

*Droit d'auteur et art contemporain :
quelle protection pour ces œuvres parfois
difficilement qualifiables ?*

Louise Averna

Droit d'auteur et art contemporain : quelle protection pour ces œuvres parfois difficilement qualifiables ?

*Louise Avena
Mars 2014*

Introduction

Le droit d'auteur est un héritage de deux lois révolutionnaires. Une du 19 janvier 1791 sur le droit de représentation, et une du 17 juillet 1793, qui régissait le droit de reproduction. Ces lois vont s'appliquer jusqu'à la loi du 11 mars 1957, qui adapte ces lois révolutionnaires aux nouveaux modes de communication. Le droit d'auteur peut se définir comme le droit de l'artiste sur sa création. Celui-ci présente deux caractéristiques :

- c'est une propriété incorporelle, donc indépendante du support matériel de l'œuvre, comme le dispose l'article L 111-1 alinéa 3 du CPI,
- et c'est un droit dualiste. Il comprend à la fois des attributs d'ordre intellectuel, appelés droit moral, et des attributs d'ordre patrimonial, qui font référence aux droits d'exploitation.

Revenons sur ces deux attributs, d'ordre moral et patrimonial.

Le droit moral comprend quatre éléments :

- le droit de divulgation, qui est le droit pour l'auteur de décider à quel moment et sous quelle forme l'œuvre sera communiquée au public,
- le droit à la paternité, qui est le droit pour l'auteur d'attacher son nom à son œuvre. À l'inverse, c'est également le droit de refuser que l'œuvre soit publiée sous son nom,
- le droit au respect, qui est le droit pour l'auteur d'exiger que son œuvre soit communiquée au public dans son intégrité. Personne ne peut, sans l'autorisation de l'auteur, modifier une œuvre, que ce soit pour y ajouter ou y retrancher quelque chose,
- le droit de retrait et de repentir, qui permet à l'auteur de revenir sur son consentement à un contrat pour retirer l'œuvre de la circulation, ou encore pour la modifier. Ces quatre prérogatives sont personnelles, incessibles et perpétuelles, à l'exception du droit de retrait et de repentir qui disparaît avec l'auteur.

Le droit patrimonial ou d'exploitation se subdivise quant à lui en deux droits :

- un droit de reproduction, qui est le droit pour l'auteur de multiplier les supports,
- et un droit de représentation, qui est le droit pour l'auteur d'autoriser ou d'interdire la communication directe, sans l'intermédiaire d'un support (donc par exemple les représentations théâtrales, le cinéma, la télévision, les concerts...) de son œuvre au public.

Il existe par ailleurs dans le droit patrimonial une autre pré-

rogative qui ne bénéficie qu'aux auteurs d'œuvres graphiques ou plastiques : le droit de suite, qui est le droit de percevoir un pourcentage sur le prix de vente du support matériel.

Ces prérogatives patrimoniales sont des droits personnels, et, contrairement aux droits moraux, cessibles (sauf pour le droit de suite car il pourrait par exemple y avoir un risque d'appropriation de la part des galeries) et limitées dans le temps. Les prérogatives patrimoniales de l'auteur durent pendant la vie de l'auteur et soixante-dix ans après sa mort. À l'issue de ces soixante-dix ans, l'œuvre tombe dans le domaine public et peut donc être exploitée par n'importe qui, sous réserve du droit moral et du droit au respect.

L'objet du droit d'auteur est de protéger des œuvres qui doivent répondre à deux exigences :

- il doit s'agir d'une forme. Le droit d'auteur s'applique aux modes d'expressions et non aux idées. L'article L 112-2 donne une bonne illustration de la diversité de genres des œuvres protégées par le droit d'auteur,
- et cette forme doit être originale, porter l'empreinte de la personnalité de l'auteur.

Or, avec l'arrivée de l'art conceptuel, de l'art contemporain, ou encore de l'art minimal, ces critères classiques de forme et d'originalité doivent être totalement redéfinis. En effet, l'avènement de l'art conceptuel, à qui l'on attribue d'ailleurs la paternité à Marcel Duchamp, dans les années 1910, place l'idée au-dessus de tout, au cœur de l'œuvre. Pour citer la définition de Sol Lewitt, « dans l'art conceptuel, c'est l'idée ou le concept qui compte le plus. Pour un artiste conceptuel, tous les projets ou toutes les décisions sont antérieures à l'exécution, qui reste une chose superficielle. L'idée devient une machine d'art1. »

L'appréhension de ce nouveau genre de création semble donc plus difficile par la propriété intellectuelle, et plus particulièrement par le droit d'auteur, façonné par des critères plus adaptés à l'art classique.

Prendre en compte cette prééminence du concept, de l'immatériel, déceler l'originalité de ces « nouvelles » œuvres, comprendre l'idée qui les anime, telles sont les problématiques auxquelles le droit d'auteur doit s'adapter pour assurer une protection pleine et entière de ces créations.

Aussi, dans quelle mesure l'abandon de l'approche matérielle de la protection des œuvres d'art contemporain, pour une approche plus intellectuelle des critères de forme et d'originalité va-t-il favoriser la protection de ce genre de création ?

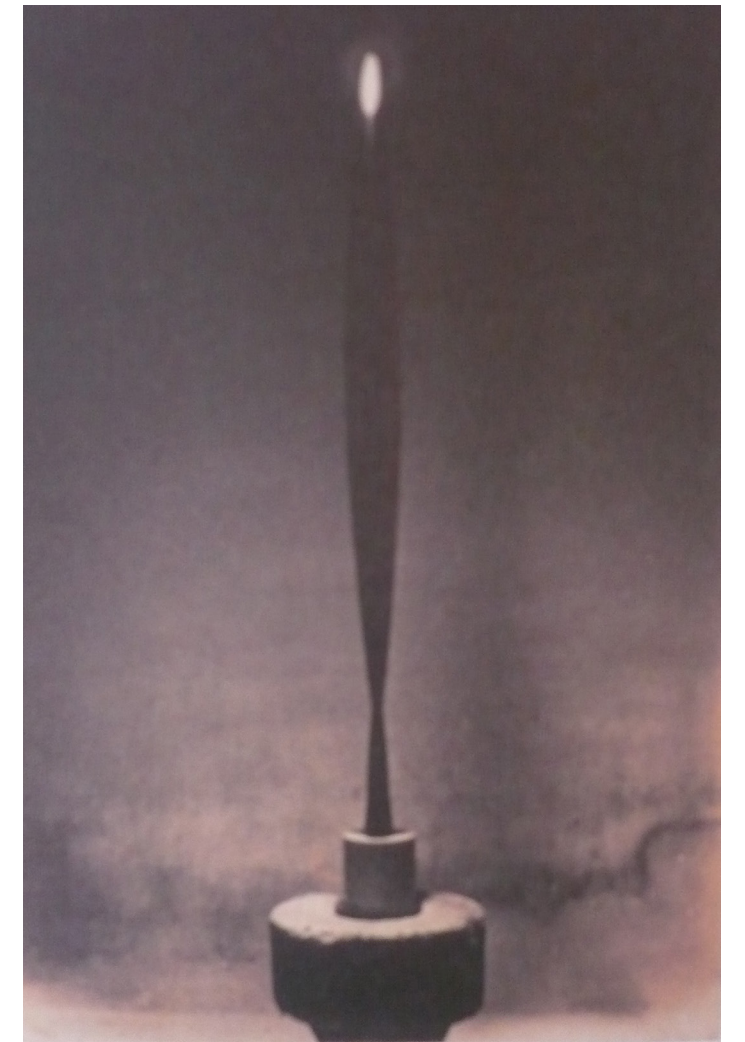
Après avoir analysé la remise en cause des critères classiques de protection par le droit d'auteur (I), nous nous attarderons sur les hésitations que peut entraîner cette approche plus intellectuelle de la création artistique (II).

