant, comme le souligne Edouard Treppoz, « la difficulté porte sur la conciliation de cet apparent antagonisme entre la protection de la création et l'encouragement à la création. D'un côté, les auteurs veulent légitimement obtenir une protection de leur création. De l'autre, ils veulent pouvoir librement créer en s'appropriant les créations du passé »⁴⁹⁹. De même, si l'exception de parodie était jusqu'à présent mise de côté par les juges, une affaire va venir redistribuer les cartes, il se pourrait que cette exception soit une porte ouverte pour le courant appropriationniste (2). Ainsi, dans un premier temps si le droit français refuse de reconnaître la création appropriationniste sans l'autorisation de l'œuvre première, on constate aujourd'hui un assouplissement progressif de ce refus.

1. La mise en balance du droit d'auteur et de la liberté de création, une possible solution pour la création contemporaine

La liberté de création découlant de la liberté d'expression, liberté fondamentale a permis à la Cour de cassation dans l'affaire *Klasen c/ Malka* d'ouvrir une brèche pour une

⁴⁹⁸ NOUAL P., « De l'art ou du cochon ? Irrésistible bis repetita sur le rejet de la liberté d'expression », *op. cit.*

⁴⁹⁹ TREPPOZ E., « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *op. cit.*

potentielle protection des appropriations. En effet, ces dernières années, les prétoires sont agités par certains artistes appropriationnistes dont les pratiques peuvent provoquer un conflit de valeur entre liberté d'expression et droit d'auteur. On peut ainsi rappeler les dires de J.-J Aillagon, ancien ministre de la culture « il n'y a pas de création sans liberté [et] cette liberté, l'artiste en est à la fois le bénéficiaire et le juge ». On constatera que cette mise en balance des droits a été impulsée par le *copyright*. Néanmoins, il convient d'être conscient qu'elle n'est pas sans incidence, et qu'elle est vectrice d'une certaine insécurité juridique.

La liberté de création comme liberté fondamentale vecteur de limite du droit d'auteur. En droit national, c'est l'article 1er de la loi du 7 juillet 2016 qui proclame la liberté de création, l'article 2, paragraphe 1er ajoute que « la diffusion de la création artistique est libre. Elle s'exerce dans le respect des principes encadrant la liberté d'expression et conformément à la première partie du code de la propriété intellectuelle ». Selon Pollaud-Dulian⁵⁰⁰, « la restriction finale vaut pour les deux libertés par identité de raisons », il poursuit, en soulignant que la loi semble contredire « l'idée que le conflit éventuel entre ces libertés et les droits d'auteur doive se résoudre par la recherche d'un équilibre entre « deux droits d'égale valeur normative » [...] plutôt que par l'application des principes et exceptions posés par le code de la propriété intellectuelle... »

En droit européen, le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme admet que la liberté d'expression peut subir des restrictions, des exceptions nécessaires, dans une société démocratique. De ce fait, la Cour européenne admet des restrictions à la liberté d'expression et à la liberté de création pour préserver des droits individuels, sous trois conditions. D'abord, la restriction doit être prévue par la loi. Ensuite, elle doit poursuivre un but légitime et nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire que l'ingérence réponde à un « besoin social impérieux » et soit proportionnée au but légitime poursuivi⁵⁰¹. Elle considère que, s'agissant des conflits entre la liberté d'expression et le droit d'auteur, qui découle de la protection de la propriété par l'article 1er du 1er Protocole, il convient de mettre en balance les différents droits et intérêts en jeu, la nécessité et la proportionnalité de l'ingérence. Conformément aux textes européens tels que l'article 19 du PIDCP, ou l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour a intégré la liberté de création dans la liberté d'expression dans le célèbre arrêt *Müller c/ Suisse*⁵⁰². Par conséquent, la liberté de création trouve une limite dans la protection de la

⁵⁰⁰ POLLAUD-DULIAN F., « Mise en scène. Droit au respect de l'œuvre. Liberté de création », *RTD Com.* 2017, p.891

⁵⁰¹ CEDH 17 juill. 2001, n° 39288/98, *Ekin c/ France*, *AJDA* 2002. 52, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *D.* 2002. 2770, obs. T. MASSIS ; CEDH 18 mai 2004, n° 58148/00, *Éditions Plon c/ France*, *D.* 2004. 1838, note A. GUEDJ ; *RTD civ.* 2004. 483, obs. J. HAUSER ; CEDH 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c/ France*, *AJDA* 2013. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.* 2013. 172, obs. C. MANARA ; *RTD com.* 2013. 274, nos obs. ; CEDH 4 mai 2017, n° 44081/13, *Traustrason c/ Islande*.

⁵⁰² CEDH 24 mai 1988, n°10737/84, *Müller et autres c/ Suisse*. « sans doute l'article 10 ne précise-t-il pas que la liberté d'expression artistique [...] entre dans son champ d'application ; il ne distingue pas pour autant les

propriété intellectuelle, « lorsqu'une personne prétend employer l'œuvre d'autrui pour en créer une autre »⁵⁰³.

L'article 10 de la Convention EDH peut s'appliquer concernant les œuvres d'art, toutefois, pour que le droit d'auteur constitue une restriction à cette liberté encore faut-il que celle-ci soit justifiée et proportionnée. Il s'agit alors d'apprécier *in concreto*, si la restriction apportée à la liberté d'expression est proportionnée au but légitime poursuivi, c'est-à-dire nécessaire dans une société démocratique⁵⁰⁴. Ainsi, en matière d'œuvres transformatives ou appropriationnistes, la base légale correspond aux dispositions pertinentes du CPI et le but légitime à la protection des droits d'auteur du créateur de l'œuvre première, ces éléments sont incontestables. Il reste la troisième condition, consistant à savoir si l'ingérence est nécessaire dans une société démocratique. En d'autres termes, pour que la liberté d'expression conduise à restreindre le droit d'auteur, encore faut-il démontrer la poursuite d'un intérêt légitime et proportionné au but poursuivi. Il faut signaler que, jusqu'à présent, la Cour européenne n'a jamais mis en balance le droit d'auteur avec la liberté de création, mais uniquement avec la liberté d'expression et qu'elle a fait prévaloir le droit d'auteur.

Ainsi, comme le relève Frédéric Pollaud-Dulian « La protection du droit d'auteur et, par-là, l'encouragement à la création constituent certainement un « besoin social impérieux » »⁵⁰⁵. La Cour européenne l'a d'ailleurs admis dans l'affaire *The Pirate Bay*⁵⁰⁶, « les autorités suédoises étant tenues de protéger le droit de propriété des parties civiles conformément à la

diverses formes d'expression. [...] il englobe la liberté d'expression artistique - notamment dans la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées - qui permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte. [...] De son côté, l'article 19, § 2 du PIDCP, qui désigne explicitement comme un élément de la liberté d'expression les informations et idées revêtant "une forme [...] artistique", montre que la notion de liberté d'expression est assez large pour inclure l'expression artistique [...] Ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression »

⁵⁰³ POLLAUD-DULIAN F., « Adaptation non autorisée. Photographie. Oeuvre transformative. Liberté de création. Parodie. Droit moral », *RTD Com.* 2017, p.353, note sous TGI Paris, 3e ch.,4e sect., 9 mars 2017, n° 15/01086, *Mmes Bauret, Klein-Bauret et M. Bauret c/ Jeffrey Koons, Sté Jeff Koons et Centre national d'Art et de Culture Georges Pompidou*, inédit, *D.* 2017. 759, obs. F. LAFFAILLE ; *Dalloz IP/IT* 2017. 277, obs. P. MOURON

⁵⁰⁴ CEDH, 10 janv. 2013, no 36769/08, *Ashby Donald* : *D.* 2013, p. 172, obs. MANARA C., *D.* 2013, p. 2487, obs. LARRIEU J., LE STANC C., et TREFIGNY P., *D.* 2013, p. 2014. 2078, obs. SIRINELLI P., *RTD com.* 2013, p. 274, obs. POLLAUD-DULIAN F., *AJDA* 2013, p. 1794, obs. BURGORGUE-LARSEN L., *Propriété intell.*, avr. 2013. 216, obs. BRUGUIERE J.-M.

⁵⁰⁵ POLLAUD-DULIAN F., « Adaptation non autorisée. Photographie. Oeuvre transformative. Liberté de création. Parodie. Droit moral », *op. cit.*

⁵⁰⁶ CEDH, 29 janvier 2008, n°19247/03, *Balan c. Moldavie* ; CEDH 19 févr. 2013, n° 40397/12, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c/ Suède [The Pirate Bay]*, *RTD com.* 2013. 274, nos obs

loi sur le droit d'auteur et à la Convention, la Cour considère que l'ingérence dans la liberté d'expression des requérants était justifiée par des motifs impérieux ». Nous pouvons mentionner, l'arrêt de CEDH *Ashby Donald et autres c. France*⁵⁰⁷, qui est une décision protectrice du droit d'auteur, ou une mise en balance du droit d'auteur et de la liberté d'expression a été effectuée. En l'espèce, la Cour fait prévaloir le droit d'auteur car « *la démarche des requérants est avant tout commerciale* ». De ce fait, la solution est transposable à la contrefaçon par adaptation non autorisée.

Le contrôle de proportionnalité consiste à mettre en balance deux droits de même valeur afin de déterminer dans quelles mesures l'un prime sur l'autre. Sa principale caractéristique est d'être « hypercontextualisée »⁵⁰⁸, c'est-à-dire que la mise en balance doit s'effectuer *in concreto*. Ainsi, comme le souligne Arnaud Latil « le contrôle de proportionnalité conduit justement à remettre en cause ces équilibres législatifs au profit d'équilibres fondés sur les droits fondamentaux »⁵⁰⁹. C'est pour cette raison que la CEDH a souligné que les États bénéficiaient d'une importante marge d'appréciation en matière de conflits entre droit d'auteur et liberté d'expression.

Cette mise en balance n'est pas seulement envisagée par la CEDH, la Cour de justice avait déjà évoqué la balance des intérêts à propos du droit de propriété qu'elle vise comme tel et seulement accessoirement à propos des droits de propriété intellectuelle : « *La protection du droit fondamental de propriété, dont font partie les droits liés à la propriété intellectuelle, doit être mise en balance avec celle d'autres droits fondamentaux* »⁵¹⁰. De la même façon, la Cour constitutionnelle allemande, assez proche de la présente espèce, puisqu'était directement en cause la liberté de création artistique⁵¹¹. Il s'agissait d'un dramaturge qui avait inséré dans l'une de ses pièces deux extraits de pièces de Brecht dans l'idée, disait-il, de conduire les spectateurs à procéder à une appréciation critique des thèses de celui-ci. La Cour devait juger si la liberté de création devait l'emporter : « Lorsque – *comme c'est le cas en l'espèce* – une violation des droits de l'auteur de faible ampleur, n'entraînant qu'une perte financière minimale pour les ayants droit, s'oppose à la liberté de création, l'intérêt de l'artiste à la libre utilisation de l'œuvre dans le cadre d'une confrontation sur le terrain artistique doit

⁵⁰⁷ CEDH, *Ashby Donald et autres c. France*, 10 janvier 2013, n°36769/08

⁵⁰⁸ VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 300.

⁵⁰⁹ LATIL A., « Contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », *Juris art etc.* 2016, n°39, p.18

⁵¹⁰ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ Sté belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SCRL)* : *Juris-Data* n° 2011-032131 ; *JCP G* 2012, 978, n° 11, obs. Ch. CARON ; *Propr. intell.* 2012, n° 45, p. 436, note V.-L. BENABOU. – CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *SABAM c/ Netlog* : *JCP G* 2012, 978, n° 11, obs. Ch. CARON ; *Propr. intell.* 2012, n° 45, p. 436, note V.-L. BENABOU ; *RTD eur.* 2012, p. 957, note E. TRPPOZ. – CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien c/ Constantin Film Verleih GmbH* : *Comm. com. électr.* 2014, comm. 43, note Ch. CARON ; *Propr. intell.* 2014, n° 52, p. 288, note J.-M. BRUGUIÈRE ; *D.* 2014, p. 1246, note C. CASTETS-RENARD – CJUE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Promusicae c/ Telefonica de Espana SAU* : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 32, Ch. CARON

⁵¹¹ Cour constitutionnelle allemande, 20 juin 2000 : GRuR 2001, p. 149.

prévaloir sur les simples intérêts financiers des titulaires de droit ». Enfin, il convient aussi de citer le *Fair use* en *copyright* qui est une sorte de mise en balance.

En d'autres termes, la liberté d'expression peut être limitée par la protection des droits d'autrui. Et lorsque ce droit est également un droit fondamental ayant la même valeur juridique dans la hiérarchie des normes, il faut résoudre ce conflit cornélien en recherchant « un juste équilibre » entre ces deux droits d'égale valeur. En France, c'est l'affaire *Klasen c/ Malka* qui va venir consacrer le principe de juste équilibre des droits, la Cour de cassation invite désormais les juges du fond à concilier ces deux droits et libertés fondamentaux qui s'opposent en recherchant un juste équilibre. En d'autres termes, « le juge qui entend prononcer une condamnation pour contrefaçon est désormais invité à expliquer concrètement que cette dernière était commandée par un juste équilibre avec la liberté d'expression. Autrement dit, toute sanction de la contrefaçon doit être la conséquence d'un « juste équilibre » avec la liberté d'expression. »⁵¹². Selon Christophe Caron, « le « juste équilibre » de la Cour de cassation semble bien être la version française de la « balance » des droits fondamentaux de la Cour de justice de l'Union Européenne »⁵¹³. Michel Vivant relève qu'« il ne s'agit pas de sacrifier le droit d'auteur. Il s'agit de dire aux juges du fond d'appréhender toutes les facettes d'une situation et ce dans le concret, pour juger au mieux et au plus juste »⁵¹⁴.

La nécessaire recherche d'un juste équilibre des droits en présence d'appropriation. L'équilibre entre la liberté d'expression et le droit d'auteur est aujourd'hui sur le devant de la scène juridique. Mais il faut attendre l'arrêt *Klasen c/ Malka*, rendu par la première chambre civile le 15 mai 2015⁵¹⁵, pour que le contrôle de proportionnalité s'impose comme un instrument incontournable. En l'occurrence, l'affaire oppose l'artiste Peter Klasen au photographe Alix Malka, Peter Klasen s'était avisé d'utiliser, sans son autorisation, trois clichés de visages féminins qu'Alix Malka avait réalisé pour un magazine, afin de les incorporer dans ses propres tableaux. Ainsi, dans la toile, l'image du visage féminin repris de Malka a été recadrée, colorée en bleu, découpée et intégrée dans la composition. Pour consacrer la notion de juste équilibre, la Cour suprême va casser l'arrêt d'appel, sur le fondement que la cour d'appel n'a pas effectué un équilibre des droits « en se déterminant ainsi, sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ». La Cour de cassation vient

⁵¹² CARON C., « Droit d'auteur *versus* liberté d'expression : exigence d'un « juste équilibre » », *Com. com. electr.*, 2015, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, P. Klasen c/ A. Malka : *JurisData* n° 2015-011061

⁵¹³ CARON C., « Droit d'auteur *versus* liberté d'expression : exigence d'un « juste équilibre » », *op. cit.*

⁵¹⁴ VIVANT M., « La balance des intérêts... enfin », *op. cit.*

⁵¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, *D.* 2015, Act. 1094, obs. TRICOIRE ; *Propri. Intell.* 2015, n°56, p. 281, obs. LUCAS, et p. 285, obs. BRUGUIERE

poser le principe de mise en balance de deux droits afin de déterminer dans quelles mesures l'un prime sur l'autre, c'est-à-dire un contrôle de proportionnalité.

Depuis son arrêt *Klasen c/ Malka*, la Cour de cassation impose aux juges du fond de rechercher concrètement l'existence d'un juste équilibre entre le droit d'auteur et la liberté d'expression, lorsque l'article 10 de la Convention EDH est invoqué comme moyen de défense lors d'une action en contrefaçon. Aussi, l'arrêt de la cour d'appel de Versailles, désignée pour rejurer l'affaire, était vivement attendu. Ce dernier contribue à l'élaboration d'une grille de lecture pour apprécier la balance des intérêts en présence tout en questionnant les enjeux juridiques de l'appropriationnisme artistique.

Dans l'affaire du *Dialogue des Carmélites*⁵¹⁶, la Cour de cassation rappelle à la cour d'appel qu'elle aurait dû dire « en quoi la recherche d'un juste équilibre entre la liberté de création du metteur en scène et la protection du droit moral du compositeur et de l'auteur du livret, justifiait la mesure d'interdiction qu'elle ordonnait ». On retrouve ici la malencontreuse jurisprudence inaugurée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Klasen c/ Malka* du 15 mai 2015.

On peut évoquer une des affaires dans lesquelles Jeff Koons est impliquée, l'affaire *Naked*⁵¹⁷. La société Jeff Koons a cherché à bénéficier de la solution posée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Klasen c/ Malka*⁵¹⁸. La société a invoqué la nécessité d'établir un juste équilibre entre le droit d'auteur et la liberté d'expression. Le tribunal va effectuer un contrôle de proportionnalité, en regardant si l'atteinte portée à l'auteur de l'œuvre première était proportionnelle au but poursuivi par Koons. Pour cela, le tribunal va se fonder sur la notoriété de l'œuvre première pour juger de la validité de l'œuvre de Jeff Koons, comme le relève Philippe Mouron « selon les juges, la validité d'une pratique transformative repose sur le choix de l'œuvre préexistante, qui doit être une référence explicitement reconnaissable par le public »⁵¹⁹. Jeff Koons ne va pas parvenir à prouver pourquoi cette photographie était nécessaire pour exprimer son message à travers son œuvre. Le tribunal n'a pas été convaincu par cette argumentation, et il a estimé que les variations apportées par Jeff Koons « n'empêchent pas de reconnaître et d'identifier les modèles et la pose », qui sont « des

⁵¹⁶ Civ. 1ère 22 juin 2017, no 15-28.467 et 16-11.759, *Dialogue des Carmélites*, publié au Bulletin ; D. 2017. 1955, note P. MALAURIE ; *Daloz IP/IT* 2017. 536, obs. J. DALEAU ; *Propri. intell.* oct. 2017, p. 60, obs. A. LUCAS ; CCE 2017, n° 69, obs. C. CARON ; JCP 2017, p. 890, obs. X. DAVERAT

⁵¹⁷ TGI Paris, 3e ch., 4e section, 9 mars 2017, n° 15/01086

⁵¹⁸ Dont nous rappellerons l'attendu essentiel, « pour écarter le moyen tiré d'une atteinte à la liberté d'expression artistique de M. Klasen et le condamner à réparer le préjudice résultant d'atteintes portées aux droits patrimoniaux et moral de M. Malka, l'arrêt retient que les droits sur des œuvres arguées de contrefaçon ne sauraient, faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur ceux des œuvres dont celles-ci sont dérivées, sauf à méconnaître le droit à la protection des droits d'autrui en matière de création artistique ; en se déterminant ainsi, sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ».