a remise en cause des critères classiques

Le droit de la propriété littéraire et artistique a pour vocation de protéger les œuvres de l'esprit dès lors qu'elles satisfont aux exigences de forme et d'originalité. Cette approche de la création convient bien à un art figuratif. En effet, l'œuvre est concrétisée dans une forme tangible, immédiatement perceptible, ce qui permet d'appréhender de façon beaucoup plus aisée l'empreinte de la personnalité de l'artiste. Or, depuis le début du XXe siècle, les pratiques artistiques remettent largement en cause les modalités d'appréhension de l'œuvre. L'idée que l'auteur a de l'œuvre devient prééminente face à la forme. Ce nouveau type de création marque une rupture avec l'approche traditionnelle du droit d'auteur. Les œuvres d'art contemporain, plus complexes et moins lisibles, rendent leur accès à la protection plus délicat. Ainsi, ces nouvelles pratiques culturelles remettent en cause non seulement la notion de forme (A) mais aussi la notion d'originalité (B).

A- La remise en cause de la notion de forme

Avec l'arrivée de l'art minimal et de l'art conceptuel, les critères d'appréciation vont largement être redéfinis. Le procès historique portant sur l'Oiseau dans l'espace, de Constantin Brancusi, illustre parfaitement ces difficultés à reconnaître le statut d'œuvre d'art à une œuvre abstraite. En effet, cette pièce de métal est saisie en 1927 par les douanes américaines pour que son propriétaire en paie la taxe appliquée à la matière brute (le métal et la pierre), la douane refusant ainsi l'exonération accordée aux œuvres d'art originales et donc déniait le statut d'œuvre d'art à cette pièce reconnue comme œuvre majeure aujourd'hui. Un procès s'ouvre donc aux États-Unis et s'achèvera en 1928, finalement en faveur de l'auteur. Ce grand procès est l'exemple-même des évolutions de l'art auxquelles les juges doivent faire face et prendre en considération.



Constantin Brancusi, *Oiseau dans l'espace*, marbre noir, (1931-1936)

1) La notion de forme comme « réalité objectivable », perceptible aux sens.

La notion de forme est une notion centrale en propriété intellectuelle et plus particulièrement en droit d'auteur. L'article L 111-3 alinéa 1er du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI) consacre l'indépendance de l'œuvre et de son support. Il importe donc peu, a priori, que l'œuvre soit immatérielle. Le code souligne par ailleurs qu'une œuvre peut être protégée quelle que soit sa forme d'expression (article L 112-1 du CPI). Ainsi, le critère de fixation de l'œuvre est indifférent, et il importe peu que l'œuvre soit ou non éphémère car l'intangibilité ou la pérennité de celle-ci sont indifférentes.

Toutefois, il semble qu'à la vue de la jurisprudence, il n'y ait forme que dès lors qu'il est possible de saisir « une réalité objectivable » : la forme doit, pour être reconnue, se détacher de la personne, acquérir une autonomie. En d'autres mots, pour être protégeable par le droit d'auteur, l'œuvre doit être concrétisée dans une forme perceptible aux sens. Il faut que la conception de l'auteur ait reçue une concrétisation formelle, saisissable par le droit, ce qui l'oppose ainsi aux idées et concepts, non matérialisés, et qui donc ne peuvent être appréhendés de façon juridique. C'est le principe même de l'exclusion de la protection des idées par le droit d'auteur. Mais s'il semble bien difficile de donner une définition précise de ce que peut être la forme et de ce que peut être l'idée, et il l'est encore plus de savoir quand cesse l'idée et quand commence la forme. Or, avec l'arrivée de l'art conceptuel, nombre d'artistes poussent le spectateur à percevoir l'indicible au moyen d'œuvres immatérielles et l'évolution des pratiques tend à une intellectualisation et une dématérialisation de l'œuvre.

2) L'affaire Gautel : quelle frontière entre la forme et l'idée ?

Reprenons l'exemple de l'affaire Jakob Gautel. Le 23 novembre 2008, le Tribunal de Grande Instance de Paris a pu démontrer cette difficulté à appréhender des œuvres qui s'inscrivent dans une démarche d'intellectualisation et de dématérialisation.

En effet, l'art de Gautel consiste à inventer des inscriptions en décalage avec le lieu. Ainsi, lors de la réfection d'un hôpital psychiatrique, celui-ci décide d'inscrire en lettres d'or « Paradis » au-dessus de la porte des toilettes, avec la typographie des grands bâtiments publics. Un peu plus tard, une photographe crée et photographie une mise en scène sous cette inscription et la publie dans un ouvrage. Gautel saisit alors le tribunal pour faire valoir ses droits d'auteur car aucune autorisation ne lui a été demandée avant la parution de cette photographie. Le tribunal se saisit de la question pour savoir s'il y a eu contrefaçon, et donc par là même pour savoir s'ils sont en présence d'une œuvre (car il n'y a pas de contrefaçon sans œuvre). Si l'on appliquait à la lettre les critères traditionnels du droit d'auteur, on



Jakob Gautel, *Paradis*

ne pourrait reconnaître aucune protection à cette forme, la typographie n'étant pas originale et tout le reste préexistant déjà. Il n'y a donc aucune invention de forme. Donc que va-t-on protéger ? Le concept ? L'idée de mettre en décalage ?

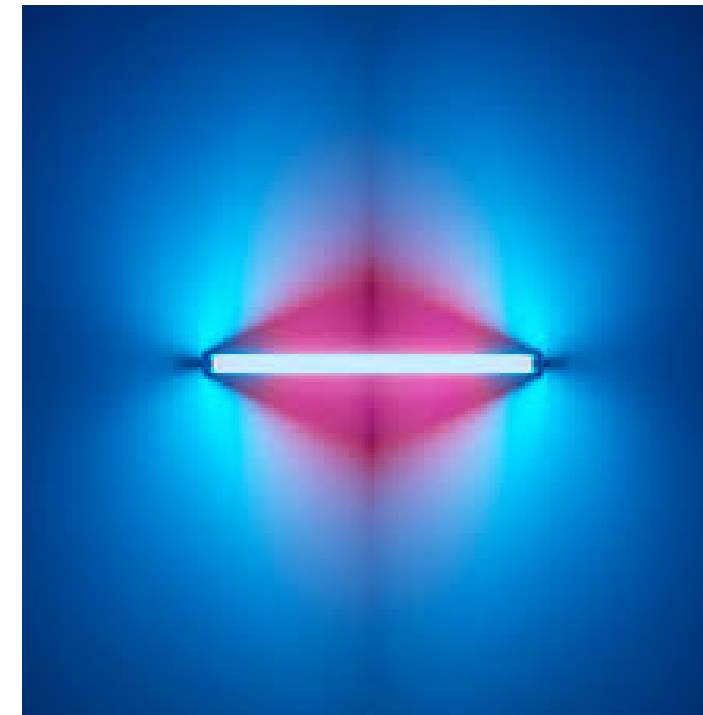
L'affaire va jusque devant la Cour de cassation qui rend une décision assez énigmatique : « attendu que l'arrêt relève que l'œuvre litigieuse ne consiste pas en une simple reproduction du terme "Paradis", mais en l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, 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 ; 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, la cour d'appel en a à bon droit déduit que l'œuvre bénéficiait de la protection du droit d'auteur »

Cette décision peut paraître étrange car la Cour utilise des catégories traditionnelles du droit d'auteur qu'elle applique à un art conceptuel qui les dénie par sa nature même.

Ce subterfuge n'est donc pas adapté car il reprend de vieilles catégories pour accueillir de nouvelles choses. La Cour a alors pour devoir de fabriquer de nouvelles catégories, afin d'éviter que la reconnaissance du statut d'œuvre pour ces créations conceptuelles n'emporte une protection limitée, faillible.

3) Une notion de forme plus globale : la prise en compte d'éléments tangibles et intangibles

Dans l'art minimal, l'œuvre est constituée de matériaux industriels, de formes géométriques simples. Les artistes se concentrent sur l'œuvre elle-même, son contenu intrinsèque. L'œuvre n'est plus seulement réduite à un objet, mais doit être envisagée d'une façon plus globale, en prenant en compte son environnement, la lumière et l'espace participant à sa substance.



Commençons par étudier l'exemple des tubes fluorescents de Dan Flavin.

Ce sont de simples supports matériels desquels émerge la forme de l'œuvre, impalpable. Dès lors, l'idée de l'œuvre est primordiale dans cette recherche de dématérialisation. En effet, le tube fluorescent, élément tangible de l'œuvre, importe moins que la lumière qu'il dégage et la manière dont elle se répand dans l'espace. L'artiste recherche « la présence physique sans tactilité ». L'œuvre existe, elle est perceptible par le spectateur, mais d'une manière moins directe. De même, l'espace environnemental fait partie intégrante de l'œuvre. Il participe à la forme de celle-ci. Par ailleurs, ce genre d'œuvre joue des phénomènes optiques. L'espace et la perception du spectateur peuvent être transformés. Il existe donc un réel décalage entre le droit et l'art quant à la notion d'œuvre. La notion de forme risque d'être appréhendée de manière réductrice, limitée à l'objet, aux éléments concrets de l'œuvre. Or, il est nécessaire d'avoir une approche plus intellectuelle de la forme de l'œuvre, qui peut être constituée d'éléments tangibles mais également intangibles et néanmoins perceptibles par le spectateur. La forme relève aujourd'hui d'avantage du sensible. En effet, on ne peut saisir l'œuvre dans toute sa complexité que si on l'aborde de façon globale et non pas seulement en la réduisant à ses formes d'expression tangibles.



Dan Flavin

4) **La doctrine de Nadia Walravens : un élargissement de la notion de forme à l'ensemble des éléments perceptibles et la prise en compte du public**

Si l'on reprend la doctrine exposée par Nadia Walravens, dans *L'Œuvre d'art en droit d'auteur – Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, l'auteur propose de réviser cette notion de forme (tout comme la notion d'originalité d'ailleurs, que nous aborderons par la suite). En effet, elle constate qu'avec les pratiques artistiques contemporaines, « les idées sont considérées comme œuvres et revendiquées comme telles par les artistes. » (p91). Sa proposition est donc la suivante : élargir la notion de forme à tout l'ensemble des éléments perceptibles de l'œuvre, et qui participent par là même à son essence, son expression.

Cet élargissement de la notion de forme permet alors à l'auteur d'aller au-delà de cette dichotomie forme/idée car, si « l'œuvre d'art relève bien de la mise en œuvre d'une idée, [...] œuvre et idée ne font qu'un, indissociables, immanentes à l'œuvre, révélant son originalité. » Si l'on suit l'exemple qu'elle donne avec l'art minimal, elle le caractérise par des objets aux formes géométriques qui sont réduites à leur plus simple expression. Cette pureté dans la forme exprime ainsi « la puissance de l'idée et sa primauté » (p. 93). Mais la forme de l'œuvre ne réside pas uniquement dans l'objet : « l'œuvre est constituée d'une structure autonome, mais aussi de son intégration dans un espace spécifique et introduit un nouveau rapport avec le regardeur » (p. 93-94). « L'espace environnemental, le contexte d'exposition deviennent désormais une composante à prendre en considération dans l'appréhension de la forme de l'œuvre » (p. 95). Ainsi, « pour qu'une œuvre soit protégeable, il importe seulement que l'œuvre soit perceptible. Dès lors, tous les éléments constitutifs de l'œuvre, qu'ils soient tangibles ou non, participent à son immanence » (p 96). Les éléments tangibles seront donc l'objet, quel que soit le matériau perceptible par la vue ou le toucher. Quant aux éléments intangibles, on entend donc par là l'air, la lumière, mais aussi l'espace, le temps, le contexte d'exposition dans laquelle se trouve l'œuvre, ainsi que l'expérience sensible instaurée avec le spectateur.

En effet, la prise en compte du public, de sa réception de la création de l'auteur est une nouveauté dont Walravens semble avoir conscience. En effet, le droit d'auteur ne trouve sa raison d'être que dans la présence d'un public. On ne revendique la protection du droit d'auteur sur une œuvre qu'à partir du moment où celle-ci n'est plus uniquement connue par son auteur (car il appartient à l'auteur de pouvoir garder ses créations secrètes). Ainsi donc, la nécessité de protéger l'auteur n'intervient qu'avec la publicité de son discours. Il est dès lors possible de déduire cette idée de réception du public de l'exigence d'une forme perceptible aux sens. Par ailleurs, cela signifie que ne peut être protégé que ce qui est perceptible par le public. Tout ce qui relèverait donc de la subjectivité de l'auteur, mais aussi

du public, ne peut faire partie de l'œuvre. Seule l'œuvre, telle qu'elle est présentée au récepteur, doit faire l'objet de l'analyse. Se focaliser sur cette opération de réception, sur cette prise en considération par le public, est une théorie de plus en plus soutenue car la présence du public influence la construction de l'œuvre par son auteur.