⁵¹⁹ MOURON Ph., « La contrefaçon d'une photographie par une sculpture « transformative » », *op. cit.*

éléments essentiels protégés » du cliché de Jean-François Bauret. Le tribunal qualifie l'œuvre d'« adaptation personnelle de la photographie par l'artiste qui a délibérément incorporé dans son œuvre nouvelle les composantes de la photographie constituant ainsi une œuvre composite qui ne pouvait se faire qu'avec l'accord de l'auteur de l'œuvre préexistante ».

Sur la liberté d'expression artistique et l'argument du « *fair use* », le tribunal a jugé que la preuve de la poursuite d'un intérêt légitime et proportionné au but poursuivi n'était pas rapportée. La liberté de création / d'expression artistique aurait pu être invoquée de façon pertinente si la reprise de l'œuvre préexistante était « nécessaire à l'artiste pour véhiculer son discours ». Selon cette approche, la liberté de création primerait la logique du droit d'auteur, si l'œuvre empruntée possède une valeur iconique. Ainsi, comme le souligne Jean-Marc Pastor « cette affaire, qui devrait trouver un prolongement devant la cour d'appel de Paris, s'inscrit dans le fil de la jurisprudence *Peter Klasen* qui s'était prononcée sur la nécessité de trouver un juste équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression »⁵²⁰.

Dans une autre affaire, *Fait d'hivers*, impliquant encore une fois Jeff Koons, le tribunal affirme qu'« en reproduisant "substantiellement" ce visuel, par ailleurs inconnu du public, Jeff Koons ne peut prétendre avoir voulu susciter "un débat touchant à l'intérêt général", ou même un débat concernant l'art, qui justifierait l'appropriation qu'il a faite d'une œuvre protégée ». Les juges poursuivent et selon eux tout laisse à croire que « la reprise de la photographie repose sur des considérations personnelles et propres à Jeff Koons ». Pierre Noual soulève une déception quand à la solution rendue dans cette affaire : « en quoi la restriction de la liberté d'expression constituait-elle une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la protection du droit d'auteur ? [...] Malheureusement, les juges ont refusé d'effectuer ici cette pesée. Le droit d'auteur empêcherait-il alors tout regard critique en conférant un monopole d'exploitation et un pouvoir de contrôle sur l'interprétation des images, qui pourrait ainsi dénier la liberté d'expression de l'artiste ? D'aucun pourrait opposer à cette vision le fait que le juge ne doit pas introduire dans le droit pur des considérations artistiques ». Il est certain que le juge ne doit pas devenir un critique d'art, mais il « doit s'intéresser aux considérations intellectuelles de l'œuvre pour en comprendre sa portée ».

Une mise en balance des droits impulsée par le *fair use* du *copyright*. Suite à l'affaire *Klasen*, de nombreux auteurs ont considéré que la jurisprudence française avait laissé la porte ouverte à l'utilisation d'un *Fair use* à la française. Selon Christophe Caron, dans l'affaire *Klasen*, la Cour de cassation a « ouvert la boîte de Pandore des libertés fondamentales en droit d'auteur »⁵²¹ et partant avait introduit un *fair use* à la française. Selon lui l'auteur « bénéficie, en quelque sorte, d'un *fair use* à la française qui, en fonction des circonstances, pourra lui permettre d'utiliser licitement le bien d'autrui sans pour autant

⁵²⁰ PASTOR J.-M., « Droit d'auteur - Droit moral - Avec le droit d'auteur, *expression is naked* », *Juris art etc.* 2017, n°46, p.13

⁵²¹ CARON C., « Droit d'auteur *versus* liberté d'expression : exigence d'un « juste équilibre » », *op. cit.*

avoir requis une autorisation de son propriétaire, ni avoir versé une rémunération à ce dernier »⁵²².

Cependant, le mode de raisonnement de ce dernier est assez différent puisque le *fair use* est l'expression d'un ordre juridique interne alors que l'article 10 de la Convention EDH est l'expression d'une remise en cause de l'ordre juridique interne⁵²³. Or, dans le principe de *fair use* il incombe à chaque juge, en cas de procès pour infraction au droit d'auteur américain (*copyright*), de déterminer si l'usage qui a été fait de l'œuvre seconde est acceptable ou non au regard de quatre critères cumulatifs, l'objet et la nature de l'usage, la nature de l'œuvre protégée, la quantité et l'importance de la partie de l'œuvre qui est utilisée au regard de l'œuvre protégée, les conséquences de cet usage sur les revenus que l'œuvre protégée est susceptible de générer. Ces critères s'accompagnent d'une liste d'exemples d'usages, considérés comme acceptables, sans qu'elle soit exhaustive.

Si l'on sait que la reproduction d'une œuvre dans sa totalité a pu être considérée comme acceptable⁵²⁴, certains usages artistiques ont été accusés de réduire le marché potentiel de l'œuvre protégée. En effet, si la sculpture *String of Puppies* de Jeff Koons inspirée d'une photographie d'Art Rogers fut jugée non acceptable⁵²⁵, la reproduction d'une photographie d'Andrea Blanch par Jeff Koons dans *Niagara* fut elle autorisée par la suite⁵²⁶. Dans une autre affaire, Richard Prince fut condamné pour avoir repris des photographies de Patrick Cariou car cette reproduction n'était ni un commentaire de l'œuvre de l'artiste, ni liée à son contexte historique, ni une critique à celle-ci⁵²⁷. Toutefois, la cour d'appel new-yorkaise avait infirmé cette décision au motif que les œuvres nouvelles avaient une esthétique différente⁵²⁸. Dès lors, il semblerait qu'à New York, le juge soit favorable à l'appropriation, dès lors qu'elle ne cause aucun dommage réel à l'exploitation normale de l'œuvre copiée et qu'elle ne se substitue pas à elle dans son propre marché.

Ce dernier point soulève aujourd'hui des interrogations dans le cadre du contentieux intenté par le photographe Daniel Graham à l'encontre de Prince, à propos de l'appropriation de ses œuvres postées sur le réseau social Instagram. Le juge a donné raison au photographe car aucune transformation de l'image n'avait eu lieu⁵²⁹.

⁵²² CARON C., « Droit d'auteur *versus* liberté d'expression : exigence d'un « juste équilibre » », *op. cit.*

⁵²³ Cass. civ. I, 15 mai 2015, n°13-27.391, *Klasen*, *Comm. com. électr.* 2017, étude 7, obs. ZOLLINGER A.

⁵²⁴ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F. 3d 1146 (9th Circ., 2007).

⁵²⁵ *Rogers v. Koons*, 960 F. 2d 301 (2nd Circ., 1992).

⁵²⁶ *Blanch v. Koons*, 467 F. 3d 244 (2nd Circ., 2006), *Comm. com. électr.* 2007, alerte 39, obs. Kamina P.

⁵²⁷ *Cariou v. Prince*, Southern District of New York, 18 mars 2011.

⁵²⁸ *Cariou v. Prince*, 714 F. 3d 694 (2nd Circ., 2013), JAC no 37/2016, p. 38, note BELOT D. Voir égal. TRICOIRE A., « Copier ou transformer... suite de la réflexion sur l'appropriationnisme », *Le Quotidien de l'Art*, 27 févr. 2015, no 781, p. 12. Confirmé par *Kienitz v. Sconnie Nation, LCC*, 766 F. 3d 756 (7th Circ., 2014).

⁵²⁹ *Graham v. Prince*, Southern District of New York, 19 juill. 2017.

Le *Fair use* offre donc une plus grande liberté comme le montre l'affaire *Blanch vs Koons*⁵³⁰. Cette liberté s'explique par une protection plus large offerte par un critère d'originalité moins exigeant. En somme, le *copyright* protège plus limitant d'autant la liberté de création, ce que le *Fair use* vient compenser en permettant certaines reprises. Dans le système français de droit d'auteur, la protection est moindre en raison d'un critère d'originalité plus exigeant, cela explique que les exceptions au monopole soient plus rares. Ainsi, selon Pierre Noual, « partant, on ne peut que constater un fossé en matière d'appropriation artistique suivant de quel côté de l'Atlantique on se trouve. »⁵³¹. De ce fait, à l'aune du droit américain, Klasen et Koons auraient certainement pu reprendre sans craintes les œuvres de Malka, de Bauret ou de Davidovici. Néanmoins, le juge français ne semble pas dupe du stratagème qui consisterait à protéger une œuvre au nom de la liberté d'expression, si tel était le cas, le droit d'auteur deviendrait une coquille vide. De ce fait, la liberté d'expression des artistes appropriationnistes apparaît aujourd'hui extrêmement fragile sur le plan national. Il est certain qu'une brèche a été ouverte selon Pierre Noual, « il faudrait peut-être abandonner l'idée d'un *fair use* français au profit d'une véritable définition des œuvres transformatives et d'un cadre légal plus sécurisant ». La logique française étant toute autre, les parties invoquant cette liberté ont l'obligation de développer un argumentaire permettant aux juges de « se prononcer de façon concrète sur la mise en balance des droits concurrents en présence »⁵³², cette charge est, comme l'évoque un auteur, une « *probatio diabolica* »⁵³³, alors qu'elle ne devrait pas l'être. Dans cette mesure il est possible de se demander dans quels cas le droit d'auteur se verrait réellement supplanter par la liberté d'expression ?

Les critères dégagés pour effectuer le contrôle de proportionnalité. L'arrêt de renvoi de l'arrêt *Klasen c/ Malka* du 15 mai 2015, était très attendu, notamment pour en savoir plus concernant le chemin que la jurisprudence prendrait pour effectuer le contrôle de proportionnalité. En effet, si la jurisprudence avait pu effectuer un équilibre des droits, antérieurement à l'arrêt de renvoi de l'affaire *Klasen c/ Malka*, mais postérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation de cette même affaire consacrant la mise en balance entre le droit d'auteur et la liberté d'expression.

Dans l'affaire *Naked*, le tribunal a développé la balance des intérêts en mentionnant le fait que « l'artiste a choisi de reprendre intégralement les enfants de la photographie sans référence explicite au portrait qui n'est pas familier du public » « sans expliquer pourquoi il n'a pas pu faire autrement ». De fait, ce choix lui avait permis de faire « l'économie d'un travail créatif ce qui ne pouvait se faire sans l'autorisation de l'auteur ». Ainsi, le tribunal dégage le *critère de nécessité*, en retenant qu'« à défaut de justifier de la nécessité de recourir à cette représentation d'un couple d'enfants pour son discours artistique sans autorisation de

⁵³⁰ *Blanch vs Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

⁵³¹ NOUAL (P.), « Le retour de l'affaire *Klasen* ou l'appropriationnisme artistique entre liberté d'expression et droit d'auteur », *RLDI*, n°147, 1er avril 2018

⁵³² CA Paris, 25 sept. 2015, no 14/01364 : *JCP E* 2016, 1481, obs. ZOLLINGER A.

⁵³³ CARON C., note sous CA Versailles, 16 mai 2018, no 15/06029, *Com. comm. électr.* 2018, comm. 32.

l'auteur, la mise en œuvre du droit d'auteur ne constitue pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression ».

De même, le tribunal avait estimé que l'artiste ne pouvait « expliquer pourquoi il n'[avait] pu faire autrement » que de reprendre l'œuvre première et en quoi elle était indispensable à sa liberté d'expression. On retrouve cette approche dans l'arrêt de renvoi dans l'affaire *Klasen*⁵³⁴, dans cette affaire la cour a parlé aussi de la notion de « notoriété » de l'œuvre première, les juges sous-entendent que la gloire est nécessaire pour effectuer une réelle critique d'ordre social.

Concernant l'arrêt de renvoi de l'affaire *Klasen c/ Malka*, la cour d'appel de Versailles⁵³⁵ visiblement embarrassée par ce cadeau empoisonné, semble d'abord refuser d'opérer cette « pesée » de deux droits en affirmant dans une formule choc « qu'il n'appartient pas au juge de s'ériger en arbitre d'un droit qui mériterait plus protection qu'un autre », avant de, pourtant, s'y prêter. Elle a estimé qu'il résultait des faits de l'espèce que la recherche d'un juste équilibre entre la liberté d'expression de l'artiste peintre, y compris dans sa dimension de réflexion d'ordre social et le droit d'auteur de l'artiste photographe justifiait qu'il soit condamné à lui payer des dommages et intérêts en réparation des contrefaçons commises. La solution était prévisible et confirme bien que « la Cour [de cassation] n'a pas voulu donner le pas à la liberté de création mais a jugé que devaient être mis en balance droit d'auteur et liberté de création »⁵³⁶.

En l'occurrence, la protection du droit d'auteur était prévue par la loi et c'était l'un des droits d'autrui dont la protection poursuit un but légitime au sens de la Convention EDH. Il s'agissait donc d'apprécier si la restriction apportée à la liberté d'expression était proportionnée au but légitime poursuivi, c'est-à-dire nécessaire dans une société démocratique. Toutefois, cette appréciation supposait une méthodologie pour laquelle la Cour de cassation n'avait donné aucune directive.

Suite à l'analyse de l'arrêt, la cour développe trois séries d'argument pour que *Klasen* puisse invoquer sa liberté d'expression. D'abord, *l'appartenance à un courant artistique ne peut justifier l'utilisation de l'œuvre initiale*, en ce sens l'artiste de l'œuvre seconde doit prouver que la reproduction de l'œuvre première était indispensable à sa liberté d'expression, « la revendication d'appartenance à un mouvement artistique ne suffit pas à justifier l'utilisation de l'œuvre initiale ».

Ensuite, *le critère de substituabilité des œuvres premières, en ce sens* si l'utilisation de l'œuvre première n'est pas nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression artistique, alors l'artiste aurait dû demander l'autorisation à l'auteur de l'œuvre première. La cour estime que

⁵³⁴ CA Versailles, 16 mai 2018, no 15/06029 : *Dalloz IP/IT* 2018, p. 300, note BENABOU V.-L., *RTD com.* 2018, p. 345, obs. POLLAUD-DULIAN F., *JCP G* 2018, 513, note BRUGUIÈRE J.-M., *Com. comm. électr.* 2018, comm. 32, note CARON C., *PROPR. INTELL.*, 2018, no 68, p. 66, obs. LUCAS A.

⁵³⁵ CA Versailles (1ère ch., 1ère sect.), 16 mars 2018, n° 15/06029

⁵³⁶ VIVANT L. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*

l'auteur de l'œuvre seconde aurait pu « tout aussi bien utiliser d'autres photographies publicitaires du même genre ». Ainsi, dès lors que l'utilisation de l'œuvre première n'était pas « nécessaire » à l'exercice de la liberté d'expression artistique, elle juge que l'exercice du droit d'auteur ne peut « constituer une atteinte à son droit de créer ». L'utilisation de l'œuvre première en plus d'être nécessaire pour diffuser le message de l'artiste doit contribuer à un débat d'intérêt général, « il est nécessaire de prouver que la reproduction de l'œuvre de M. Malka est indispensable à l'expression du message de M. Klasen, lequel doit être particulièrement important et contribuer à un débat d'intérêt général ».

Enfin, le *critère de la notoriété*, selon la cour il est légitime de reprendre sans autorisation une œuvre connue mais pas une œuvre qui l'est moins. La connaissance de l'œuvre première par le public est déterminante de l'effet produit sur les spectateurs et nécessaire à la perception du message de l'artiste pour provoquer la réflexion du spectateur, « la connaissance de l'œuvre appropriée doit être déterminante pour provoquer la réflexion du spectateur ».

Selon Pierre Noual, « en faisant une stricte application de la décision de cassation, la cour d'appel a bien procédé à un contrôle de l'appréciation *in concreto* de la balance des intérêts opérée par les premiers juges et, à ce titre, respecterait les exigences des Cours de Strasbourg et du Luxembourg »⁵³⁷. Cependant, cette motivation n'est pas parfaite, on relève l'absence de critères parfaitement identifiables. De ce fait, cette balance des intérêts laisse une liberté étendue au juge pour situer le curseur entre deux droits fondamentaux, « les juristes français formés au syllogisme judiciaire [gagneraient] à se familiariser avec la démarche (et les critères) de la CEDH, plus proche de celle des Cours suprêmes anglo-saxonnes »⁵³⁸.

Cette motivation est à mettre en parallèle avec l'affaire *Naked*, dans laquelle les juges plaçaient la question sur la *nécessité* de recourir à l'œuvre première, elle avait complété son approche avec la prise en compte de la *notoriété* de l'œuvre première, « preuve en est que la recherche d'équilibre entre le droit d'auteur et la liberté d'expression reste encore malaisée à l'égard des pratiques transformatives »⁵³⁹. Dans cette affaire, la Cour reprend partiellement la solution dégagée dans l'affaire *Naked*. On constate alors, une certaine stabilisation du critère de la *nécessité* de justifier l'emprunt réalisé dans la jurisprudence la plus récente, et du critère de *notoriété*, l'œuvre devant être notoire pour qu'elle soit indispensable à l'auteur de l'œuvre seconde.

V.-L. Benabou dans son rapport rendu au CSPLA sur les œuvres transformatives, émet des conclusions très prudentes. Selon elle, lors du contrôle de proportionnalité la cour doit se pencher sur la perceptibilité par le public de l'œuvre première, « en l'absence de détermination claire par le droit français de la notion d'adaptation, c'est à partir du critère de

⁵³⁷ NOUAL (P.), « Le retour de l'affaire Klasen ou l'appropriationnisme artistique entre liberté d'expression et droit d'auteur », *op. cit.*

⁵³⁸ VARET V., « Balance des intérêts entre droits fondamentaux : fragments pour un discours de la méthode », *D. IP/IT* 2016, 42.