La thèse de Nadia Walravens constitue donc une avancée dans l'appréhension juridique de l'art contemporain, en parvenant à intégrer dans la notion de forme, une série d'éléments qui participent à l'œuvre. Cependant, Judith Ickowicz a pu critiquer cette thèse, et notamment le fait que cette manière extensive d'envisager la forme ne permet toutefois toujours pas de la circonscrire. Même si celle-ci est plus large, prenant en compte des éléments contextuels permettant une meilleure compréhension de l'art contemporain, la forme demeure indéterminée. Et ce d'autant qu'elle prend en compte des éléments à contenu variable, comme « l'expérience sensible et la dynamique instaurée par le spectateur », qui ne sont pas de nature à cerner de façon précise la forme de l'œuvre.

5) **La thèse de Judith Ickowicz : une focalisation sur l'auteur**

Pour Judith Ickowicz, dans sa thèse *Le Droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art – Une Analyse juridique de l'art contemporain*, l'œuvre est redéfinie au regard du phénomène de dématérialisation qui les caractérise dans l'art contemporain. Elle envisage ainsi une forme intellectuelle au sein des œuvres d'art contemporain qu'elle définit comme « un ensemble de règles édictées par l'artiste rendant possible l'identification de l'œuvre d'art ». Elle énonce ensuite trois paramètres permettant de saisir la forme :

- « la définition de règles assimilables à un mode d'emploi, la précision, la possibilité d'une exécution répétée »,
- « la conscience du résultat », pour cerner :
- « la ligne de frontières de la forme au sein des œuvres conceptuelles ».

Il semble que Judith Ickowicz ait tendance à s'éloigner de l'œuvre pour se tourner plus vers l'auteur. Or, se focaliser sur la personne de l'auteur, c'est risquer d'intégrer dans la forme de l'œuvre des éléments qui ne seront seulement connus de l'auteur. Si elle souligne que des « dossiers d'œuvre » sont établis pour pouvoir reconstituer la volonté de l'auteur après coup, cela semble difficile d'établir la forme d'une œuvre sur une base d'une documentation annexe qui l'accompagnerait. Enfin, si elle critiquait la définition de la forme de Walravens qui ne permettait pas de déterminer précisément la notion de forme, celle-ci n'est toujours pas définie de façon précise.

6) **Une approche intellectuelle de plus en plus reconnue par les tribunaux : une dissociation entre l'idée et l'exécution de celle-ci**

Au regard de la jurisprudence, les tribunaux ont pu défendre cette approche plus intellectuelle de l'œuvre d'art.