⁵³⁹ TGI Paris, 9 mars 2017, no 15/01086, *D. IP/IT* 2017, 277, note MOURON Ph.,

la perceptibilité par le public de l'œuvre première dans l'œuvre seconde qu'on propose de situer le point de départ de l'exercice du droit exclusif des auteurs de l'œuvre première ; c'est en effet à raison de l'existence d'une communication au public de l'œuvre, laquelle a été perçue comme telle par le public, que devrait se déclencher le seuil d'application du droit exclusif. Ainsi, la transformation de l'œuvre première ne serait soumise à l'autorisation des auteurs des œuvres reprises que si elle fait l'objet d'une communication au public dans une forme qui permet son identification »⁵⁴⁰. Néanmoins, nous verrons que cette conception n'est pas exempte de toute critique.

Enfin, Comme le remarque M. Zollinger, deux questions devraient être étudiées lorsque le contrefacteur invoque l'article 10 de la Convention, « la reproduction ou représentation de l'œuvre protégée était-elle indispensable à l'expression du défendeur ? Et, dans l'affirmative, était-il, si ce n'est impossible, du moins excessivement difficile d'obtenir l'autorisation de l'ayant droit ? Une réponse négative à l'une au moins de ces deux questions (hypothèse la plus probable à notre sens, surtout lorsque le contrefacteur se contente de négliger l'existence même du droit d'auteur) pourra justifier que le moyen tiré de la liberté d'expression soit écarté »⁵⁴¹. Pierre Noual⁵⁴² reprend cette analyse en y ajoutant une question relative à la notoriété de l'œuvre première, « l'œuvre première est-elle explicitement reconnaissable par le public ? ». Mais ces solutions ne sont ni mécaniques ni intangibles, car le droit d'auteur est susceptible de l'emporter dans un cas et non dans l'autre suivant les faits. Pour comprendre ce nouvel arrêt et la question de la recherche d'un juste équilibre, il convient de se tourner vers la jurisprudence post-*Klasen*.

Une mise en balance source de difficultés, notamment avec l'incidence négative de la notoriété sur la protection. Cette mise en balance des droits, étant encore très récente suscite de nombreuses interrogations, et certaines limites voient le jour, telles que l'instabilité des critères dégagés, et l'absence d'unité jurisprudentielle. Mais la plus grande difficulté s'attache à la prise en compte de la notoriété de l'œuvre dans le contrôle de proportionnalité, qui implique par conséquent la prise en considération du mérite de l'œuvre, qui est un principe contraire au droit d'auteur.

La cour d'appel dans l'arrêt de renvoi de l'affaire *Klasen c/ Malka*, a dégagé le critère de la notoriété, en effet, selon elle la notoriété des photographies d'Alix Malka ne permettait pas de les identifier en tant que telles dans l'œuvre seconde Peter Klasen. Ainsi, selon Alexis Fournol, « une nouvelle fois, la jurisprudence semble [...] réserver le bénéfice de la liberté d'expression [...] aux artistes reprenant les œuvres de leurs prédécesseurs les plus illustres ou, à tout le moins, les plus connus ». Utiliser la notoriété comme critère de proportionnalité est vecteur d'insécurité juridique.

⁵⁴⁰ BENABOU V.-L., *Rapport sur les œuvres transformatives*, *op. cit.*, p. 36

⁵⁴¹ ZOLLINGER V. A., « Droit d'auteur et liberté d'expression. Comment procéder à la balance des intérêts *in concreto* ? », *CCE* 2017. Étude n° 7, pt 21.

⁵⁴² NOUAL (P.), « Le retour de l'affaire *Klasen* ou l'appropriationnisme artistique entre liberté d'expression et droit d'auteur », *op. cit.*

Ainsi, selon V.-L. Benabou, « à suivre la Cour, il serait légitime de reprendre sans autorisation une œuvre connue mais pas une œuvre qui l'est moins... L'auteur notoire devrait se satisfaire de voir son œuvre copiée, y compris à l'identique, comme le promet le courant appropriationniste, dès lors que le public serait à même de l'identifier au sein de la seconde expression. Il y aurait ici une sorte de connivence de référence entre l'auteur second et le public connaisseur qui justifierait que l'on escamote les droits de l'auteur premier. En revanche, faute d'être « notoire », l'auteur premier pourrait exiger qu'on lui demande son autorisation pour la reprise de son œuvre car il perdrait, sinon, une occasion opportune de se faire valoir. Il y aurait donc deux poids, deux mesures dans l'intensité de la protection de l'œuvre, liés à la notoriété de l'auteur »⁵⁴³.

Elle met alors en avant un problème considérable, il est fait interdiction aux juges de prendre en considération le mérite dans leur analyse⁵⁴⁴. Une telle conclusion porterait atteinte au principe d'indifférence de mérite des œuvres. Pour rappel, tous les auteurs ont droit à une protection mais la distinction opérée par la Cour selon la notoriété, qui laisse entendre qu'il y aurait des œuvres incontournables et d'autres qui ne le sont pas, des auteurs grands qui peuvent supporter d'être copiés et des petits qui méritent protection, est malheureuse. Suivre une telle analyse, en prenant en considération le mérite de l'œuvre aurait pour conséquence que l'excès de notoriété conduirait à un affaiblissement, voire à une déchéance de la protection, l'expression de Sarraute la « servitude de la gloire »⁵⁴⁵ prendrait alors tout son sens.

La prise en compte de la notoriété pourrait se montrer lourde de conséquences pour certains artistes, cela reviendrait à reconnaître une incidence négative de la notoriété sur la protection. Selon Edouard Treppoz⁵⁴⁶, « l'auteur de l'œuvre jugée excessivement notoire ne pourrait plus s'opposer à l'utilisation de son œuvre, sauf à supposer une atteinte au droit moral. On le voit, si la prise en compte de la notoriété au stade du droit d'auteur est théoriquement envisageable, elle demeure très hypothétique laissant, en Droit français, le conflit entier entre liberté créatrice et droit d'auteur. ». En d'autres termes, « cela revient à dire que la liberté d'expression serait plus facilement acceptée en présence d'œuvres majeures mais déniée à des œuvres méconnues. Ce constat laisse perplexe puisque le juge ne ferait rien de moins qu'évoquer, là aussi, le mérite de l'œuvre contraire aux principes du droit d'auteur ».

La jurisprudence introduit une hiérarchisation malvenue de la protection des œuvres selon que le public est initié et semble ici traiter l'œuvre de l'esprit comme une marque, mais de

⁵⁴³ BENABOU V.-L., « *Klasen* : quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres », *Dalloz IP/IT* 2018 p.300, obs. sous CA Versailles (1ère ch., 1ère sect.), 16 mars 2018, n° 15/06029.

⁵⁴⁴ Article L. 112-1 du CPI « 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 »

⁵⁴⁵ SARRAUTE R., « Le respect de la vie privée et les servitudes de la gloire », *Gaz. Pal.*, 1966, 1, doct. p. 12.

⁵⁴⁶ TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *op. cit.*, p. 37

manière paradoxale puisque la notoriété de la marque, loin de réduire sa protection, l'accroît. En outre, importer de tels critères de notoriété suppose de déterminer une méthode d'appréciation totalement étrangère au droit d'auteur et à rebours de son ADN, d'autant plus que le critère de la notoriété est évolutif et variable en fonction des catégories d'œuvres et des courants artistiques, c'est un critère incertain.

Ainsi, comme le relève justement Frédéric Pollaud-Dulian « il reste à se demander si la circonstance que l'œuvre pillée soit inconnue du grand public doit toujours revêtir une telle importance dans le raisonnement. Si tel était le cas, les œuvres protégées ayant une bonne notoriété seraient susceptibles d'adaptations contre la volonté de leurs auteurs ou ayants droits »⁵⁴⁷.

L'identification immédiate de l'appropriation réalisée semble donc constituer un des premiers critères pour que la liberté d'expression l'emporte sur le droit d'auteur. Comme l'a souligné Alexis Fournol, « ce faisant, une telle exception se rapproche ostensiblement de l'exception dite de parodie, impliquant notamment que l'œuvre nouvelle suscite une réminiscence dans l'esprit du public ».

Dans le même ordre d'idée, l'on peut mentionner la théorie de la *scène à faire* utilisée aux Etats-Unis, cette théorie conduit à octroyer des licences forcées lorsqu'un produit est jugé indispensable pour l'accès à un marché pertinent. C'est-à-dire, certains éléments d'une œuvre sont réputés ne pas être protégés du fait de leur importance dans le courant auquel ils appartiennent. Dans le domaine de l'art, cela s'apparenterait au fait que certaines images particulièrement célèbres seraient devenues des matériaux nécessaires à la création, on peut citer l'exemple de la Joconde, Marcel Duchamp l'avait reproduit et l'avait doté d'une moustache et d'un bouc, dont le titre donné était L.H.O.O.Q. qui lorsqu'il est prononcé à haute voix présentait une connotation sexuelle pour le public francophone. L'utilisation de la Joconde par Duchamp était nécessaire, en effet, un visage féminin inconnu que l'on aurait doté d'une moustache n'aurait pas eu le même effet.

On retrouve cette théorie en droit de la concurrence avec la théorie des facilités essentielles, qui a été appliquée, par la Cour de cassation⁵⁴⁸ et par la CJCE⁵⁴⁹, à des œuvres protégées par le droit d'auteur. Il s'agit, dès lors, de remettre en cause l'exclusivité du droit d'auteur en raison du succès rencontré par l'œuvre. Selon Edouard Treppoz, « C'est l'excès de succès qui rend l'œuvre indispensable, justifiant le jeu de la théorie des facilités essentielles »⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ POLLAUD-DULIAN F., « Adaptation non autorisée. Photographie. Oeuvre transformative. Liberté de création. Parodie. Droit moral », *op. cit.*

⁵⁴⁸ Cass. Com., 12 juillet 2005, *CCE*, 2005, comm. 149 obs. CARON et comm. 160 note DECOCQ ; *JCP*, 2005.II.10121, note POUMAREDE et *PI*, 2005, n° 17, p. 481, obs. LEMARCHAND.

⁵⁴⁹ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Helath*, *CCE*, 2004, comm., n° 69 ; *D.* 2004, 2366, note SARDAIN ; *Legipresse*, 2005, n° 220, III, 57, note BERGÉ ; *Prop. Ind.*, 2004, com. 56, note KAMINA et *PI*, 2004, n° 12, p. 821 note BENABOU.

⁵⁵⁰ TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *op. cit.*, p. 36

Néanmoins, une limite apparaît, en effet dans le monde artistique, aucune œuvre d'art n'est indispensable pour accéder à un marché.

La mise en balance des droits entraîne un autre problème, relatif à la déchéance des droits. La Cour européenne, sur le fondement de l'article 10 statue essentiellement sur des cas où la liberté d'expression se heurte à des règles relatives à la diffamation ou l'injure, la protection de la vie privée, l'ordre public ou les bonnes mœurs. Comme le relève Frédéric Pollaud-Dulian « La liberté d'expression garantit la propagation des idées et des informations mais justifie-t-elle la contrefaçon des formes protégées⁵⁵¹ ? On peut en douter ». Selon lui, la Cour de cassation n'aurait peut-être pas du s'engager dans cette voie. Dans l'arrêt *The Pirate Bay*⁵⁵², la CEDH admettait que l'ingérence poursuivait un but légitime, lorsqu'elle tendait « à la protection des titulaires de droits d'auteur sur les œuvres, que des tiers prétendent diffuser librement sur Internet au nom de la liberté d'expression »⁵⁵³. Ainsi, la mise en balance ne devrait s'effectuer que pour garantir la protection des droits d'auteur.

En effet, systématiser le recours à l'équilibre des droits provoquerait une forte instabilité du droit, selon Ch. Caron « le droit d'auteur s'imprègne, certes, d'une grande souplesse, mais qui risque bien d'être au service d'une importante imprévisibilité et, partant, d'une insécurité juridique En effet, il sera bien difficile de prévoir à l'avance si un « juste équilibre » entre le droit d'auteur et la liberté d'expression « commande » ou non une condamnation pour contrefaçon »⁵⁵⁴.

De même, « La liberté de créer n'est pas la liberté d'usurper ou d'annexer la création d'autrui et encore moins de la dénaturer »⁵⁵⁵, selon Christophe Caron⁵⁵⁶, le contrefacteur ne peut pas bénéficier de la liberté d'expression suivant l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* »⁵⁵⁷. En d'autres termes, la turpitude du contrefacteur paralyse sa liberté d'expression. La mise en balance des droits risquerait d'ouvrir la porte à des contrefacteurs, qui justifieraient leurs œuvres par la liberté de création. De ce fait, désormais, l'application des prérogatives et des exceptions légales du droit d'auteur est susceptible d'être écartée chaque fois que le contrefacteur prétendra au bénéfice de la liberté de création ou

⁵⁵¹ CEDH 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c/ France*, AJDA 2013. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; D. 2013. 172, obs. C. MANARA.

⁵⁵² CEDH 19 févr. 2013, n° 40397/12, *F. Neij et P. Sunde Kolmisoppi c/ Suède (The Pirate Bay)*, D. 2013. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TREFIGNY

⁵⁵³ POLLAUD-DULIAN F., « Adaptation non autorisée. Photographie. Oeuvre transformative. Liberté de création. Parodie. Droit moral », *op. cit.*

⁵⁵⁴ CARON C., « Droit d'auteur *versus* liberté d'expression : exigence d'un « juste équilibre » », *op. cit.*

⁵⁵⁵ POLLAUD-DULIAN F., « Adaptation non autorisée. Photographie. Oeuvre transformative. Liberté de création. Parodie. Droit moral », *op. cit.*

⁵⁵⁶ CARON C., « Droit d'auteur - Contrefaire, c'est s'exprimer illicitement », *Com. com. electr.*, n° 6, Juin 2013, comm. 63

⁵⁵⁷ « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude »

d'expression. Selon Pollaud-Dulian « il n'y a plus aucune sécurité juridique pour l'auteur quant à ses droits [...] Le juge peut la manipuler à sa guise s'il prend soin d'invoquer le principe de proportionnalité et la Cour de cassation pourra contrôler l'appréciation de la proportionnalité, ce qui accroîtra encore l'insécurité en l'amenant à juger des faits »⁵⁵⁸.

De même, il rappelle que dans les trois arrêts (La suite des Misérables ; Malka c/ Klasen et Tcherniakov), « il est frappant de voir que c'est le droit moral, la prérogative la plus essentielle du droit d'auteur, qui est remis en cause ». Dans l'affaire *Malka c/ Klasen*, la cour parle de « juste équilibre », en ce sens, il est intéressant d'attendre qu'une juridiction se penche sur cette notion. Ch. Caron⁵⁵⁹ met en exergue, la thèse selon laquelle, l'interprétation qui sera donnée risquerait de prendre les traits d'une équité⁵⁶⁰ qui, sous l'ancien régime, avait forgé le célèbre adage « Dieu nous garde de l'équité des parlements ». Ainsi, « en fonction de la réponse apportée, certains utilisateurs de l'œuvre d'autrui s'exprimeront, selon les cas et les « justes équilibres », licitement ou illicitement... Nul doute que l'argument deviendra rapidement un moyen de défense fréquemment, voire systématiquement, opposé au titulaire du droit dans les actions en contrefaçon ! ».

Le professeur V.-L. Benabou a elle aussi émit des critiques sur l'arrêt *Klasen c/ Malka* en faisant valoir, non sans quelques raisons, que certains des critères utilisés par la cour d'appel sont discutables et que la méthode retenue laisse la porte ouverte à des solutions moins favorables aux auteurs des œuvres originales⁵⁶¹.

Toutefois, cette application aux œuvres contemporaine est « une fausse bonne nouvelle pour les artistes contemporains »⁵⁶². Ainsi selon Edouard Treppoz, « Protéger une œuvre par le droit d'auteur suppose en effet que cette œuvre ne puisse plus être librement utilisée par d'autres artistes. La protection par le droit d'auteur limite alors d'autant le domaine public et donc les sources d'inspiration et de création pour des artistes »⁵⁶³. Le droit d'auteur apparaîtrait comme une contrainte pour les artistes, comme une limite à leur création. Deux exemples judiciaires, en France, dans l'affaire *Paradis*, l'œuvre de Bettina Rheims avait été qualifiée de contrefaçon de l'œuvre de Jakob Gautel. Aux Etats-Unis, Jeff Koons a été jugé contrefacteur du photographe Rogers pour son œuvre *String Puppies*⁵⁶⁴. Ainsi, « La protection par le droit d'auteur possède son revers : elle limite à la création »⁵⁶⁵.

⁵⁵⁸ POLLAUD-DULIAN F., « Mise en scène. Droit au respect de l'œuvre. Liberté de création », *op.cit.*

⁵⁵⁹ CARON C., « Droit d'auteur *versus* liberté d'expression : exigence d'un « juste équilibre » », *op. cit.*

⁵⁶⁰ D'où le terme « juste »

⁵⁶¹ BENABOU V.-L., « *Klasen* : quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres », *op. cit.*

⁵⁶² TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *op. cit.*, p. 32.

⁵⁶³ TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *op. cit.*, p. 32

⁵⁶⁴ *Roger v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir.)

⁵⁶⁵ TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *op. cit.*, p. 32

2. L'exception de parodie, une porte de sortie pour le courant appropriationniste ?

La reprise d'un élément original n'est pas toujours contrefaisante, il peut être couvert par une exception du droit d'auteur. Si la Cour constitutionnelle allemande⁵⁶⁶ a reconnu que « l'intérêt de l'artiste à la libre utilisation doit prévaloir sur les simples intérêts financiers des titulaires de droits », faisant primer la liberté artistique sur le droit d'auteur. Le constat est nettement plus décevant en Droit français, trois exceptions sont alors envisageables. D'abord l'exception de courte citation, qui a peu d'intérêt à être appliquée en matière artistique, en raison de l'interprétation stricte reconnue par la Cour de cassation⁵⁶⁷. Ensuite, les reproductions à caractère accessoire, cette exception a pu être appliquée par la Cour suprême qui a considéré que « la représentation d'une œuvre se fondant dans l'ensemble architectural de la Place des Terreaux dont elle ne constituait qu'un élément »⁵⁶⁸ était licite, car accessoire. Néanmoins, une difficulté émane de l'application de cette exception dans le domaine de l'appropriation, ce critère étant imprécis du fait de son appréciation tantôt matérielle tantôt intellectuelle⁵⁶⁹. Edouard Treppoz relève que « l'appropriation est le plus souvent délibérée, excluant dès lors l'application d'une telle exception »⁵⁷⁰. Enfin, on peut s'intéresser à l'exception de parodie qui paraît être la plus pertinente pour le sujet.

L'exception de parodie. Le CPI l'a défini à l'article L. 122-5, 4e alinéa, selon l'article l'auteur ne peut interdire « la parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ». Cette exception permet d'émettre une critique sur une autre œuvre, le plus souvent en faisant rire. Trois conditions sont exigées, l'intention humoristique, l'absence de confusion et l'absence d'intention de nuire. On pense alors à La Joconde que Marcel Duchamp avait doté de la moustache de Dali. Mais aussi à l'appropriation d'images de la culture populaire par les artistes du Pop Art.

La CJUE considère que la notion de parodie est une notion autonome, la Cour a pu dire que la parodie « a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de

⁵⁶⁶ BverfG, 20 juin 2000, Germania 3, GRUR, 2001, p.149. Voir WERRA de J., « Liberté de l'art et droit d'auteur », *Medialex*, 2001, p. 147.

⁵⁶⁷ Ass. Plén., 5 nov. 1993, *JCP*, 1994.II.22201 FRANCON. On peut alors regretter que cette jurisprudence n'ait pas été combattue par le législateur à l'occasion de la transposition de la directive de 2001 ; comme l'y incitait les juridictions du fond (CA Paris, 2 février 2005, *CCE*, 2005, com, n° 79, « La reproduction intégrale d'une photographie en petit format peut être qualifiée de courte citation. »)

⁵⁶⁸ Cass. Civ, 1ère, 15 mars 2005, *RLDI*, 2005.134, GEIGER ; *D.*, 2005.J.1645, note Ph. ALLAEYS ; *JCP*, 2005.II.10072, note Th. LANCRENON et *CCE*, 2005, comm. 78, note C. CARON.

⁵⁶⁹ KOSTIC G., « La représentation de l'œuvre d'un tiers dans une publicité », *D.*, 1999.Ch.503, n° 12 et DALEAU J.) note sous Civ., 1ère, 12 juin 2001, *D.*, 2001.2517.

⁵⁷⁰ TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *op. cit.*, p. 35

constituer une manifestation d'humour ou une raillerie. La notion de parodie [...] n'est pas soumise à des conditions selon lesquelles la parodie devrait présenter un caractère original propre, autre que celui de présenter des différences perceptibles par rapport à l'œuvre originale parodiée, devrait pouvoir raisonnablement être attribuée à une personne autre que l'auteur de l'œuvre originale lui-même, devrait porter sur l'œuvre originale elle-même ou devrait mentionner la source de l'œuvre parodiée »⁵⁷¹. Ainsi, on retrouve dans l'exception de parodie, un élément matériel, à savoir une imitation volontairement grossie du style de l'auteur. Et un élément intentionnel, s'apparentant à la manifestation d'humour ou de raillerie de l'œuvre parodiée. Toutefois, ces éléments posent problème, tant au regard de l'insatisfaction de l'élément intentionnel, que de la prise en considération de la notoriété.

L'incompatibilité de l'appropriation et de l'exception de parodie a priori. Dans l'affaire *Klasen c/ Malka*, l'exception de parodie avait été invoquée devant la cour d'appel, un moyen du pourvoi développait une étrange conception de la parodie, libérée de l'humour : « la parodie n'implique pas exclusivement une intention humoristique mais peut également avoir pour objectif celui de choquer, désorienter le public ou encore susciter une réflexion ; en l'espèce, la cour d'appel a relevé que la reprise des clichés litigieux par Monsieur Klasen avait été associée à d'autres représentations "décalées", généralement des objets industriels, "permettant de s'interroger sur la pertinence de l'attraction induite par l'œuvre première" et "incitant à la réflexion" ; il résultait ainsi de ces constatations que la démarche artistique suivie par l'exposant s'inscrivait dans une perspective parodique ».

Néanmoins, la cour d'appel de renvoi ne suit pas la même théorie, en effet, pour Peter Klasen, sa démarche artistique visait à dénoncer les excès de la société de consommation et de la « sous-culture publicitaire » au travers de l'image de la femme dans les médias. L'exception de parodie nécessite un élément matériel (imitation volontairement grossie du style d'un auteur) et un élément moral (volonté de faire rire). Or, pour les magistrats versaillais, force est de constater qu'en elles-mêmes, les photographies de Malka ne sont pas parodiées. En effet « les seuls ajouts qui y sont portés ne privent pas de leur impact attirant voulu par leur auteur les photographies revendiquées qui sont simplement confrontées à d'autres représentations décalées permettant de s'interroger sur la pertinence de l'attraction induite par l'œuvre première ».

La cour complète son approche en précisant que « l'exception de parodie concerne l'œuvre en elle-même ; elle ne saurait être caractérisée par la seule reprise de celle-ci dans une œuvre même à visée de critique sociale ; si tel est le message de l'œuvre de P. Klasen, force est de constater qu'en elle-même, les photographies de A. Malka ne sont pas parodiées ; en effet, les seuls ajouts qui y sont apportés ne privent pas de leur impact attirant, voulu par leur auteur, les photographies revendiquées qui sont simplement confrontées à d'autres représentations décalées permettant de s'interroger sur la pertinence de l'attraction induite

⁵⁷¹ CJUE 3 sept. 2014, aff. C-201/13, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ H. Vandersteen et alii*, consid. 25, D. 2014. 2097, note B. GALOPIN ; *RTD com.* 2014. 815, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *RTD eur.* 2016. 358, obs. F. BENOÎT-ROHMER . Comp., aux USA : Cour suprême, 7 mars 1994, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U. S. 569.

par l'œuvre première ; ainsi les œuvres de P. Klasen, quand bien même elles s'inscrivent dans une démarche d'appropriation de l'œuvre d'autrui, ne permettent pas d'identifier une parodie ou une dérision des œuvres premières au sens de l'article L. 122-5, 4° du code de la propriété intellectuelle ». Comme le remarque la cour d'appel, la critique sociale développée par le courant appropriationniste ne suffit pas à caractériser la parodie ou, même la dérision exigée pour la mise en œuvre de l'exception.

Selon Pierre Noual, « cette position est discutable dans la mesure où l'on peut se demander s'il est nécessaire de transformer l'emprunt réalisé : le simple travestissement ne pourrait-il résulter de la distanciation et de la critique opérée par l'artiste ? Face à la large interprétation du juge européen en la matière⁵⁷², le juge français devrait, ou aurait dû, nuancer davantage son analyse ».

S'agissant de l'affaire *Naked*, le tribunal relève l'absence d'intention humoristique de l'œuvre, ajoutant que le public n'aurait pu effectuer le rapprochement avec l'œuvre première qui est quasiment inconnue. De ce fait, la sculpture, ne parodie pas la photographie et n'a aucun effet humoristique, qui plus est elle ne remplit pas les conditions dégagées par la Cour de justice, comme le souligne Pollaud-Dulian : « ni évocation perceptible de la photographie ni manifestation d'humour mais expression d'un discours esthétique et sexuel dans lequel la création du photographe, utilisée comme un matériau de départ, est parasitée par le plasticien »⁵⁷³.

De surcroît, les juges du fond mettent en avant le fait que la sculpture *Naked* n'évoque pas l'œuvre préexistante, parce que la photo de J.-F. Bauret « étant pratiquement inconnue du grand public, la sculpture *Naked* n'a pu susciter aucune réminiscence dans l'esprit des spectateurs pour créer un effet comique ou même critique entre les deux œuvres dont aucun rapprochement n'a été fait en 25 ans à l'exception d'un blogueur en 2013 ». Le tribunal fait une fois de plus référence à la notoriété de l'œuvre, alors que cela n'était pas nécessaire, en effet comme le soutient justement Philippe Mouron, « l'absence d'effet comique, associée au risque de confusion déjà établi auparavant, était suffisante pour exclure le bénéfice de cette exception »⁵⁷⁴. Cette interprétation systématique liée à la notoriété de l'œuvre a une conséquence, que relève Frederic Pollaud-Dulian « les œuvres méconnues du grand public ne pourraient être utilisées à des fins de parodie, alors même que la moquerie ou l'effet humoristique dont elles seraient le véhicule serait tourné vers autre chose qu'elles »⁵⁷⁵. De même que le renvoi à la notoriété de l'œuvre contredit encore une fois le principe d'interdiction de la prise en compte du mérite de l'œuvre par le juge.

⁵⁷² CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, *Johan Deckmyn*, D. 10 sept. 2014, actu., note DALEAU J.

⁵⁷³ POLLAUD-DULIAN F., « Adaptation non autorisée. Photographie. Oeuvre transformative. Liberté de création. Parodie. Droit moral », *op. cit.*

⁵⁷⁴ MOURON Ph., « La contrefaçon d'une photographie par une sculpture « transformative » », *op. cit.*

⁵⁷⁵ POLLAUD-DULIAN F., « Adaptation non autorisée. Photographie. Oeuvre transformative. Liberté de création. Parodie. Droit moral », *op. cit.*

Dans l'affaire *Faits d'hiver*, Jeff Koons a invoqué l'exception de parodie. Pour les juges à supposer que la sculpture puisse être regardée comme une manifestation parodique « force est de constater que l'absence de notoriété de la photographie prétendument parodiée ne permet pas raisonnablement au public de distinguer l'œuvre parodiée de la parodie ». De ce fait, les juges ont rejeté l'exception de parodie au motif que l'artiste n'évoquait pas une « œuvre existante ». Selon la conception retenue par le tribunal l'absence de notoriété de l'œuvre première suffisait à entraîner une confusion. Cela soulève un constat ambigu, selon lequel les œuvres des artistes « célèbres » pourraient être parodiées mais pas celles des « petits » artistes parce qu'inconnus du public. Toutefois, intégrer ce critère serait source d'insécurité juridique, en effet, la notoriété est un critère extrêmement subjectif.

Selon Pierre Noual « la conception des juges selon laquelle la sculpture aurait dû susciter une « réminiscence » dans l'esprit du public pour éviter toute confusion est contestable : la photographie conservait tout son attrait en raison d'un changement des formes »⁵⁷⁶. Nous constatons encore une fois le même phénomène, plutôt que de se contenter d'exclure l'exception de parodie pour défaut de l'élément intentionnel, les juges persistent à rappeler l'absence de notoriété de l'œuvre première.

Ainsi, la jurisprudence semble constante sur le fait que la notoriété de l'œuvre première doit être prise en compte pour juger de l'application de l'exception de parodie. Tout comme, nous pouvons mentionner que dans les trois affaires citées, *Klasen c/ Malka*, *Naked* et *Faits d'hivers*, les juges ont décidé que la critique sociale ne suffisait pas à caractériser la parodie. Cette exception semble par conséquent limitée, du fait du grand nombre d'appropriations par les artistes contemporains ne relevant pas du genre parodique.

L'ouverture de la porte de l'exception de parodie à la création contemporaine.

Malgré un refus presque systématique de la jurisprudence de consacrer l'exception de parodie pour une appropriation, le rapport du CSPLA rédigé par V.-L. Benabou relatif aux « œuvres transformatives », accueillait pleinement l'exception pour ce type d'œuvre. Ainsi, selon V.-L. Benabou, « l'exception de parodie, telle qu'elle existe en droit français et qu'elle est susceptible d'être interprétée par le droit de l'Union, constitue un terrain de faveur pour la création transformatrice, de par son ancrage fort dans le principe de la liberté d'expression. Les auteurs de ces créations sont assurés par la loi de pouvoir réaliser des transformations librement dès lors qu'ils demeurent dans une perspective humoristique ou critique »⁵⁷⁷.

Selon elle, il faut entendre l'exception de parodie dans une interprétation large, elle rappelle les conditions nécessaires pour appliquer l'exception de parodie à l'œuvre. « La toute récente définition européenne de la parodie autorise donc une large réception de l'exception pour liciter des créations transformatrices dès lors qu'elles ont un propos humoristique ou de critique acerbe (raillerie), sans nécessité de respecter un ratio quantitatif d'emprunt de l'œuvre originale, ni même sans avoir besoin de citer la source. Ces conditions, comme celle d'absence de concurrence de la parodie avec l'œuvre parodiée, qui ne figuraient pas

⁵⁷⁶ NOUAL P., « De l'art ou du cochon ? Irrésistible bis repetita sur le rejet de la liberté d'expression », *op. cit.*

⁵⁷⁷ BENABOU V.-L., *Rapport sur les œuvres transformatrices*, *op. cit.*, p. 54

non plus dans la loi française avaient pu être parfois retenue dans la jurisprudence française qui devra désormais clairement les écarter systématiquement »⁵⁷⁸. On constate malgré tout que la jurisprudence ne suit pas les préconisations, en effet les magistrats refusent de caractériser l'élément intentionnel de l'appropriation, selon elle, la critique sociale étant le discours de l'œuvre, cela ne peut s'apparenter à une manifestation d'humour. Cependant, une décision récente semble remettre en cause cette conception.

On peut mentionner l'affaire impliquant le buste de Marianne, la Cour d'appel de Paris⁵⁷⁹ a rendu une décision le 22 décembre 2017, qui ne semble de prime abord pas être en lien avec le sujet, cependant, il convient d'analyser l'affaire. En l'occurrence, l'ayant-droit du sculpteur ayant réalisé en 1968 le buste de Marianne, avait assigné en contrefaçon la société éditrice du Point qui l'avait reproduit dans un photomontage de couverture, en illustration d'un article intitulé « Les naufrageurs - La France coule ». Ainsi, la reproduction du buste de Marianne dans la une du Point peut s'apparenter à une œuvre telle que celle découlant du mouvement appropriationniste.

Le TGI de Paris l'a débouté, laquelle a fait appel. La cour n'est pas plus sensible à ses arguments. Les magistrats relève que « la Marianne en question est l'une des plus connues par le public et constitue une représentation de la République française ayant vocation à représenter la France que les ayant droits du sculpteur ne sauraient s'approprier ». Ils précisent que « l'œuvre a été utilisée sous forme d'un photomontage donc d'une œuvre dérivée, destinée à illustrer des propos journalistique ». Il ne peut donc « être reproché à la société éditrice d'avoir utilisé un symbole à savoir une Marianne pour illustrer sous forme d'une métaphore son propos ». Ensuite, la cour rappelle les termes de l'article L. 122-5 du CPI qui définit l'exception de parodie, de pastiche et de caricature⁵⁸⁰. La parodie doit être exempte de toute intention de nuire, cela est difficile à juger en l'espèce puisque l'humour duquel ressort le jeu de mot repose sur un certain degré de méchanceté. De surcroît, le lecteur doit pouvoir distinguer instantanément l'œuvre première, il ne doit y avoir aucun risque de confusion entre les deux œuvres. En l'occurrence, la Cour observe que « le photomontage incriminé a adjoint des éléments propres (un fond bleu, une immersion) et n'a reproduit que partiellement l'œuvre puisque seule la tête est reproduite de sorte qu'il ne s'ensuit aucune confusion avec l'œuvre de l'artiste ».

De plus, « le photomontage constitue par ailleurs une œuvre dérivée, utilisée pour illustrer des propos journalistiques ; si ceux-ci comme le journal en cause ne peuvent être qualifiés de satiriques, il n'empêche que le recours à l'humour et à la parodie leur est permis. Or, la présentation d'un emblème de la République française, immergé tel un naufragé, constitue une illustration humoristique, indépendamment des propos eux-mêmes et de leur sérieux ». Les juges observent enfin que la reproduction litigieuse a été « ponctuelle, limitée à un seul

⁵⁷⁸ BENABOU V.-L., *Rapport sur les œuvres transformatives*, op. cit., pp. 55-56

⁵⁷⁹ CA Paris, Pôle 5, Chambre 2, 22 décembre 2017, n°16/20387

⁵⁸⁰ Article L. 122-5, « lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : (...) la parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre »

numéro magazine, aujourd'hui écoulé de sorte qu'il ne saurait être argué d'une exploitation contraire à un usage normal de l'œuvre, ni aux intérêts légitimes de son auteur et de son ayant droit ».

L'affaire va faire l'objet d'un pourvoi en cassation, dans cet arrêt⁵⁸¹ la Cour de cassation va préciser le contenu des « lois du genre » de la parodie. Pour ce faire elle va rappeler au regard de la jurisprudence de la CJUE les critères de l'exception de parodie. La parodie doit évoquer une œuvre préexistante, présenter des différences perceptibles par rapport à l'œuvre parodiée et revêtir un caractère humoristique. Toutefois, il n'est pas nécessaire que la parodie mentionne la source de l'œuvre ou ne porte seulement sur l'œuvre originale elle-même. Selon la Cour de cassation, « le photomontage qui reproduit partiellement l'œuvre en y adjoignant des éléments originaux, ne gênera aucune confusion avec l'œuvre de l'artiste »⁵⁸². Ainsi, les juges ont estimé que la reproduction partielle du buste de Marianne constituait une métaphore humoristique du naufrage prétendu de la République.

⁵⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2019, n°18-12.718

⁵⁸² TRICOIRE A., « La Cour de cassation précise le contenu des « lois du genre » de la parodie », *JCI. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1210, 4 juin 2019

Conclusion partie 2

L'originalité est le seul moyen pour une œuvre « d'accéder au royaume du droit d'auteur »⁵⁸³. Pour autant, comme le souligne le professeur Benabou « l'originalité se dérobe aussi vite qu'elle se révèle »⁵⁸⁴. La notion paraît insaisissable tant il semble difficile d'en tracer les contours. Pierre-Yves Gautier la qualifie de « vide fondamental » du droit d'auteur⁵⁸⁵. La notion d'originalité est déjà une notion instable, de fait, il est compliqué pour l'œuvre contemporaine de s'en accommoder. D'autant plus, qu'aucune définition précise et constante n'est pour le moment dégagée, malgré la jurisprudence dégagée par la Cour de justice. Pour être originale l'œuvre doit refléter la personnalité de son auteur, toutefois une approche plus objective se dessine avec la conception européenne. Ainsi, la notion d'originalité doit sa consécration à la jurisprudence du fait de son absence de la directive « société de l'information ».