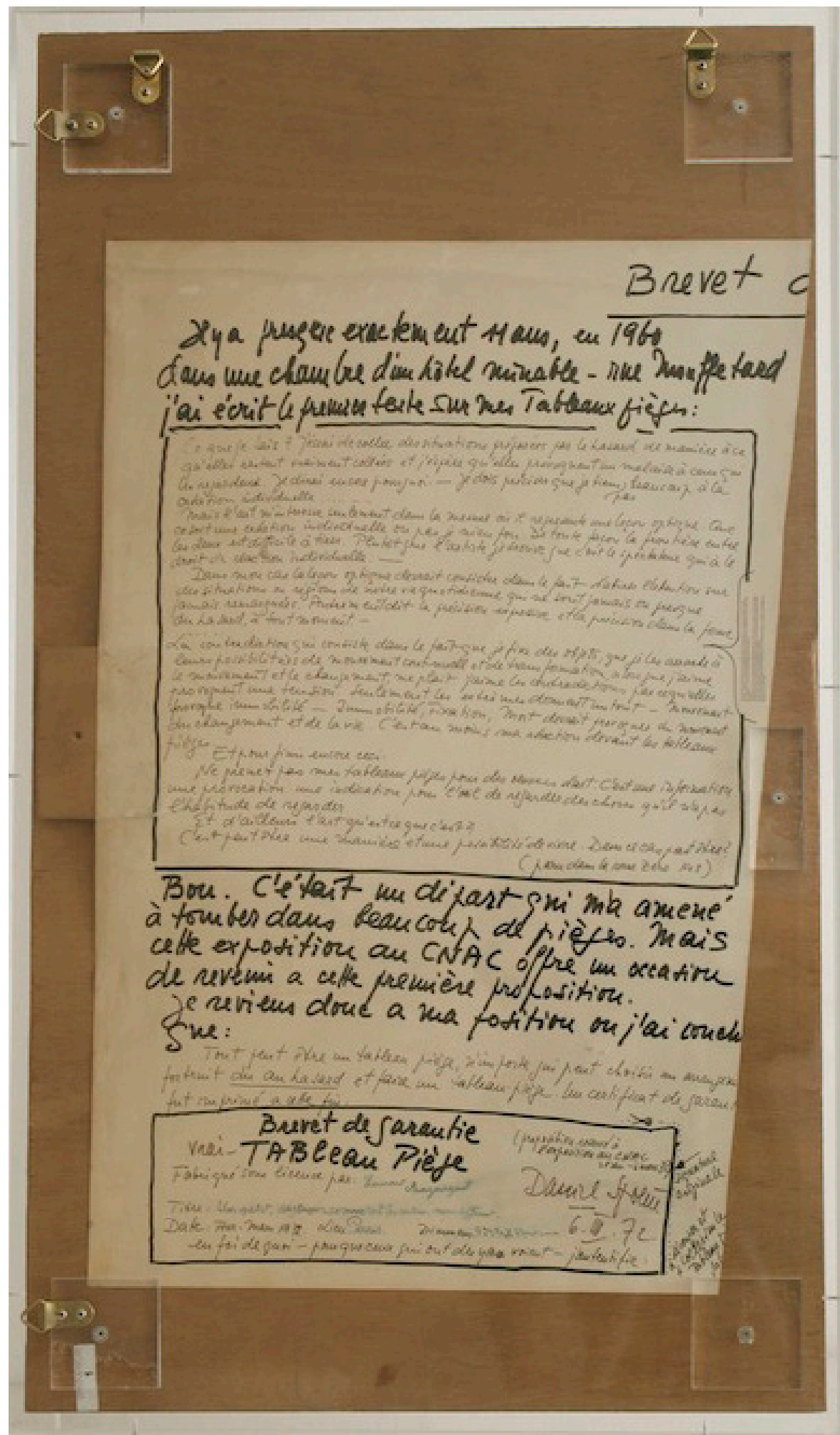


Daniel Spoerri, *Mon Petit Déjeuner*, 1972

Avec l'affaire du tableau piège de Spoerri, on nota une évolution lors de la seconde cassation et de la décision rendue le 15 novembre 2005. Pour reprendre rapidement les faits, l'artiste Daniel Spoerri, lors d'une de ses expositions, avait invité les visiteurs à réaliser eux-mêmes des œuvres. Aux créations qui lui plairaient, Spoerri apposerait « un brevet de garantie » collé au dos des futurs tableaux. Lors d'une vente publique, un tableau désigné sous les indications suivantes dans le catalogue « Daniel Spoerri, Mon Petit déjeuner, 1972, tableau piège : vaisselle et objets collés sur bois. Porte au dos un texte de l'artiste et la mention pris en février-mars 1972, à Paris 17e. Signé et daté au dos. 80 x 45 cm » est vendu. Par la suite, l'acheteur apprend que l'œuvre n'avait pas été exécutée par l'artiste mais par un enfant de onze ans lors de cette fameuse exposition. L'acheteur demande l'annulation de la vente pour erreur sur la substance (article 1110 du Code civil), estimant qu'il n'avait pas acquis « un Spoerri ». Il est débouté par les juges d'appel qui retiennent que l'exécution personnelle n'est ni la condition nécessaire, ni la condition suffisante de la reconnaissance de la qualité de l'auteur, l'authenticité ayant été satisfaite en l'espèce. L'auteur d'une œuvre originale

peut donc être celui qui fait exécuter l'œuvre en donnant des instructions, en la faisant réaliser sous son contrôle. La Cour a alors considéré que les directives de Spoerri (qui exigeait simplement que les visiteurs saisissent une situation par rapport à un thème donné : le petit déjeuner) relevaient de la forme, et son intervention se réduit à une simple vérification, que le résultat corresponde à la conception du tableau piège, sans correction de sa part. Il n'y a donc eu aucune « intervention physique » de la part de Spoerri sur ce tableau piège, mais bien seulement une « intervention mentale ».

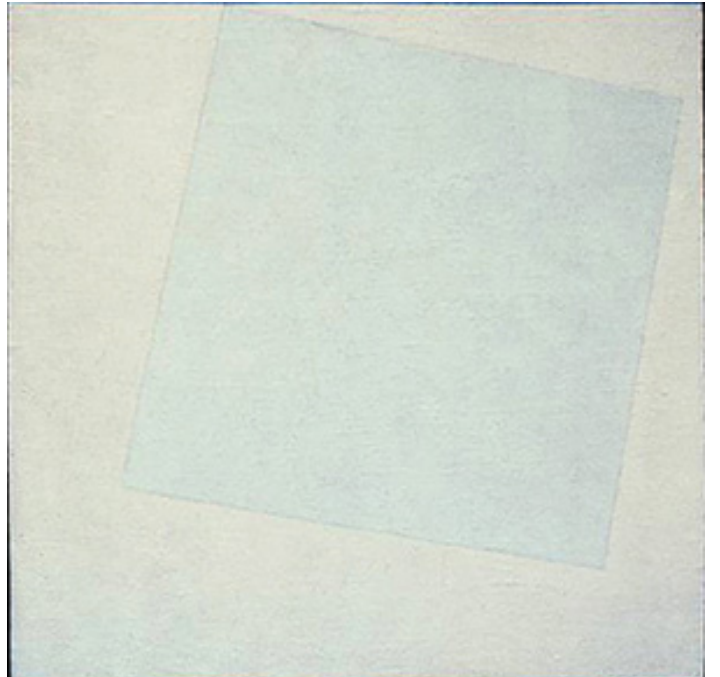
Ainsi, pour le juge, l'auteur n'est pas nécessairement celui qui a réalisé l'œuvre, et l'œuvre ne suppose pas nécessairement une intervention effective de l'auteur. On peut d'ailleurs reprendre sur ce point l'arrêt Guino du TGI Paris, en date du 11 janvier 1971. A la fin de sa vie, Renoir ne pouvait plus sculpter lui-même. Il faisait donc exécuter ses œuvres, sous son contrôle, par l'un de ses élèves, Richard Guino. Les juges n'ont pas renié la qualité d'auteur des sculptures à Renoir, bien qu'il n'ait pas lui-même travaillé la matière. On a évoqué ici une création par direction et par contrôle.



Authentification du tableau piège, Mon Petit Déjeuner, 1972, par l'artiste (Daniel Spoerri), Brevet de garantie daté 6.III.1972 au dos du tableau

Cette œuvre de collaboration montre donc bien qu'il est possible de dissocier la main (celle de l'enfant) et l'esprit (celui de Spoerri). Pour ce type de création, comme beaucoup d'œuvres d'art contemporain, l'idée importe plus que la mise en forme, de telle sorte que la question de l'exécution personnelle de l'auteur est secondaire.

Le tableau du Carré blanc sur fond blanc, de Malevitch, est l'illustration même de « la peinture au cœur de l'idée. [...] L'idée y est fortement implantée, [...] elle pourrait presque suffire à faire œuvre ».2 L'idée et la mise en forme sont donc très étroitement liées, les tableaux pièges de Spoerri, les tubes de Dan Flavin ou encore le carré de Malevitch comme bien d'autres encore, participent de cette difficulté où l'apport créatif repose plus dans l'orientation donnée à l'objet, sa projection dans un espace précis, que dans l'implication physique de l'auteur pour leur donner forme. En bref, il n'est pas possible de juger une œuvre d'art contemporain en usant des critères d'évaluation d'une œuvre classique.



Kasimir Malevitch, carré blanc sur fond blanc, 1918

Cependant, l'exigence de concrétisation dans une forme n'est pas le seul concept juridique à poser des difficultés lorsqu'il s'agit de savoir si une œuvre peut être qualifiée d'« œuvre de l'esprit » et donc être protégée par le droit d'auteur. Si la forme est reconnue et que l'œuvre se trouve donc protégeable, encore faut-il que cette forme soit originale, ce qui s'avère tout aussi problématique pour les œuvres d'art contemporain.

B- La remise en cause d'une notion d'originalité

Dans le domaine de l'art contemporain, la condition d'originalité de l'œuvre disparaît au profit du caractère original de l'activité de l'artiste. De même, l'exigence d'un support matériel s'efface pour laisser place au projet artistique. Dans cette volonté de redéfinition du critère classique, la notion de choix de l'artiste apparaît de plus en plus comme un critère d'originalité.

1) *Le critère de choix de l'artiste dans l'appréciation de la notion d'originalité*

a- L'exemple de la performance d'Alberto Sorbelli

Après quelques réticences du droit positif à admettre ce critère de choix pour la création artistique contemporaine, (il n'était admis que pour les plans bases de données ou pour les photographies, notamment avec l'arrêt Painer par exemple), il est possible de noter une certaine amorce d'évolution dans la manière d'aborder la création artistique contemporaine. La Cour d'appel de Paris a appliqué pour la première fois le critère de choix à une performance de l'artiste Sorbelli dans une décision du 3 décembre 2004, position qu'elle a réitéré dans sa décision du 28 juin 2006 relative à l'affaire Gautel, en soulignant que l'originalité d'une œuvre d'art contemporain peut être déduite des choix exercés par l'artiste, choix qui expriment l'empreinte de sa personnalité.

Nous allons donc nous pencher sur l'affaire Sorbelli et sur la notion de performance, bel exemple des difficultés de qualifications auxquelles les juges ont pu être confrontés. Les performances, happenings, où l'improvisation joue un rôle essentiel, sont une illustration de la dématérialisation de l'œuvre d'art. Ce sont des créations qui s'attachent à rechercher si le droit peut, dans une qualification juridique, prendre en compte les notions de hasard et d'imprévu. La décision de la Cour d'appel de Paris du 3 décembre 2004 a été amenée à se prononcer sur la protection de cette forme de création inédite.

En 1994, un artiste, Alberto Sorbelli se met en scène en travesti devant la Joconde. Sa performance, intitulée Première Tentative de rapport avec un chef-d'œuvre est photographiée. Le directeur d'un musée japonais demande alors à l'artiste de réaliser une seconde performance pour une exposition intitulée Les 1000 Visages de Mona Lisa, seconde performance qui sera également photographiée par une artiste japonaise. Deux ans plus tard, Sorbelli constate que ces photographies ont été publiées dans différents catalogues sous un nom qu'il n'a pas choisi et sous le seul nom du photographe : Yoshida. Certains cli-



Alberto Sorbelli, Performance, Musée du Louvre, 1994

chés sont même vendus sans son autorisation. Il assigne alors le photographe sur le fondement du droit d'auteur et du droit à l'image. Le tribunal lui donne raison sur le droit à l'image mais rejette en revanche sa prétention sur le droit d'auteur. Il obtient finalement gain de cause devant la Cour d'appel de Paris.

Sur le fondement du droit d'auteur, les magistrats soulignent que « ces œuvres photographiques très particulières réalisées le 2 décembre 1997 au Musée du Louvre constituent une œuvre de collaboration, en ce que M. Sorbelli a imposé son choix dans la composition et la mise en scène du sujet, tandis que le photographe a imposé son choix dans le cadrage, les contrastes et la lumière. Que le jugement sera réformé en ce qu'il a dit que ML. Sorbelli n'avait pas la qualité d'auteur. Qu'il est coauteur avec Mademoiselle Yoshida des trois photographies en cause ». Les magistrats reconnaissent en partie le statut d'œuvre à la performance de Sorbelli, au travers de la qualification d'œuvre de collaboration, avec la photographe. Cette décision est critiquable. En effet, pour qualifier une création d'œuvre de collaboration, cela suppose une indivisibilité entre les différents apports, une inspiration commune. Or, en l'espèce, l'inspiration commune semble difficilement identifiable puisque la performance de Sorbelli avait une existence autonome par rapport à la création photographique. On pourrait plutôt qualifier d'œuvre composite la création photographique. Cette performance aurait donc pu être appréhendée de façon autonome, et s'apparenter à une œuvre chorégraphique lorsque les juges visent « la composition et la mise en scène du sujet ». En effet, Sorbelli se met bien en scène, en produisant cette performance, par ses poses, ses tenues, et son évolution dans un univers particulier (le Musée du Louvre, devant la Joconde). L'artifice de l'œuvre de collaboration pour que cette performance accède à la



Alberto Sorbelli, *Tentative de rapport avec un chef-d'œuvre*, Musée du Louvre, 1997

protection par le droit d'auteur n'était donc pas nécessaire.

b- L'exemple des tubes de Dan Flavin : le choix comme processus créatif

Il est dès lors possible de se questionner sur la notion de processus créatif. Si l'on s'attarde maintenant sur les créations des néons de Dan Flavin : comment déceler l'activité créatrice dans ses œuvres puisque celles-ci sont constituées de tubes fluorescents de 2,44 mètres, placés en diagonale sur un mur ? Il existe tout un processus créatif en amont (choix de la dimension des tubes, de la couleur, de l'angle de la diagonale), éléments qui resteront indéterminés jusqu'à ce que le lieu de l'exposition soit connu par l'artiste, car l'espace environnemental est primordial, inhérent à l'œuvre. On constate donc que l'œuvre, a priori dépourvue d'acte créateur car constituée d'un objet manufacturé, résulte néanmoins de l'activité créatrice de l'artiste. La combinaison de choix des matériaux, couleurs, agencement dans l'espace et lieu d'exposition, participent au processus créatif et produisent une œuvre empreinte de la personnalité de son auteur. En effet, les tubes, produits manufacturés, étaient interchangeables, et l'œuvre pouvait être montée par un tiers, mais l'installation, le contrôle du déroulement et de l'aboutissement de l'organisation du processus de création qui était mis en place demeuraient du seul ressort de l'artiste. L'œuvre ne résulte donc plus d'une implication physique de l'artiste mais relève néanmoins toujours d'une mise en forme de l'idée de l'œuvre. L'approche de la création est moins matérialiste et ouvre la voie à une liberté créatrice de l'artiste.

Ainsi, les œuvres de Dan Flavin, en dépit de l'intellectualisation de son élaboration, incarnent la personnalité de l'artiste. L'intention de l'artiste témoigne de l'empreinte de sa personnalité. Il y a donc une nécessité d'abandonner définitivement l'approche matérialiste de la création artistique, inadaptée à l'art contemporain. Cela implique alors la prise en compte de tous les éléments, tangibles et intangibles, qui constituent l'œuvre et participent à son essence même. Il devient plus aisé de prendre en considération toute la dimension de la forme de l'œuvre et d'y déceler l'originalité. Cette approche, plus intellectuelle de l'œuvre, est alors parfaitement compatible avec l'approche personnaliste du droit d'auteur.