La difficulté liée à l'absence de définition précise se fait ressentir lorsqu'il s'agit d'œuvres contemporaines, les conceptions actuelles de l'originalité étant trop superficielles, la jurisprudence ne faisant pas l'effort d'affiner la définition de l'originalité pour y inclure l'œuvre contemporaine. En ce sens, comme relevé par Emmanuel Pierrat et Clémence Lemarchand « Le système juridique en place ne permet donc pas, ou difficilement, d'appréhender la réalité conceptuelle de l'art contemporain »⁵⁸⁶.

De même, d'autres auteurs tel que Nadia Walravens constate une inadaptation du droit d'auteur à la création contemporaine, « si l'on tient compte des pratiques artistiques contemporaines on relève un décalage entre le droit et l'art »⁵⁸⁷. Elle considère qu'il faudrait étendre le critère de l'originalité pour permettre la protection des réalisations d'art contemporain en prenant en compte des éléments tels que « le choix créatif, l'aléatoire contrôlé, l'intentionnalité de l'artiste et le contexte d'exposition »⁵⁸⁸. Pour elle, l'élargissement du concept d'originalité permettrait à nombre d'œuvres d'art d'accéder à la protection du droit d'auteur. Et c'est ce que la jurisprudence tend à faire de façon timide, notamment sous l'impulsion de la jurisprudence communautaire.

Effectivement, les définitions retenues concernant la notion d'originalité sont adaptées à la création contemporaine dans la mesure où l'on en a une conception plus souple et plus globale. Ainsi comme le relève J.-M. Bruguière et M. Vivant « S'il est vrai que les mots sont l'outil premier du juriste et qu'un changement de vocabulaire ne peut être sans effet, la

⁵⁸³ CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 77

⁵⁸⁴ BENABOU V.-L., revue, LEGICOM, 2014/2, p. 5 et suiv.

⁵⁸⁵ GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°34 et s.

⁵⁸⁶ PIERRAT E. et LEMARCHAND C., « L'œuvre d'art, support de la création », *op. cit.*

⁵⁸⁷ WALRAVENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporain », *op. cit.*, p. 103

⁵⁸⁸ WALRAVENS N., *op. cit.*, n°436

plasticité des mots est telle qu'il est toujours possible de les investir d'un sens inattendu »⁵⁸⁹. De ce fait, que la jurisprudence considère l'originalité comme l'empreinte de la personnalité de l'artiste ou ses choix, la création contemporaine rentre dans la définition dans un grand nombre de cas. Cela nous permet de relever que malgré la tentative de la Cour de justice d'harmoniser la notion d'originalité cela est un échec en France, puisque les juges la qualifient parfois découlant de l'empreinte de la personnalité de l'artiste comme dans l'affaire *Fait d'hivers*, tantôt comme les choix de l'artiste, comme dans l'affaire *Naked*.

C'est pour cette raison que le CSPLA a formulé treize préconisations dans le domaine des œuvres transformatives, comprenant notamment la reconnaissance des droits des auteurs des œuvres transformatives par la clarification du régime des œuvres composites⁵⁹⁰. De plus, le CSPLA a rédigé une lettre de mission à l'intention de Maître J.-A. Bénazeraf et V. Bathez, sur la question de la preuve d'originalité pour tenter de remédier à l'insécurité juridique causée par la notion d'originalité.

Dans la même optique, selon V.-L. Benabou une harmonisation européenne favoriserait l'émergence d'une culture européenne, puisque selon elle la protection des auteurs à une dimension culturelle, selon elle « le fondement philosophique du droit d'auteur qui repose sur l'idée de récompense de l'originalité dans la création stimule l'essor des arts dans les divers Etats membres »⁵⁹¹.

Ensuite, s'agissant de l'émergence de nouveaux courants se confrontant au droit d'auteur; concernant les transformations destructives, il y a là une difficulté majeure, en effet, il serait difficile de les approuver. En effet, les droits moraux de l'auteur de l'œuvre détruite seraient bafoués, la seule solution pour leur acceptation est l'acceptation de leur destruction par leur auteur.

Concernant les appropriations, Edouard Treppoz souligne que l'on peut « affirmer que l'appropriation, à partir du moment où elle porte sur des éléments originaux, reste, par principe, en Droit français, contrefaisante »⁵⁹². Néanmoins, comme nous l'avons vu une mise en balance avec la liberté d'expression est envisageable. Cette mise en balance des droits génère de nombreuses critiques, que ce soit concernant l'invocation de la liberté d'expression artistique face au droit d'auteur, que contenant la manière dont cela a été fait.

Face à un appropriationnisme artistique de plus en plus fort, véritable « incarnation "culturelle" du mercantilisme carnassier [qui se révèle être] l'éloge et la justification de la prédation comme comportement existentiel »⁵⁹³, l'avenir du droit d'auteur est celui d'un droit de l'économie artistique qui ne peut se passer de la recherche d'un juste équilibre entre droits fondamentaux. Dans ce sens, selon Edouard Treppoz « une telle invocation de la

⁵⁸⁹ VIVANT L. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit. p. 314

⁵⁹⁰ BENABOU V.-L., *Rapport sur les œuvres transformatives*, op. cit., p. 9

⁵⁹¹ BENABOU V.-L., op. cit., 5

⁵⁹² TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », op. cit., p. 35

⁵⁹³ SOURGINS C., « L'appropriationnisme : création ou prédation ? », *Artension*, mars 2016, (en ligne).

liberté de création serait excessive et à terme destructive de l'effet incitatif du droit d'auteur. Elle romprait l'équilibre entre protection et création, au détriment de la protection et à long terme de la création »⁵⁹⁴. Ainsi, autoriser par principe l'existence des œuvres transformationnistes ferait du droit d'auteur un simple droit à rémunération.

De même, le critère de notoriété par la jurisprudence fait tout autant débat. Edouard Treppoz relève qu'« indéniablement, le droit d'auteur s'affirme comme une limite à la création. Il faut alors dépasser ce constat et se demander avec un artiste si certaines images devenues des « icônes » ne devraient pas être libres de droit. La question conduit à s'interroger sur une possible incidence négative de la notoriété (succès) sur la protection »⁵⁹⁵. Il met en exergue la question soulevant le plus de problèmes, à savoir la notoriété de l'œuvre appropriée. En effet, comme le relève Philippe Mouron⁵⁹⁶, « le recours par les juges à un traitement différencié en fonction de la notoriété des œuvres est discutable. Certes, les plus notoires sont aussi les plus propices à la transformation, notamment par des procédés de communication numérique. Mais ce n'est là qu'une conséquence de leur succès, intervenant de surcroît dans un contexte bien différent de l'art contemporain ». Il poursuit en mettant en avant que « toutes les œuvres sont transformatives, et toutes se prêtent potentiellement à la transformation ».

De même, il est important de rappeler que le critère de la notoriété est instable, et varie d'une génération à l'autre, et d'un genre à l'autre. Ainsi toujours selon Philippe Mouron « le critère de la notoriété est de plus évolutif, et variable en fonction des catégories d'œuvres et des courants artistiques. Cette base est donc incertaine pour justifier de plus larges dérogations au droit d'auteur en faveur de la liberté d'expression, ou inversement. Preuve en est que la recherche d'équilibre entre le droit d'auteur et la liberté d'expression reste encore malaisée à l'égard des pratiques transformatives ».

Pierre Noual a parfaitement résumé la situation concernant l'utilisation de la notoriété « la liberté d'expression ne doit pas exclure les artistes antérieurs : tous les auteurs ont droit à une protection et les décisions en matière d'appropriationnisme n'apportent qu'une réponse abrupte à la re-création. Convier implicitement les artistes à n'utiliser que des œuvres tombées dans le domaine public du droit d'auteur n'est pas non plus convenable et reviendrait par extension à brimer leur liberté. Aussi, il est temps de sortir de la dialectique droit exclusif/exception. Or en introduisant les notions de « mérite » et de « notoriété », la jurisprudence ne fait que renforcer la protection de certains artistes au détriment d'autres »⁵⁹⁷.

Enfin, concernant l'exception de parodie, si elle était depuis de nombreuses années exclue la plupart du temps en matière d'art contemporain, une décision novatrice a vu le jour, permettant peut-être la validation des œuvres transformatives par les juges.

⁵⁹⁴ TREPPOZ E., « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *op. cit.*

⁵⁹⁵ TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *op. cit.*, p. 35

⁵⁹⁶ MOURON Ph., « La contrefaçon d'une photographie par une sculpture « transformative » », *op. cit.*

⁵⁹⁷ NOUAL P., « De l'art ou du cochon ? Irrésistible bis repetita sur le rejet de la liberté d'expression », *op. cit.*

Conclusion générale

Selon R. Moulin « l'art contemporain [...] a contesté la définition reçue de l'œuvre d'art au cours des deux dernières décennies [...] les artistes ont explicitement cherché à assassiner l'œuvre, au sens reçu du terme, pour mettre fin à son statut social élitaire et à son statut économique privilégié. Il leur a suffi de poursuivre l'entreprise d'autodestruction de l'art commencé dès le début du XXe siècle : rejet de la composante artisanale du métier d'artiste ; refus du signifié ; abandon de l'œuvre au hasard ; désignation de l'objet trouvé comme art ; substitution de l'artiste à l'œuvre »⁵⁹⁸. Selon lui, l'art contemporain a volontairement cherché à se détacher de la définition traditionnelle de l'œuvre d'art, s'inscrivant dans sa démarche.

En effet, comme Bernard Edelman l'a soulevé avec l'art contemporain « la « forme » de l'œuvre ne consiste plus en une fabrication d'objets mais dans leur reprise - collages, photomontages, *ready-made*, boîte de soupe - ; l'originalité ne consiste plus à être soi, mais à faire produire du sens à ce qui est déjà là ; et, puisque la société est auto-créatrice, il suffira de procéder par « choix » ou « désignation » pour démontrer sa personnalité »⁵⁹⁹. L'art contemporain remet en cause les canons traditionnels des Beaux-arts, prônant l'esthétique du beau, les théories de l'art et de l'esthétique, l'art contemporain lui préfère donner à voir. Ainsi, les deux concepts fondateurs du droit d'auteur - forme et originalité - se fondent dans la notion d'« idée originale » et, au fonds commun de la création et des connaissances humaines, se sont substitués des « choses », des produits industriels, des phénomènes naturels ; à telle enseigne qu'on a pu promouvoir l'anti-art. « L'anti-art est la vie, la nature, la réalité vraie - il est un et tout. La pluie qui tombe est anti-art, la rumeur de la foule est anti-art, un vol de papillon, les mouvements des microbes sont anti-art. Ces choses sont aussi belles et méritent autant de considération que l'art. Si l'homme pouvait, de la même façon qu'il ressent l'art, faire l'expérience du monde, du monde concret qui l'entoure (depuis les concepts mathématiques jusqu'à la matière physique), il n'y aurait nul besoin d'art, d'artistes et autres éléments «non productifs» »⁶⁰⁰.

L'art contemporain a donc remis en cause les conceptions de forme et d'originalité traditionnelle. Cependant, il convient de souligner tout de même, que « dans les mots » les définitions dégagées par la doctrine et la jurisprudence sont tout à fait adaptées à l'art contemporain. Il est néanmoins, nécessaire d'adapter l'application de ces définitions, en prenant en considération de nouveaux éléments. De ce fait, « lentement mais sûrement, les œuvres d'art contemporain accèdent à la protection du droit d'auteur »⁶⁰¹, les juges reconnaissent de plus en plus la protection d'œuvres contemporaines en ayant une approche

⁵⁹⁸ MOULIN R., « remarque sur la définition sociologique de l'œuvre d'art », *Le marché commun et le marché de l'art*, éd. La Documentation française, 1986, p. 32.

⁵⁹⁹ EDELMAN B., « Le « Paradis » de la Nouvelle Eve dans l'enfer du droit d'auteur », *op. cit.*

⁶⁰⁰ MACINNAS G. Macinnas, « Néo-Dada en musique, théâtre, poésie et beaux-arts (1962) », in *Catalogue de l'exposition « L'esprit Fluxus »*, Musée de Marseille, 1995, p. 157.

⁶⁰¹ VIVANT L. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.* p. 342

large des définitions traditionnelles. Et c'est dans l'affaire *Paradis* que la jurisprudence a réellement pris à bras-le-corps le problème de la protection des œuvres d'art contemporain. Ainsi, « le juge se devait jusqu'à ce jour d'affirmer une " empreinte de la personnalité ", même quand il s'agissait de poêle à frire [...] Il devra aujourd'hui se référer à la création intellectuelle de l'auteur, quitte à y ajouter un visa des choix faits (ce qui nous paraîtrait pertinent) et peut-être aussi de cette insaisissable " touche personnelle " »⁶⁰². Il ressort toutefois de l'analyse faite, qu'il ne faut pas trop « ouvrir » la notion d'œuvre de l'esprit au risque de protéger tout ce qui est lié à l'esprit et de s'appropriier toutes les choses intellectuelles, ainsi, cela pourrait entraîner une déchéance du droit d'auteur.

Nadia Walravens soutient la même approche, et considère que « ce ne sont pas les concepts du droit d'auteur qui sont à revoir, car une analyse approfondie des créations contemporaines démontre qu'une œuvre d'art résulte toujours de la liberté créatrice de l'artiste, de son individualité, de sa singularité. Il s'agit plutôt d'aborder l'œuvre d'art contemporaine de manière moins matérialiste en tenant compte des éléments intangibles, mais néanmoins perceptibles, qui la constituent.. »⁶⁰³.

Cependant, l'originalité de certaines de ces manifestations contemporaines de l'art reste discutée, la question soulevée par l'art contemporain est de savoir si il est créateur de véritables œuvres, et dans l'affirmative si la conception par le droit d'auteur de l'œuvre de l'esprit ne se trouve pas périmée (l'idée l'emportant sur la forme). Selon Nadia Walravens, « le juge devrait en conséquence déterminer l'originalité d'une œuvre d'art contemporaine, non pas seulement en fonction de ses propres critères fondés sur l'approche personnaliste du droit d'auteur, mais en recourant à l'expertise : la référence aux courants d'art contemporain permettrait ainsi une souplesse dans son appréciation »⁶⁰⁴, le recours à des experts du monde de l'art permettrait une appréciation plus fine et plus exacte.

Enfin, même s'il serait souhaitable pour plus de stabilité et de sécurité, d'avoir une solution de principe quant aux œuvres pouvant être protégées, Pierre Sirinelli relève qu'« il existe une trop grande diversité d'œuvres d'art contemporain pour que puisse être énoncée une solution de principe à propos de ces dernières »⁶⁰⁵.

En attendant, on constate un affaiblissement de la protection accordée par le droit d'auteur, de ce fait, les titulaires de droits privilégient d'autres actions comme l'action en concurrence déloyale ou parasitisme. Ce qui est regrettable, l'art étant le champ de protection naturel du droit d'auteur.

Michel Vivant soulève une autre problématique concernant l'art contemporain : « peut-on sérieusement prétendre continuer à raisonner en termes d'exceptionnalité quand l'œuvre

⁶⁰² VIVANT L. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*

⁶⁰³ WALRAVENS N., « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », *op. cit.*, p. 14

⁶⁰⁴ WALRAVENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporain », *op. cit.*, p. 147

⁶⁰⁵ SIRINELLI P., « Propriété littéraire et artistique », *op. cit.*

d'art est dite telle parce que son auteur l'a qualifiée ainsi (quand donc doit être reconnu auteur, c'est-à-dire selon le dogme reçu sujet à part, celui qui l'est pour avoir dit qu'il avait produit une œuvre) ? »⁶⁰⁶. Ainsi dans ce sens, Raymond Moulin disait qu'un marchand d'art ne « fabrique plus une valeur commerciale à partir d'un objet investi d'une valeur esthétique par la communauté » ; il « valorise économiquement une signature. A partir du moment où l'artiste s'est fait un nom, son comportement est à chaque instant et, quoi qu'il fasse, la définition même de ce qu'est un véritable artiste. Le fétichisme de l'auteur a pris le relais du fétichisme de l'œuvre : c'est la signature qui est devenue marchandise »⁶⁰⁷.

Une illustration est donnée par la revue *The Blind Man* qui a pris l'exemple d'un *Ready-Made* de Marcel Duchamp, l'urinoir signé par R. Mutt « Que M. Mutt ait ou non fait cette fontaine de ses propres mains est sans importance. Il l'a choisie. Il a pris un objet de la vie courante, l'a placé de telle manière que sa signification utilitaire disparaisse sous l'effet de son nouveau titre, de sa nouvelle présentation - créant une nouvelle signification pour cet objet »⁶⁰⁸. Ce qui compte de n'est pas la forme de l'œuvre, ce qui fait l'œuvre c'est la signature de son auteur, c'est elle qui détient la valeur de l'œuvre, et qui lui a donné tout son sens.

L'art contemporain est une esthétique de marché, l'œuvre est caractérisée par sa signature, elles n'impliquent pas forcément une modification de ce qui existe. L'œuvre d'art contemporain est la création sous laquelle des idées ou des concepts sont exprimés, elle n'est plus définie par des propriétés esthétiques. Selon Bernard Edelman, l'art contemporain « ne suppose plus la volonté de créer une œuvre mais, plutôt de donner à voir », et « il s'empare de la vie quotidienne et se contente de les mettre en scène »⁶⁰⁹. L'art contemporain peut être caractérisé par la mise en scène d'objet du quotidien, parfois même l'artiste ne le modifie pas et le décrète comme œuvre d'art. Ainsi, l'art conceptuel est un mouvement de l'art contemporain, il est apparu au début du XXe siècle avec les *Ready-mades* de Marcel Duchamp, le « porte-bouteilles » en 1914, et la « Fountain » en 1917. Le tribunal de grande instance de Tarascon avait jugé qu'il consiste 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 simples objets de la vie courante »⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ VIVANT M., « La balance des intérêts... enfin », *op. cit.*

⁶⁰⁷ MOULIN R., 1995, *De la valeur de l'art*, Flammarion, p. 47.