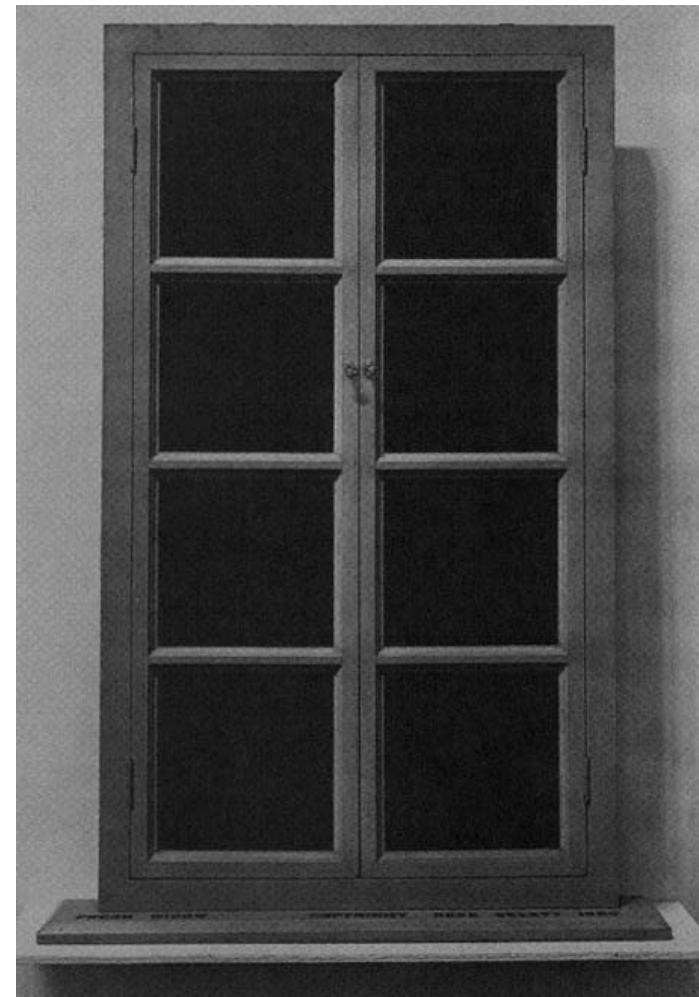
2) Le critère du choix pour déceler l'originalité des produits manufacturés ?

Le schéma classique du droit d'auteur vient protéger les œuvres pérennes, sur un support physique issu de la main de l'artiste. Cependant, comme nous avons pu le voir, l'art contemporain vient perturber ce schéma. L'exécution de la main de l'artiste devient secondaire, et la fabrication d'objets d'art n'est plus nécessairement une fin en soi. L'artiste peut ainsi définir une œuvre à partir d'objets manufacturés. Dans la conception du droit d'auteur,

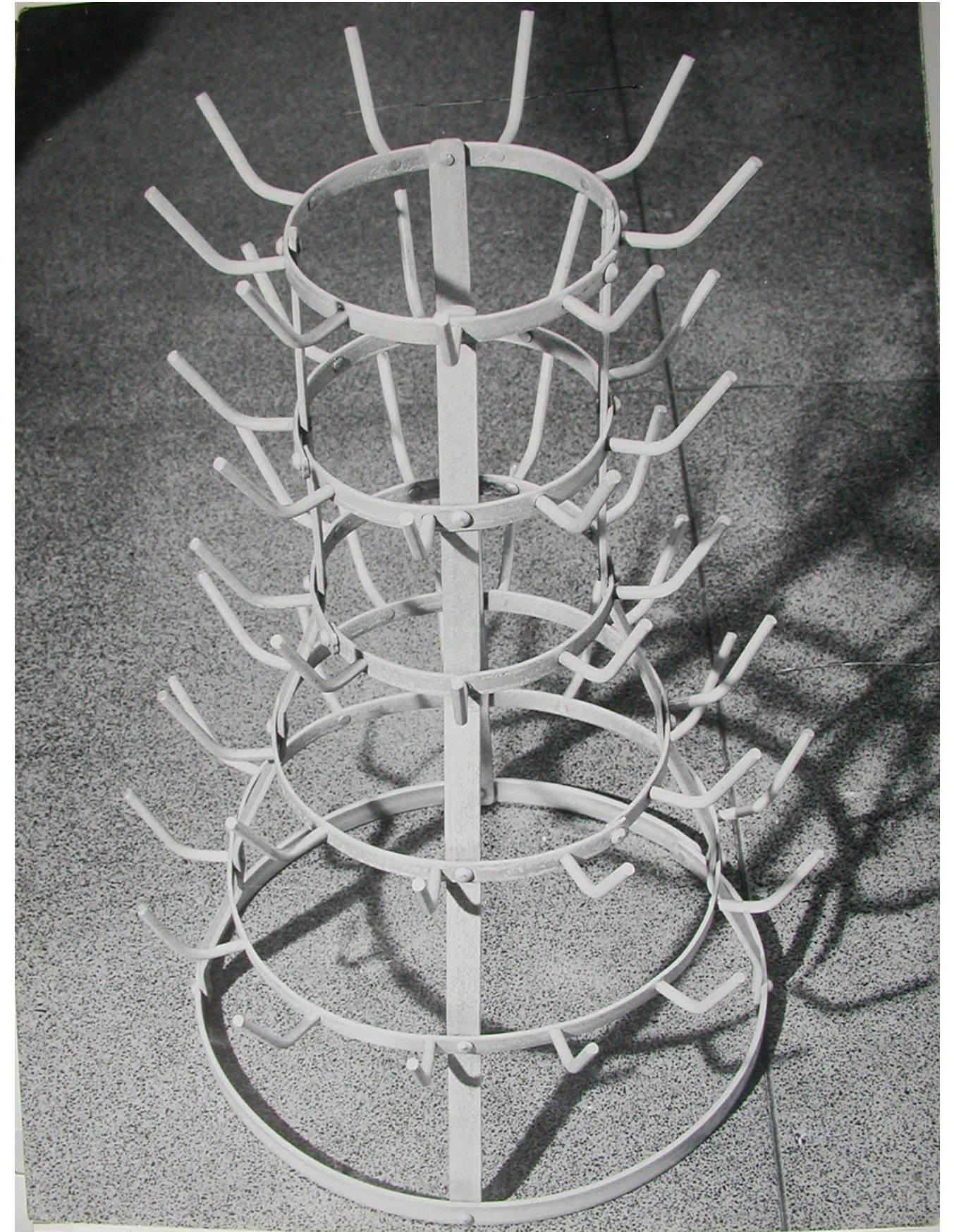
l'œuvre originale doit révéler l'activité créatrice de l'artiste, l'empreinte de sa personnalité, ce qui est parfois difficile à appréhender. En effet, comment déceler cette empreinte de la personnalité quand l'auteur n'intervient pas forcément physiquement dans la réalisation, quand la technique n'est finalement plus ce qui importe le plus ? Il faut se focaliser sur l'œuvre en tant que résultat du choix de l'artiste, en privilégiant une approche plus mentale que physique de l'artiste dans la réalisation de l'œuvre.

a- La transformation d'un produit industriel en œuvre d'art originale : l'importance de l'activité créatrice