⁶⁰⁸ *The Blind Man*, 1917, n°2, p. 5

⁶⁰⁹ EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *op. cit.*

⁶¹⁰ TGI Tarascon, 20 nov. 1998, *D.* 2000, jurispr. p. 128 ; B. EDELMAN, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly », *op. cit.*

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux et spécialisés

- ARASSE D., *Le détail, Pour une histoire rapprochée de la peinture*, éd. Flammarion, 1992, 459p.
- BALZAC H., *L'Illustré Gaudissard*, 1844
- BARDY J., *La création et l'art, chemins vers la création*, l'Harmattan, 2000, 178p.
- BENABOU V.-L., *Rapport sur les œuvres transformatives*, CSPLA, 6 oct. 2014, v. JAC n° 18/2014, 114p.
- BERENBOOM A., *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., De Broeck & Larcier s.a., Bruxelles, 1997, n°4, 500p.
- BERNAULT C. et CLAVIER J.-P., *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., ellipses, 515 p.
- BERTHET D., *Art et appropriation*, Ibis rouge, 1998, 224p.
- BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011/2012, 1004 p.
- BEYLOT P. (ss dir.), *Emprunts et citations dans le champ artistique*, L'Harmattan, 2005, 202p.
- CARON Ch., *Droit d'auteur et droit voisins*, 5^e éd., LexisNexis, Paris, 2017, 673p.
- CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction forme et idée*, éd. Cedidac, 1985, 197p.
- COLOMBET C., *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 9^e éd., 1999, n°32. 507p.
- CORNU G., *droit civil*, tome 1, Domat, 8^{ème} édition, 1997, n°1688,720p.
- DEMARSIN B. et PUTTEMANS A., *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, 2012, n° 39, 160p.
- DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, 1002p.
- DUCHAMP M., *Ingénieur du temps perdu*, Belfond, 217p.
- DE DUVE T., *Au nom de l'art : pour une archéologie de la modernité*, Editions de Minuit, 1989, 152p.
- DE DUVE T., *Résonances du ready-made, Duchamp entre avant-garde et tradition*, Ed. Jacqueline Chambon, 1989, 289p.
- DICKIE G., *The Art Circle*, Haven, 1984, 116p.
- DUCHAMP M., *Duchamp du signe, Ecrits M. Duchamp*, éd. Flammarion, 1994., 320p.

- DURRANDE S., *Propriété littéraire et artistique*, Encyclopédie Dalloz pénal, volume V, 1996.
- ECO U., *L'œuvre ouverte*, éd. du Seuil, 1965, 320p.
- EDELMAN B., *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Paris, 2008, 127p.
- ESCARRA J., RAULT J. et HEPP F., *La doctrine française du droit d'auteur*, B. Grasset, 1937, 229p.
- FERRY L., *Homo aestheticus, L'invention du goût à l'âge démocratique*, Grasset, Le Collège de philosophie, 1990, 470p.
- FINT M., *A user's guide to copyright*, 2nd. éd., Butterwoth, London 1984, 290p.
- FRANCE A., *Apologie pour le plagiat : La vie littéraire*, 1892, réédité par les éditions du Sonneur, 2013, 42p.
- GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11e éd., 2019, 965p.
- GODFREY T., *L'art conceptuel*, Phaidon, 2003, 447p.
- GOODMAN N., *Langages de l'art*, éd. J. Chambon, 1990, 312p.
- HEGEL G.W.F., *Esthétique*, LGF, 1997, 768p.
- HEIDEGGER M., *L'origine de l'œuvre d'art*, Gallimard, Paris, 1987, 461p.
- HENNICH N., *Le triple jeu de l'art contemporain*, Minuit, 1998, 384p
- HERMITTE M.-A., *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, L'exemple des droits intellectuels*, Arch. Phil. Droit, 1985
- HUGO V., *Post-Scriptum de ma vie*, 1901
- ICKOWICZ J., *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art*, thèse, Paris I, 2009, p. 212
- ICKOWICZ J., *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Presse du Réel, 2013, 688p.
- KLEIN Y., *Le dépassement de la problématique de l'art et autres écrits*, ENSBA, 2003, 445p.
- KOSUTH J., *Art conceptuel*, éd. CAPC, Bordeaux 1988.
- LEBEL R., « 1914-1918, Les ready-made. La guerre Conquête involontaire de New York. », *Sur Marcel Duchamp*, Centre Pompidou, 1996, 191p.
- LEMOINE S., *Dada*, Hazan, 2005, 95p.
- LE TOURNEAU Ph., *Le parasitisme*, Litec, 1998, 280p.
- LUCAS A., *Le droit de l'informatique*, PUF, 1987, 551p.
- LUCAS A. et H.-J., *Traité de propriété littéraire et artistique*, éd. Litec, 1994, 1004p.

- LUCAS A., LUCAS-SCHLOETTER. A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 5^e éd, 2017., 1756p.
- MICHAUD Y., *L'art à l'état gazeux*, Hachette, 2003, 204p.
- MILLET C., *L'art contemporain*, Flammarion, 1997, 226p.
- MOLLET-VIÉVILLE G., *Art minimal & conceptuel*, Skira, 1995, 127p.
- MOULIN R., 1995, *De la valeur de l'art*, Flammarion, 286p.
- NIMMER M. B., *Nimmer On Copyright*, LexisNexis Matthew Bender, 1963, vol. 1, § 2.01
- ONFRAY M., *La puissance d'exister*, coll. « Biblio essais », Le livre de poche, 2006, 240p.
- ORLAN, *De l'art charnel au baiser de l'artiste*, J.-M. Place et Fils, 1997, 68p.
- PARTOUCHE M., *Une vie d'artiste Marcel Duchamp, images en manoeuvres éditions*, Paris, 1991.
- PHILIPS J. et WHALE T. F., *Whale on copyright*, 3^e éd. ESC, 1983, 300 p.
- POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, 1760p.
- POINSARD L., *La propriété artistique et littéraire: répertoire alphabétique rédigé d'après la législation, les traités, les usages et la jurisprudence des divers pays*, LGDJ, 1910, 364p.
- PONTIER J.-M., *Revue de droit public*, Lextenso, 1990
- POUILLET E., *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris, ILGJ Marchal et Billard, 1908, 1034p.
- RENOUARD A.-C., *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, J. Renouard et Cie, 1839, 490p.
- RIOUT D., *La peinture monochrome, Histoire et archéologie d'un genre*, éd. J. Chambon, 1996, 640p.
- ROSENBERG H., *La dé-définition de l'art*, Ed. Jacqueline Chambon, 1998, 320p.
- Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, I^o, qu. 15, a 1
- SANOUILLET M., *Duchamp du signe / Ecrits*, Flammarion, Paris, 1975, 314p.
- SCHWARZ A., *Marcel Duchamp, La mariée mise à nu chez Marcel Duchamp même*, Georges Fall, 1974, 292p.
- SIRINELLI P., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, 310p.
- STROWEL A., *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Bruylant, Bruxelles, 1993, 722p.

- VIVANT L. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4e éd., 2019, 1385p.
- VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, 777p.
- WALRAVENS N., *L'œuvre d'art en droit d'auteur, forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005, 521p.
- WISTRAND H., *Les exceptions apportées aux droit de l'auteur sur son œuvre*, Montchrestien, 1968, 421p.

II. Articles

- ABRAMS H., « *Originality and creativity in copyright law* », *55 Law & Contemporary Problems* 3, 1992
- BALANA S., « *L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur* », *Prop. Intell.*, juillet 2005, n°16 p. 254-268
- BENABOU, V.-L., « *L'originalité un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome du droit de l'Union* », *Mélanges*, LUCAS A., *LexisNexis*, p. 17-34
- BENABOU V.-L., revue, *LEGICOM*, 2014/2, p. 5 et suiv.
- BENABOU V.-L., « *Klasen : quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres* », *Dalloz IP/IT* 2018 p.300.
- BENABOU V.-L., « *Le processus d'harmonisation communautaire du droit d'auteur* », *J.-Cl. Prop. litt. et art.*, Fasc. 1770, 26 juin 2003, 103
- BINKLEY T., « *« Pièce » : contre l'esthétique* », in *Esthétique et poétique*, textes présentés par G. Genette, Le Seuil, 1992.
- BRAUN-VEGA H., « *Du style et de l'image de marque. Paroles d'artistes. Nourriture du corps et de l'esprit* », *Arts et Lettres*, n°6, éd. Verso, 1997.
- CARON C., « *Droit d'auteur versus liberté d'expression : exigence d'un « juste équilibre »* », *Com. com. electr.*, 2015
- CARON C., « *Droit d'auteur - Contrefaire, c'est s'exprimer illicitement* », *Com. com. electr.*, n° 6, Juin 2013, comm. 63
- CARON C., « *L'art conceptuel au paradis de la Cour suprême* », *CCE, JurisClasseur*, n°1134, 1995, p. 24
- CHENG T., « *Does copyright confer a monopoly over unreserved cows* », *European Intellectual Property Review*, 2006, vol. 28, n°5, pp. 276-281
- COLOMBET C., « *L'art et l'originalité* », *D.*, 1992.

- CORNISH W., « Les notions d'œuvres, d'originalité et de droits voisins du point de vue des traditions de la *common law* », *Colloque de l'Ompi sur l'avenir du droit d'auteur*, 1994, p. 83
- DANY COHEN M., « 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.
- EDELMAN B., « Création et Banalité », *Dalloz*, n°12, 1983.
- EDELMAN B., « De la nature des œuvres d'art d'après la jurisprudence », *D.* 1969.
- EDELMAN B., « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinocely », note sous TGI de Tarascon du 20 nov. 1998, *D.* 2000, p. 98
- EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *D.*, 2009, p. 38.
- EDELMAN B., « Le « Paradis » de la Nouvelle Eve dans l'enfer du droit d'auteur », *D.*, 2006, p. 2610
- EDELMAN B., « Nature du droit d'auteur et des droit voisins », *J.-Cl. Prop. litt. et art.*, Fasc. 301-1, n°31
- ENSER N., « Banksy, ou l'art du conflit de droits », *RIDA*, janvier 2019.
- FICHTE J.-G., « Preuve de l'illégitimité de la reproduction des livres, un raisonnement et une parabole », in *E. KANT, Qu'est-ce qu'un livre ?*, PUF, 1995
- FRANCBLIN C., « L'art conceptuel entre les actes », in *Art Press*, n° 139, 1989, p. 46
- GAUBIAC Y., « La théorie de l'unité de l'art », *RIDA*, n°111, janvier 1982
- GAUDRAT Ph. , « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur.... », *RIDA*, avril 2009, Obs. sur Civ. 1ère, 13 novembre 2008., p. 157
- GAUDRAT P., « Droit des auteurs. Droits moraux. Théorie générale du droit moral », *JCI Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1210, 2001, p. 16
- GAUDRAT Ph., « Objet du droit d'auteur. Oeuvres protégées. Notion d'œuvre », *Juris-classeur Propriété littéraire et artistique*, 1995, fasc. 1134, n°16.
- GAUDRAT Ph., « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », in *Mél. en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, pp. 195-221.
- GAUTIER P.-Y., « Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français », *RID. Comp.* 1994, p 551
- GERVAIS D., « Originalité (s) », *Mélanges*, A.LUCAS, *LexisNexis*, 2014, pp. 389-399.
- GLICENSTEIN J., « Jeff Koons : la rétrospective », *Marges*, 2015/1, pp. 172-173.
- JOLY S., « Le corps humain, œuvre d'art », *Séminaire l'art contemporain confronté au droit*, Institut Art et droit, 8 juin 2006, p. 17-27

- KOSTIC G., « La représentation de l'œuvre d'un tiers dans une publicité », *D.*, 1999.Ch.503, n° 12 et DALEAU J.) note sous Civ., 1ère, 12 juin 2001, *D.*, 2001.2517.
- KOSUTH J., « Art after philosophy I », *Studio International*, oct. 1969
- LATIL A., « Contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », *Juris art etc.* 2016, n°39, p.18
- LATREILLE A., « La création photographique face au juge : entre confusion et raison », *JCP* 2010, n°274, p. 140.
- LEBOIS A., « Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une œuvre de l'esprit », *Mélange en l'honneur d'André LUCAS*, LexisNexis, pp. 519-532
- LE TOURNEAU Ph., « Folles idées sur les idées », *Com. com. electr.*, n°2 févr. 2001, chron. 4
- LEWITT S., « Paragraphs on Conceptual Art », *Artforum*, V/10, Summer 1967, p. 204
- LIPPARD L. et CHANDLER J : « The Dematerialization of Art », *Art International*, vol.12, n°2, févr. 1968, p. 31-36.
- LUCAS A. et SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 23, 9 Juin 1993, doct. 3681.
- MACINNAS G. Macinnas, « Néo-Dada en musique, théâtre, poésie et beaux-arts (1962) », in *Catalogue de l'exposition « L'esprit Fluxus »*, Musée de Marseille, 1995, p. 157.
- MELOT M., « La notion d'originalité et son importance dans la définition des objets d'art », *Sociologie de l'art*, Colloque International de Marseille, 13-14 juin 1985, éd. La Documentation française, 1986, p. 198
- MILLET C., « Le montant de la rançon. Art conceptuel : l'avant et l'après », *Art press* n° 139, sept. 1989, p. 36.
- MOULIN R., « remarque sur la définition sociologique de l'œuvre d'art », *Le marché commun et le marché de l'art*, éd. La Documentation française, 1986, p. 32.
- MOURON Ph., « La contrefaçon d'une photographie par une sculpture « transformative » », *Dalloz IP/IT* 2017 p.277
- NOUAL P., « De l'art ou du cochon ? Irrésistible bis repetita sur le rejet de la liberté d'expression », *RLDI*, n°157, 1er mars 2019
- NOUAL (P.), « Le retour de l'affaire Klasen ou l'appropriationnisme artistique entre liberté d'expression et droit d'auteur », *RLDI*, n°147, 1er avril 2018
- PASTOR J.-M., « Droit d'auteur - Droit moral - Avec le droit d'auteur, *expression is naked* », *Juris art etc.* 2017, n°46, p.13
- PIERRAT E. et LEMARCHAND C., « L'œuvre d'art, support de la création », *Juris art etc.* 2015, n°22, p.25
- POLLAUD-DULIAN F., « Adaptation non autorisée. Photographie. Oeuvre transformative. Liberté de création. Parodie. Droit moral », *RTD Com.* 2017, p.353

- POLLAUD-DULIAN F., « Mise en scène. Droit au respect de l'œuvre. Liberté de création », *RTD Com.* 2017, p.891
- POLLAUD-DULIAN F., « Oeuvre protégée. Art conceptuel. Idées. Forme. Originalité », *RTD Com.* 2009, p. 121
- RIOUT D., « Imprégnations : scénarios et scénographies », in *Yves Klein : Corps, couleur, immatériel*, Centre Georges Pompidou, 2006
- RIOUT D. « Les peintures d'un peintre qui ne peint pas », *Daniel Walravens, De la peinture en général*, éd. ERSEP, 1994, p. 16
- SARRAUTE R., « Le respect de la vie privée et les servitudes de la gloire », *Gaz. Pal.*, 1966, 1, doct. p. 12.
- SÉRIAUX A., « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTDCiv.*, 1994, p.808.
- SIRINELLI P., « Chronique de jurisprudence » , *RIDA*, 1/2008, p. 267
- SIRINELLI P., « Propriété littéraire et artistique », *D.*, 2011, p. 2164
- SOURGINS C., « L'appropriationnisme : création ou prédation ? », *Artension*, mars 2016
- SOUSI G., « L'art contemporain entre exigence de droits et contraintes du Droit », *Séminaire l'art contemporain confronté au droit*, Institut Art et droit, 8 juin 2006, p. 3
- STROWEL A., « le droit d'auteur remis en cause par l'art conceptuel », in *L'œuvre selon le droit d'auteur*, 1993, p.85.
- STROWEL A., « Le droit et l'objet d'art Réflexion en marge d'un colloque », *Ann. dr. Louvain*, tome L. 4, Bruxelles, Bruylant, 1990
- TREPPOZ E., « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *RLDI*, n°82, 1er mai 2012.
- TREPPOZ E., « L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image », *D.*, 2005, p. 1237
- TREPPOZ E., « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », *Séminaire l'art contemporain confronté au droit*, Institut Art et droit, 8 juin 2006.
- TREPPOZ E., « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? », *RIDA*, juill. 2006, pp. 51-125
- TREPPOZ E., « Retour sur la liberté de création : à propos de l'affaire *Koons* », *Juris art etc.* 2017, n°46, p.3
- TRICOIRE A., « La Cour de cassation précise le contenu des « lois du genre » de la parodie », *JCI. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1210, 4 juin 2019
- TRICOIRE A., « Copier ou transformer... suite de la réflexion sur l'appropriationnisme », *Le Quotidien de l'Art*, 27 févr. 2015, no 781, p. 12. VARET V., « Balance des intérêts entre droits fondamentaux : fragments pour un discours de la méthode », *D. IP/IT* 2016, 42.

- VERNEROT V., « Variations juridiques autour de l'œuvre autodétruire de Banksy », *Com. com. electr.*, n°3, Mars 2019, étude 6
- VIVANT M., « La balance des intérêts... enfin », *Com. com. electr.*, oct. 2015.
- WALRAS L., « De la propriété intellectuelle. Position de la question économique », *Journal des économistes*, Tome 24, n°12, déc. 1859, p. 405.
- WALRAVENS N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *RIDA*, avril 2009, pp. 5-79
- WALRAVENS N., « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporaines », *RIDA*, n° 181, juillet 1999, pp. 97-165
- WALRAVENS N., « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », *Séminaire l'art contemporain confronté au droit, Institut Art et droit*, 8 juin 2006, pp. 13-17.
- WALRAVENS N., « Les contacts peints de William Klein parasités et non contrefaits », *RLDI*, n°78, 1er janvier 2012.
- WALRAVENS N., « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *RLDI*, n°74, 1er aout 2011.
- ZOLLINGER V. A., « Droit d'auteur et liberté d'expression. Comment procéder à la balance des intérêts *in concreto* ? », *CCE* 2017. Étude n° 7, pt 21
- ZOLYNSKI C., « Méthode de transposition des directives communautaires. Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins », *D.* 2007, n°24 et s. et n°189 et s.

III. Jurisprudences

A. Tribunal de grande instance

- TGI Paris, 9 mars 1970, n°LXIII, p. 100
- TGI, 21 janvier 1983, *D.*, 1984, J. somm. comm., p. 286, obs. COLOMBET
- TGI Paris, 26 mai 1987, *Christo D.* 1988, Somm. p. 201, obs. COLOMBET
- TGI paris, 19 avril 1989, *RIDA*, octobre 1989, p. 360
- TGI Paris, 7 mars 1990, *Toscani au Brésil*, *D.*, 1991, som. Com. 87, obs. C. COLOMBET,
- TGI Nanterre, 10 mars 1993, *RIDA*, 1993, n°157, 343, note GAUBIAC
- TGI Paris 3e ch., 30 sept. 1997, *Duribreux c/ Muses Production*, *Légipresse* avr. 1998, n°150, I, 34

- TGI Paris, 3 juin 1998, *Gaz. Pal.* 1998, Somm. p. 689 et 690,
- TGI Tarascon, 20 nov. 1998, *D.* 2000, jurispr. p. 128
- TGI Créteil, 4 mai 1999 : *RIDA* 1999/182, p. 213,
- TGI Lyon, 4 avr. 2001, *JCP* 2001, p. 916-917
- TGI Paris 3e ch., 3e sect., 28 mai 2002, *Beauté Prestige International c/ Bellure*, RG n° 01/271
- TGI Paris, 23 nov. 2005, *D.* 2006, jurispr. p. 1051, note. E. TREPPOZ
- TGI Avignon 16 nov. 2007, *D.* 2008. Jur. 588 , note B. EDELMAN.
- TGI Paris, 3e ch., 4e sect. 8 nov. 2018, no 15/02536
- TGI Laval, 16 févr. 2009, *Comm. com. électr.* févr. 2010 n°2 p. 12, § 4
- TGI Paris, 7 mai 2010, n° 08/17884, *William Klein c. M6*, *RIDA* 2010, p. 387
- TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 9 nov. 2010
- TGI Paris, 3 déc. 2010, inédit.
- TGI Paris, 7 juill. 2016, n° 13/12836
- TGI Paris, 3e ch.,4e sect., 9 mars 2017, n° 15/01086, *Mmes Bauret, Klein-Bauret et M. Bauret c/ Jeffrey Koons, Sté Jeff Koons et Centre national d'Art et de Culture Georges Pompidou*

B. Cour d'appel

- CA Paris, 12 juin 1891, *affaire des boites-brochures* , *Annales*, 1892, p. 100
- CA Paris, 1er avril 1957, *D.* 1957 p 436
- CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1958, *JCP* 58 II 10412
- CA Paris, 4e ch. 3 juill. 1975, *RIDA* 1/1977, p. 108
- CA Paris, 23 novembre 1982, *D.* 1983, I.R p 512
- CA Paris, 13 mars 1986, *D.* 1987, Somm. p. 150, obs. COLOMBET.
- CA Colmar, 11 février 1987, *D.*, 1988, som. Com. 393, obs. COLOMBET,

- CA Paris, 4e Ch., 11 janv. 1990, *Maille c/ Bayer*, D. 1991, somm. 88, obs. COLOMBET
- CA Paris, 21 février 1991, *Juris-data* n° 020807
- CA Paris, 26 mars 1991, *D.*, 1992, pp. 464-466.
- CA Paris, 4 avr. 1991 : *PIBD* 1991, III, p. 624
- CA Paris, 4e ch., 13 janv. 1993, *JurisData* n° 1993-020603.
- CA Paris, 4^e ch., 5 avr. 1994, *Gaz. Pal.* 1995, I, somm. p. 93
- CA Paris, 16 mai 1994, *RIDA* 4/1994, p 47
- CA Paris, 21 nov. 1994, *RIDA*, avril 1995, p. 243
- CA Grenoble, 1^{ère} Ch. civ., 21 févr. 1995, *Erco c/ Papeteries Desbordes*, D. 1995, somm. 284, obs. COLOMBET
- CA Paris, 10 avr. 1995, *RIDA* oct. 1995, p. 316.
- CA Paris, 12 déc. 1995, *RIDA* 3/1996 p 372
- CA Dijon, 7 mai 1996, *D.* 1998, somm. comm., p. 189.
- CA Versailles, 19 juin 1997 : *Gaz. Pal.* 1999, 1, somm. p. 445,
- CA Toulouse, 11 sept. 1997 : *Gaz. Pal.* 1997, 2, somm. p. 402
- CA Paris, 21 janv. 1998 : *D. affaires* 1998, p. 300, obs. J. P.-S.,
- CA Rennes, 28 janv. 1998 : *JCP E* 1998, p. 195
- CA Paris, 4^e ch., 15 mai 1998, *Juris-data* n° 1998-021910.
- CA Paris, 4^e ch., 22 juin 1999, *D.* 1999, inf. rap. p. 229.
- CA Paris, 13 oct. 1999 : *PIBD* 2000, III, p. 93,
- CA Paris, 1^{re} ch. A, 18 oct. 1999, inédit.
- CA Paris, 4 janv. 2000 : *PIBD* 2000, 111, p. 213
- CA Paris, 15 mars 2000 : *PIBD* 2000, III, p. 375
- CA Paris 4e ch. 28 juin 2000, *Clarins c/ Batignolles*, *PIBD* 2000, n° 708, III, 549
- CA Paris, 4e ch., 26 sept. 2001, *Soficom c/ Format finance*, Note C. ALLEAUME

- CA Nîmes, 1^{er} ch., sect. A, 30 oct. 2001, *SARL Ardèche Images production c/ Chauvet et al : Com. Comm. Electr.*, nov. 2002, p. 23, n°138, obs. C. CARON
- CA Paris, 17 déc. 2003, *Dominique Web c. Dani Lary*, *D.* 2004, p. 1588, obs. P. FLEURY
- CA Paris 3 déc. 2004, *D.* 2005. Jur. 1237, note E. TREPPOZ.
- CA Paris, 28 juin 2006, *D.* 2006, *Comm. com. électr.* 2006, com. n°120, note Ch. CARON
- CA Paris, 18^e ch. B, 27 janv. 2007, *JurisData* n°2007-325618
- CA Paris, ch. corr. 12, sect. B, 9 févr. 2007, RG n° 06/04435
- CA Paris, 12 nov. 2010 : PIBD 2011, n°931, III, p. 21
- CA Nîmes, 2 juin 2009, RG n°09/00461.
- CA Paris, pôle 5, ch. 2, 7 janv. 2011 ; BRUGUIÈRE J.-M., *in Propr. intell.* 2011, p. 176-177
- CA Paris, pôle 5, ch. 2, 23 sept. 2011, *RLDI* 2011/75, n°2471
- CA Paris, 1^{ère} ch., 18 sept. 2013, n° 12/02480
- CA Paris, pôle 1, 3^e ch., 28 oct. 2014, *Juris-Data* n°2014-036555
- CA Paris, 25 sept. 2015, no 14/01364 : *JCP E* 2016, 1481, obs. ZOLLINGER A.
- CA. Aix-en-Provence, 2^e ch., 11 mai 2017, *Juris-Data*, n°2017-013002
- CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 9 juin 2017, *Propr. Intell.* 2017, n°65, p. 53, obs. LUCAS
- CA Paris, 5^e ch., 1^{ère} ch., 13 juin 2017, *Juris-Data*, n°2017-011283
- CA Versailles, 1^{ère} ch., 8 déc. 2017, *Juris-Data*, n°2017-025575
- CA Paris, Pôle 5, Chambre 2, 22 décembre 2017, n°16/20387
- CA Versailles, 1^{ère} ch., 26 janv. 2018, n°16/02894, *JurisData*, n°2018-001683
- CA Versailles, 16 mai 2018, no 15/06029

C. Cour de cassation

- Cass., 1863, affaire *Cavour*, *D.*, 1883, 1, 53
- Cass. Crim., 16 juin 1955, *Caruso*, *D.*, 1955, p.554

- Cass. Com, 29 nov. 1960, *Bull. civ.* III, n°389
- Cass. Crim., 2 mai 1961, *D.* 1962, jurispr, p. 163, note P. GREFFE
- Cass. Civ, 1ère, 13 nov. 1973, *Gaz pal*, 1974, I, 93
- Cass. Crim., 9 oct. 1974, *RIDA*, 1975, n°85, p. 176
- Cass. Civ. I, 19 novembre 1975, *D.*, 1976, p. 156.
- Cass. civ., 1ère, 8 nov. 1983, *Bull. civ.* I, n°260, p. 233.
- Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, *Williams Electronics, Atari, Pachot*, *RIDA*, juill. 1986, p. 136, note A. LUCAS
- Cass. crim., 3 juin 1986, n° 85-91.433 : *JurisData* n° 1986-001221.
- Cass. civ. 1ère, 25 mai 1992, *Bull. civ.* I, n°161, p. 111 ; *D.* 1993, Jur. 184
- Cass. Civ., 1ère, 13 oct. 1993 : *D.* 1994, somm. p. 93, obs. C. COLOMBET
- Ass. Plén., 5 nov. 1993, *JCP*, 1994.II.22201 FRANCON. O
- Cass. Civ., 1ère, 9 nov. 1993, *D.*, 1993, SC, 91, obs. COLOMBET
- Cass. Civ., 1ère, 5 mai 1998, *D. aff.*, 1998, p. 1007.
- Cass. civ. 1ère, 17 oct. 2000, *Bull. civ.* I, n°248 p. 162 ; *JCP G* 2000, IV, n° 2786 ;
- Cass. Civ. 1ère, 5 févr. 2002, *JCP* 2002. II. 10193, note S. CREVEL
- Cass. civ. 1ère, 17 juin 2003, *Afflelou*, *Bull. civ.* I, n°148, p. 116
- Cass. Civ. I, 30 janv. 2004, *Le serviteur administratif*, *Bull. civ.* I, n°22, p. 17, *D.* 2004, p. 503.
- Cass. Civ, 1ère, 15 mars 2005, *RLDI*, 2005.134, GEIGER
- Cass. Civ. 1ère, 15 nov. 2005, *D.* 2006. Jur. 1116 , note A. TRICOIRE
- Cass. Civ. 1ère, 29 nov. 2005, *Com. com. électr.*, février 2006, p. 27, note C. CARON
- Cass. civ. 1ère, 13 juin 2006, n°02-44.718, *RIDA*, 4/2006, p. 49
- Cass. Civ. 1ère ch., 16 juin 2006, *Lancôme Parfums et Beauté et Cie B. V. c/ Kecofa B. V.*
- Cass. civ. 1ère, 5 juill. 2006, *la Totale*, non publié au Bulletin, pourvoi n°04-16687, *RIDA*, oct. 2006, p. 353 ;

- Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2006, *Bull. civ. I*, n° 401
- Cass. civ. 1ère, 7 nov. 2006, *Micca Nomi*, *Bull. civ. I*, n° 464
- Cass. Civ. 1ère, 30 janv. 2007, *JCP 2007.II*. 10025, note CARON
- Cass. com. 1er juill. 2008, n°07-13.952
- Cass. Com. 1er juill. 2008, n° 07-14.741.
- Cass. civ. 1ère, 13 nov. 2008, pourvoi n° 06-19.021, arrêt n° 1108, *Rheims c/ Gautel*,
- Cass. Civ. I, 22 janv. 2009, *Atelier Hexagone*, *RIDA*, Janv. 2009, p. 377, obs. P. SIRINELLI
- Cass. civ. I, 12 mai 2011, pourvoi n°10-17852, non publié au Bulletin
- Cass. 1ère civ., 16 janv. 2013 : *Com. com. electr.*, 2013, com. 40, note C. CARON
- Cass. com., 8 oct. 2013 : *Com. com. electr.* 2013, com. 121, note C. CARON
- Cass. com. 10 déc. 2013, *Comm. com. electr.* 2014, comm. 13, note C. CARON
- Cass. Civ. I, 22 janv. 2014, *L'atelier du Moulin*, (non publié au Bulletin, pourvoi n°11-24273)
- Cass. Civ. 1ère, 9 avril 2015
- Cass. civ. 1ère, 15 mai 2015, n° 13-27.391, *P. Klasen c/ A. Malka* : *JurisData* n° 2015-011061
- Cass. Com., 12 juillet 2005, *CCE*, 2005, comm. 149 obs. CARON
- Cass. Civ. 1ère 22 juin 2017, no 15-28.467 et 16-11.759, *Dialogue des Carmélites*
- Cass. civ. 1ère, 22 mai 2019, n°18-12.718

D. CEDH et CJUE

- CEDH 17 juill. 2001, n° 39288/98, *Ekin c/ France*
- CJCE, 29 avril 2004, *IMS Helath*,

- CEDH 18 mai 2004, n° 58148/00, *Éditions Plon c/ France*
- CEDH, 29 janvier 2008, n°19247/03, *Balan c. Moldavie*
- CJUE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Promusicae c/ Telefonica de Espana SAU*
- CJCE, 16 juill. 2009, C-5/08, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening*
- CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ Sté belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SCRL) : Juris-Data n° 2011-032131*
- CJUE, 1er déc. 2011, *Eva Maria Painer*, aff. C-145/10
- CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *SABAM c/ Netlog*
- CJUE, 1er mars 2012, *Football Dataco Ltd Vs Yahoo! UK Ltd*
- CEDH 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c/ France*
- CEDH 19 févr. 2013, n° 40397/12, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c/ Suède [The Pirate Bay]*
- CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien c/ Constantin Film Verleih GmbH*
- CJUE 3 sept. 2014, aff. C-201/13, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ H. Vandersteen et alii*,
- CEDH 4 mai 2017, n° 44081/13, *Traustrason c/ Islande*.
- CJUE, Gr. Ch., 13 nov. 2018, aff. C-310/17, *Levola Hengelo BV c/ Smilde Foods BV*

E. Autres Cours

- *Baker v. Selden*, 1879, 101 US 99
- *Kenrick v. Lawrence*, 1890, 25 QBD 99
- *University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd*, 1916, 2 Ch. 601
- *Macmillan v. Cooper*, 1923, 40 TLR 186
- 10th Cir., *Dorsey v. Old Surety Life Ins.*, 1938, 98 F. 2d 372
- *Cramp & Son Ltd v. Smythson Ltd.*, 1944,
- 2d. Cir., *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts Inc.*, 1951, 191 F. 2d 99

- Cour suprême des Etats-Unis, 1954, *Mazer v. Stein*, 347 US 219
- USDC, *L. Smith v. G. Muehlebach Brewing Comp.*, 1956, 140 F. Supp. 729
- USDC, *V. Doran v. Sunset House Distrib. Corp.*, 1961, 197 F. Supp. 940
- CCNV *v. Reid*, 1988, 846 F 2d 1485, 6 USPQ 2d 1990
- PC, *Interlego AG v. Tyco Industries*, 1988, RPC 343
- Cour suprême des Etats-Unis, *Feist v. Rural*, 1991, 111 D. Ct. 1282
- *Rogers vs Koons*, 960 F.2d 301, 22 U.S.P.Q.2d 1492 (2d Cir. 1992)
- *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, Cour suprême, 7 mars 1994, 510 U. S. 569.
- *Creation Records Ltd v. News Group Newspaper Ltd*, 1997, EMLR 444
- *Designers Guild Ltd v. Russell Williams*, 2000, FSR 121 (CA)
- BverfG, 20 juin 2000, Germania 3, GRUR, 2001, p.149
- Cour Fédérale de Justice, 24 janvier 2002, *RIDA*, oct. 2003, note N. WALRAVENS
- *NXIVM Corp. v. Ross Inst.*, 364 F.3d 471, 481-82 (2d Cir. 2004)
- *Blanch vs Koons* 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006)
- *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F. 3d 1146 (9th Circ., 2007).
- *P. Cariou vs R. Prince*, Southern District of New York, 784 F. Supp. 2d 337, 349 (S.D.N.Y. 2011)
- *P. Cariou v. Richard Prince and Gagosian Gallery.*, n° 11-1197, US. 2nd. Circ. 25 April 2013.
- *Kienitz v. Sconnie Nation, LCC*, 766 F. 3d 756 (7th Circ., 2014).
- *Graham v. Prince*, Southern District of New York, 19 juill. 2017.

IV. Notes de jurisprudence

- ALLEAUME C., « L'originalité serait- elle synonyme d'arbitraire ? » Brèves remarques à propos du refus de protection d'un dictionnaire par le droit d'auteur, *Les Petites Affiches*,

- n° 168, 22 août 2002, p. 12, note sur CA Paris, 4e ch., 26 sept. 2001, *Soficom c/ Format finance*.
- ALLAEYS Ph., D., 2005.J.1645 note sur Cass. Civ, 1ère, 15 mars 2005.
 - BELOT D., *Cariou v. Prince*, 714 F. 3d 694 (2nd Circ., 2013), JAC no 37/2016, p. 38.
 - BENABOU V.-L. :
 - CJCE, 29 avril 2004, *IMS Helath : PI*, 2004, n° 12, p. 821.
 - CJCE, 16 juill. 2009, C-5/08, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening*, *Propr. intel.* 2009, p. 379.
 - CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ Sté belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SCRL) : Propr. intell.* 2012, n° 45, p. 436.
 - CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *SABAM c/ Netlog : Propr. intell.* 2012, n° 45, p. 436.
 - CA Versailles, 16 mai 2018, no 15/06029 : *Dalloz IP/IT* 2018, p. 300.
 - BRUGUIÈRE J.-M. :
 - Cass. Civ. 1ère, 15 nov. 2005, *RLDC* 2006/ 28.
 - CEDH 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c/ France*, *Propr. intell.*, avr. 2013. 216.
 - Cass. com. 10 déc. 2013, *Propr. intell.* 2014, n°50, p. 51
 - CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien c/ Constantin Film Verleih GmbH : Propr. intell.* 2014, n° 52, p. 288.
 - Cass. civ. 1ère, 15 mai 2015, *Propr. Intell.* 2015, n°56, p. 285.
 - CA Versailles, 16 mai 2018, no 15/06029 : *JCP G* 2018, 513.
 - BURGORGUE-LARSEN L., *AJDA* 2013. 1794, chron. note sur CEDH 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c/ France*.
 - CARON Ch. :
 - TGI Lyon, 4 avr. 2001, *Comm. com. électr.* 2001, no 6, p. 26-27
 - CA Nimes, 1^{er} ch., sect. A, 30 oct. 2001, *SARL Ardèche Images production c/ Chauvet et al : Com. Comm. Electr.*, nov. 2002, p. 23, n°138.

- Cass. civ. 1ère, 17 juin 2003, *Afflelou*, *Bull. civ. I*, n°148, p. 116, *Com. com. électr.*, sept. 2003, n°80.
 - Cass. Civ, 1ère, 15 mars 2005 : *Com. Com. Electr.*, 2005, comm. 78.
 - Cass. Com., 12 juillet 2005, *Com. Com. Electr.*, 2005, comm. 149.
 - Cass. Civ. 1ère, 29 nov. 2005, *Com. com. électr.*, février 2006, p. 27.
 - Cass. civ. 1ère, 13 juin 2006, *Com. com. électr.*, 2006, comm. 119.
 - CA Paris, 28 juin 2006, *D. 2006, Comm. com. électr.* 2006, com. n°120
 - Cass. Civ. 1ère, 30 janv. 2007, *JCP 2007.II*. 10025.
 - CJUE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Promusicae c/ Telefonica de Espana SAU* : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 32.
 - Cass. Civ. 1re, 13 nov. 2008, pourvoi n° 06-19.021, arrêt n° 1108, *Rheims c/ Gautel*, *Comm. com. électr.* 2009, comm. n°1.
 - CJCE, 16 juill. 2009, C-5/08, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening*, *Comm. com. électr.* 2009, comm. 97.
 - CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ Sté belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SCRL)* : *JCP G* 2012, 978, n° 11.
 - CJUE, 1er déc. 2011, *Eva Maria Painer*, aff. C-145/10, *Comm. com. électr.* 2012, comm. n°26.
 - CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *SABAM c/ Netlog* : *JCP G* 2012, 978, n° 11.
 - CJUE, 1er mars 2012, *Football Dataco Ltd Vs Yahoo! UK Ltd*, *Comm. com. électr.* 2012, comm. 47.
 - Cass. 1ère civ., 16 janv. 2013 : *Com. com. électr.*, 2013, com. 40.
 - Cass. com. 10 déc. 2013, *Comm. com. électr.* 2014, comm. 13.
 - CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien c/ Constantin Film Verleih GmbH* : *Comm. com. électr.* 2014, comm. 43.
 - Civ. 1ère 22 juin 2017, no 15-28.467 et 16-11.759, *Dialogue des Carmélites*, *CCE* 2017, n° 69.
 - CA Versailles, 16 mai 2018, no 15/06029 : *Com. comm. électr.* 2018, comm. 32.
- CASTETS-RENARD C. :

- CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien c/ Constantin Film Verleih GmbH* : D. 2014, p. 1246.
- COLOMBET C. :
 - Civ, 1^{re}, 13 nov. 1973, D. 1974, 533
 - TGI, 21 janvier 1983, D., 1984, J. somm. comm.
 - CA Paris, 13 mars 1986, D. 1987, Somm. p. 150.
 - TGI Paris, 26 mai 1987, *Christo D.* 1988, Somm. p. 201
 - CA Paris, 4^e Ch., 11 janv. 1990, *Maille c/ Bayer*, D. 1991, somm. 88.
 - TGI Paris, 7 mars 1990, *Toscanni au Brésil*, D., 1991, som. Com. 87
 - Cass 1^{er} civ., 13 oct. 1993 : D. 1994, somm. p. 93
 - Civ., 1^{ère}, 9 nov. 1993, D., 1993, SC, 91.
 - CA Paris, 4^e ch., 5 avr. 1994, D. 1995, somm. p. 54, obs. COLOMBET.
 - CA Grenoble, 1^{ère} Ch. civ., 21 févr. 1995, *Erco c/ Papeteries Desbordes*, D. 1995, somm. 284.
- COSTES L., Contrefaçon d'un modèle de table créé par Yves Klein, *RLDI* 2011/68, no 2224, p. 25-27 note sur CA Paris, pôle 5, ch. 2, 7 janv. 2011.
- DESBOIS H., *RTD com.* 1961, 607, note sur Cass. Com, 29 nov. 1960.
- EDELMAN B. :
 - Cass 1^{er} civ., 13 oct. 1993 : D. 1994, jurispr. p. 138.
 - TGI Lyon, 4 avr. 2001, « De la prééminence du domaine public », D. 2002.
 - CA Paris, 28 juin 2006, D. 2006, D. 2006, jurispr. p. 2610.
 - TGI Avignon 16 nov. 2007, D. 2008. Jur. 588.
 - Cass. com. 1^{er} juill. 2008, n°07-13.952, D., 2009, p. 1182.
 - Cass. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, pourvoi n° 06-19.021, arrêt n° 1108, *Rheims c/ Gautel*, D. 1009. Jur. 263
- FLEURY P., D. 2004, p. 1588 note sur CA Paris, 17 déc. 2003, *Dominique Web c. Dani Lary*.

- FRANCON O., *JCP*, 1994.II.22201 note sur Ass. Plén., 5 nov. 1993.
- GALLOUX J.-C., « *Profumo di diritto* – Le principe de la protection des fragrances par le droit d’auteur », *D.* 2004, n° 36, p. 2642 note sur TGI Paris 3e ch., 3e sect., 28 mai 2002, *Beauté Prestige International c/ Bellure*, RG n° 01/271, inédit.
- GALOPIN B., *D.* 2014. 2097, note sur CJUE 3 sept. 2014, aff. C-201/13, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ H. Vandersteen et alii*.
- GAUBIAC, *RIDA*, 1993, n°157, 343 note sur TGI Nanterre, 10 mars 1993.
- GREFFE P., *D.* 1962, jurispr, p. 163 note sur Cass. Crim., 2 mai 1961.
- GUEDJ J., CEDH 18 mai 2004, n° 58148/00, *Éditions Plon c/ France*, *D.* 2004. 1838 note sur CEDH 18 mai 2004, n° 58148/00, *Éditions Plon c/ France*.
- HAUSER J., *RTD civ.* 2004. 483 note sur CEDH 18 mai 2004, n° 58148/00, *Éditions Plon c/ France*.
- ICKOWICZ J. :
 - Civ. 1ère, 15 nov. 2005, *JCP* 2006. II. 10092
- JULIEN-LAFERRIÈRE J., *AJDA* 2002. 52 note sur CEDH 17 juill. 2001, n° 39288/98, *Ekin c/ France*.
- KAMINA P. :
 - *Blanch v. Koons*, 467 F. 3d 244 (2nd Circ., 2006), *Comm. com. électr.* 2007, alerte 39.
 - Cass. 1ère civ., 17 juin 2003 : *Prop. Indus.*, 2003, com. 92.
- LAFFAILLE F. :
 - TGI Paris, 9 mars 2017, no 15/01086 : *D.* 2017, p. 759
 - TGI Paris, 3e ch.,4e sect., 9 mars 2017, n° 15/01086, *Mmes Bauret, Klein-Bauret et M. Bauret c/ Jeffrey Koons, Sté Jeff Koons et Centre national d'Art et de Culture Georges Pompidou*, inédit, *D.* 2017. 759.
- LANCRENON Th., *JCP*, 2005.II.10072, note sur Cass. Civ, 1ère, 15 mars 2005
- LEMARCHAND, *PI*, 2005, n° 17, p. 481 note sur Cass. Com., 12 juillet 2005.
- LUCAS A. :

- Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, *Williams Electronics, Atari, Pachot, RIDA*, juill. 1986, p. 136
 - Cass. Civ. 1ère, 29 nov. 2005, *Prop. Intell.*, 2006, n°19, p. 174.
 - Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2006, *Bull. civ. I*, n° 401 ; *Propr. intell.* oct. 2006. 443.
 - Cass. Civ. 1ère, 30 janv. 2007, *Propr. Intell.* 2007, n°23, p. 20.
 - Cass. Civ. I, 22 janv. 2009, *Atelier Hexagone, Propr. Intell.*, avril 2009, p.159.
 - Cass. civ. 1ère, 15 mai 2015, *Propr. Intell.* 2015, n°56, p. 281, obs. LUCAS.
 - TGI Paris, 9 mars 2017, no 15/01086 : *LEPI*, juin 2017, p. 3, obs. LUCAS A
 - Cass. Civ. 1ère 22 juin 2017, no 15-28.467 et 16-11.759, *Dialogue des Carmélites, Propr. intell.* oct. 2017, p. 60.
 - CA Paris, pôle 5, 2e ch., 9 juin 2017, *Propr. Intell.* 2017, n°65, p. 53.
 - CA Versailles, 16 mai 2018, no 15/06029 : *PI.*, 2018, no 68, p. 66.
- MALAURIE P., *D.* 2017. 1955. note sur Civ. 1ère 22 juin 2017, no 15-28.467 et 16-11.759, *Dialogue des Carmélites*.
 - MANARA C., *D.* 2013. 172, note sur CEDH 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c/ France*.
 - MANIGNE, *JCP* 1975, II, 18029 note sur Civ, 1^{re}, 13 nov. 1973.
 - MOURON Ph., *Dalloz IP/IT* 2017. 277 note sur TGI Paris, 3e ch.,4e sect., 9 mars 2017, n° 15/01086, *Mmes Bauret, Klein-Bauret et M. Bauret c/ Jeffrey Koons, Sté Jeff Koons et Centre national d'Art et de Culture Georges Pompidou*, inédit.
 - NOUAL P., *Juris art etc.*, 2016, n°39, p. 13 note sur TGI Paris, 7 juill. 2016, n° 13/12836.
 - PASTOR J.-M., *Juris art etc.*, no 46/2017, p. 13 note sur TGI Paris, 9 mars 2017, no 15/01086.
 - POLLAUD-DULIAN F. :
 - TGI Lyon, 4 avr. 2001, *JCP* 2001, p. 1377-1382.
 - Cass. civ. 1ère, 13 juin 2006, *JCP G*, 2006, II, 10138.
 - Cass. Civ. 1re, 13 nov. 2008, pourvoi n° 06-19.021, arrêt n° 1108, *Rheims c/ Gautel, RTD com.* 2009. 121

- CA Paris, pôle 5, ch. 2, 7 janv. 2011, in *Propr. intell.* 2011, p. 176.
 - CEDH 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c/ France*, *RTD com.* 2013, p. 274.
 - CJUE 3 sept. 2014, aff. C-201/13, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ H. Vandersteen et alii*, *RTD com.* 2014. 815.
 - TGI Paris, 9 mars 2017, no 15/01086 : *RTD com.* 2017, p. 353.
 - CA Versailles, 16 mai 2018, no 15/06029 : L., *RTD com.* 2018, p. 345, obs.
- POUMARÈDE, *JCP*, 2005.II.10121 note sur Cass. Com., 12 juillet 2005.
- STANTON L., « Expression and originality in copyright law », 11, *Wasburn L. J.* 400, 1972 note sur *Baker v. Selden*, 1879, 101 US 99.
- SIRINELLI P. :
- Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, *Williams Electronics, Atari, Pachot*, *RIDA* 2010, no 226, p. 401-411.
 - Cass. 1ère civ., 17 juin 2003 : *Prop. Intell.*, 2003, n°8, p. 293.
 - CA Paris, 28 juin 2006, *Pan.* 2991.
 - Cass. civ. 1ère, 7 nov. 2006, *Micca Nomi*, *Bull. civ. I*, n° 464 ; *RIDA* janv. 2007. 335, et 175.
 - Cass. Civ. I, 22 janv. 2009, *Atelier Hexagone*, *RIDA*, Janv. 2009, p. 377.
 - TGI Paris, 7 mai 2010, *RIDA* 2010, p. 387.
 - CJUE, 1er mars 2012, *Football Dataco Ltd Vs Yahoo! UK Ltd, C; D.* 2012, p. 2836.
 - CEDH 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c/ France*, *D.* 2013, p. 2014. 2078.
- TRICOIRE A. :
- CA Paris, 26 mars 1991, *D.*, 1992, pp. 464-466.
 - Cass. civ. 1ère, 15 mai 2015, *D.* 2015, Act. 109.
 - Civ. 1ère, 15 nov. 2005, *D.* 2006. Jur. 1116.
- TREPPOZ E. :
- CA Paris, 4e ch., 26 septembre 2001, *JCP, E*, 2002.329 note CARON et *PI*, 2002, n° 3, p. 46.

- CA Paris 3 déc. 2004, *D.* 2005. Jur. 1237.
 - TGI Paris, 23 nov. 2005, *D.* 2006, jurispr. p. 1051.
 - Cass. Civ. 1re, 13 nov. 2008, pourvoi n° 06-19.021, arrêt n° 1108, *Rheims c/ Gautel*, *D.* 1009. Jur. 266.
 - CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *SABAM c/ Netlog* ; *RTD eur.* 2012, p. 957.
 - TGI Paris, 9 mars 2017, no 15/01086 : *Juris art etc.*, no 46/2017, p. 3.
- WALRAVENS N., *RIDA*, oct. 2003 note sur Cour Fédérale de Justice, 24 janvier 2002.
 - WERRA J., « Liberté de l'art et droit d'auteur », *Medialex*, 2001, p. 147 note sur BverfG, 20 juin 2000, *Germania* 3, *GRUR*, 2001, p.149
 - YANKWICH L. R., « Originality in the law of intellectual property », 1951 réimprimé *Copyright and related topics. A choice of articles*, *Univ. Cal. press.*, 1964, p. 466 note sur *Baker v. Selden*, 1879, 101 US 99.
 - ZECHARIAH Ch., « reflections on the law of copyright », 45 *Columbia L. Rev.* 503, 1945 note sur *Baker v. Selden*, 1879, 101 US 99.
 - ZOLLINGER A. :
 - CA Paris, 25 sept. 2015, no 14/01364, *JCP E* 2016, 1481.
 - TGI Paris, 9 mars 2017, no 15/01086 : *JCP E.* 2018, 1031.

V. Textes officiels

- Article L. 111-1 du CPI
- Article L. 111-3 du CPI
- Article L 112-1 du CPI
- Article L 112-2 du CPI
- Article L. 113-2 du CPI
- Article L. 113-4 du CPI
- Article L. 122-5 du CPI
- Article L. 611-17, a) du CPI

- Article L. 711-3 du CPI
- Articles 16 et suivants du Code civil
- Article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
- Article 2.3 de la convention de Berne
- Article 19 du PIDCP
- Article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
- Règlement n°731/2010 de la Commission du 11 août 2010 « relatif au classement de certaines marchandises dans la nomenclature combinée »
- Article 102 du *Copyright Act* américain de 1976
- Constitution américaine, art. 1er, sect. 8
- Directive du 23 avril 2009 relative aux programmes d'ordinateur, n° 2009/24
- Directive du 12 décembre 2006 relative aux œuvres photographiques, n° 2006/116
- Directive du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996 relative aux bases de données n° 96/9/CE

VI. Autres documents

- Revue *The Blind Man*, 1917, n°2, p. 5

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	6
Introduction.....	1
Partie I - L'adaptation souhaitable de la de l'exigence de forme face à l'émergence de l'art contemporain	11
I. La conception traditionnelle de la création formelle face à la création contemporaine	11
A. La nécessité d'une création formelle au coeur de la conception	12
1. L'exclusion des idées de la protection.....	12
2. Une forme perceptible aux sens.....	18
B. Le dépassement de la conception traditionnelle de la notion de forme	22
1. Le refus de protéger les concepts, générateur d'incohérences	22
2. L'insaisissabilité de la frontière entre forme et idée dans l'œuvre contemporaine génératrice d'incohérences	30
II. La conception « contemporaine » souhaitée de l'exigence formelle	35
A. L'approche globale de l'œuvre contemporaine avec la concrétisation de l'idée originale dans la forme de l'œuvre	35
1. L'œuvre contemporaine, une œuvre mentale	36
2. L'œuvre contemporaine, une œuvre concrétisée	40
B. L'approche totale de l'œuvre contemporaine avec l'importance de la prise en compte d'éléments intangibles	49
1. L'importance du contexte d'exposition dans l'appréhension de l'œuvre contemporaine.....	49
2. L'importance du spectateur dans l'œuvre contemporaine.....	52

Conclusion partie 1	58
----------------------------------	-----------

Partie II - L'adaptation souhaitable de l'originalité face à l'émergence de l'art contemporain	60
---	-----------

I. L'appréhension globale de la notion d'originalité au travers l'œuvre contemporaine	61
--	-----------

A. L'originalité, une notion mouvante, de l'empreinte de la personnalité de l'auteur à la création intellectuelle propre à son auteur.....	61
---	-----------

1. La conception personnaliste du droit d'auteur, l'originalité comme l'empreinte de la personnalité de l'artiste, une notion à repenser.....	62
---	----

2. La conception moderne de l'originalité, les choix créatifs de l'artiste révélateur de l'originalité de l'œuvre	67
---	----

3. La conception anglo-saxonne de l'originalité par le copyright.....	73
---	----

B. L'originalité de l'œuvre contemporaine, à travers la prise en considération d'éléments intangibles.....	77
---	-----------

1. L'originalité dans l'œuvre contemporaine, un melting-pot des différentes conceptions.....	78
--	----

2. Le chamboulement des critères retenus traditionnellement, avec la prise en compte de nouveaux éléments	85
---	----

II. La création contemporaine, limitée au principe d'originalité de l'oeuvre ?	92
---	-----------

A. Le bafouement de la conception traditionnelle de l'originalité par l'émergence de formes d'expressions contemporaines	92
---	-----------

1. La prise en compte de l'intention de l'artiste de l'oeuvre dégradée dans la pratique de la « transformation destructive »	92
--	----

2. La recherche de l'originalité dans l'œuvre issu du mouvement appropriationniste	96
--	----

B. Vers une acceptation de la création contemporaine au delà de l'instabilité de son originalité	104
---	------------

1. La mise en balance du droit d'auteur et de la liberté de création, une possible solution pour la création contemporaine	104
--	-----

2. L'exception de parodie, une porte de sortie pour le courant appropriationniste ?	120
---	-----

Conclusion partie 2.....	126
Conclusion générale.....	130
BIBLIOGRAPHIE.....	134