Pour Marcel Duchamp, la réalisation d'un ready made est à chaque fois l'occasion de produire une autre forme d'expression, révélatrice de l'empreinte de sa personnalité. L'artiste a ainsi pu déclarer « je crois que l'art est la seule forme d'activité par laquelle l'homme en tant que tel se manifeste comme véritable individu³. » La démarche créatrice de l'auteur, bien qu'intellectuelle, n'empêche pas cette expression personnelle dans l'œuvre. L'utilisation d'éléments qui sont a priori étrangers au domaine artistique sera indifférente à la reconnaissance



Marcel Duchamp, *Fresh Widow*, 1920



Marcel Duchamp, *porte-bouteilles ou hérisson*, 1914

d'une œuvre originale. L'œuvre sera le résultat d'une démarche créatrice de l'artiste, de sa propre pensée. L'avocat Eugène Pouillet a d'ailleurs pu observer à ce propos que « la matière employée par l'artiste est sans influence sur son droit ; c'est la conception de l'auteur qui est protégée. Qu'importe qu'il l'ait exprimée sur la toile ou sur la porcelaine, taillée dans le marbre ou l'ivoire, façonnée dans une pâte, coulée dans un moule ; elle garde dans tous les cas son individualité. La création reste la même⁴. » La démarche d'appropriation d'un objet industriel et son détournement en œuvre d'art n'empêche donc pas qu'il y ait une activité créatrice, traduction de l'originalité, critère requis pour une protection par le droit d'auteur.

b- Cette originalité : gage de la valeur économique de l'œuvre : l'exemple de l'affaire Pinoncelli

De nombreuses œuvres d'art contemporain intègrent d'ailleurs des biens manufacturés. En tant que bien fongible, donc facilement remplaçable par un autre, c'est le choix de l'artiste quant au sort des matériaux qui va déterminer l'identité de l'œuvre. Ainsi, dès lors que l'artiste érige un objet manufacturé en œuvre d'art, il isole des objets similaires, les individualise, et met ainsi un terme au jeu de la fongibilité. Deux choses a priori semblables ne le sont plus, si l'on suit cette démarche intellectuelle du primat de l'idée. L'artiste confère à l'objet la même rareté qu'une œuvre issue de sa main, et sa valeur ne dépendra pas du prix de l'objet manufacturé, facilement remplaçable, mais de la décision de l'artiste d'en faire une œuvre d'art. Cela



Marcel Duchamp, *Fontaine*, 1917

pourra servir de « grille d'évaluation » en cas de dommages causés à l'œuvre, comme dans le cas de l'affaire Pinoncelli.

Lors d'une exposition sur le ready-made de Duchamp, Pinoncelli, en voyant la Fontaine de Duchamp, urine dedans et la brise d'un coup de marteau. Le tribunal de Tarascon est saisi de la question par le centre Pompidou qui demande réparation. Pinoncelli est d'accord pour remplacer l'urinoir par un autre. Ainsi, il ne reconnaît pas la valeur d'œuvre d'art à l'urinoir de Duchamp. Pour Pinoncelli, s'agissant du ready made, le préjudice matériel ne peut être apprécié de la même manière que pour une œuvre produite en exemplaire unique et émanant de la main de l'artiste. L'urinoir comme objet manufacturé élevé au rang d'œuvre d'art implique que son interchangeabilité suffise à indemniser le plaignant. La grande question porte donc sur le fait de savoir si cet objet manufacturé peut être considéré comme une œuvre originale, ce que retient le tribunal ; et statuer en sens contraire, en estimant la Fontaine de Duchamp, non pas par rapport au marché de l'art mais par rapport au marché du produit manufacturé, reviendrait à déclarer que la création de Duchamp est un simple objet fongible. Il y aurait un rejet de toute sa dimension artistique. L'objet manufacturé peut donc acquérir l'identité d'une œuvre authentique par les choix effectués par l'artiste, et donc par là même la valeur marchande qui lui est attachée.


Avec cette affaire Pinoncelli en 1992, on comprend cette logique marchande qui sous-tend la reconnaissance d'une création en tant qu'œuvre d'art. En effet, Pinoncelli revendique son acte comme étant de l'art. En urinant de la sorte, il aurait désacralisé cet urinoir, puis lui aurait redonné son aura en le brisant d'un coup de marteau par la suite. Quand le tribunal refuse que Pinoncelli indemnise le Centre Pompidou à la hauteur du prix de l'objet manufacturé sur le marché, il reconnaît à la création de Duchamp le statut d'œuvre d'art, ce que refuse d'admettre Pinoncelli. Pourtant, c'est bien parce que c'était une œuvre qu'il l'a choisie. Il a voulu marquer son empreinte, car il savait qu'en la choisissant, il ferait parler de lui et s'accaparerait la gloire. Edelman définit ce type d'action comme une sorte de parasitisme de la gloire. En s'attaquant à cette œuvre connue, à forte notoriété, Pinoncelli a finalement voulu s'approprier la gloire de cet objet, et ce parasitisme doit être réparé⁵. (Nous verrons d'ailleurs dans le II-B qu'agir en parasitisme s'impose comme une voie d'action subsidiaire au droit d'auteur efficace et adaptée.)

3) La nécessité de rester dans une approche subjective du critère d'originalité pour déceler l'empreinte de la personnalité de l'artiste

Une adaptation du droit d'auteur à l'art contemporain nécessite donc d'appréhender autrement la notion d'originalité et pour certains, d'opter pour une conception plus objective. En effet, dès lors qu'il est plus difficile de percevoir l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans

son œuvre, et donc son originalité, le droit positif semble s'orienter vers une objectivation de cette notion. On adopte un critère de protection plus neutre et distancié, on consacre une approche « dépersonnalisée » de la création⁶. Pour Walravens, cette objectivation a conduit les tribunaux à prendre en compte de nouveaux critères, notamment en confondant l'originalité avec la nouveauté, le choix ou encore l'apport intellectuel. Or, il semble que pour les œuvres d'art contemporain, la vision personnaliste du droit d'auteur reste appropriée (car envisager l'originalité objective reviendrait à minimiser le lien existant entre l'artiste et son œuvre, ce qui pourrait conduire à une atténuation d'un droit essentiel : le droit moral comme nous allons le voir par la suite). Sauvegarder cette approche subjective de la création permet de souligner ce lien irréductible qui unit l'auteur à son œuvre. L'intentionnalité de l'artiste, le choix, la mise en situation d'un objet dans un contexte environnemental déterminé par l'artiste, bref tous ces éléments sont le fruit d'une démarche créatrice, sont producteurs de sens. Ils permettent d'imprimer la marque de l'artiste dans l'œuvre. Garder une approche subjective de l'originalité et préserver cette philosophie humaniste de la création semblent donc se révéler comme l'approche la plus pertinente.

L'empreinte de la personnalité de l'auteur reste donc un élément essentiel. Car en dépit d'appropriation d'éléments neutres ou impersonnels (comme les objets manufacturés), les œuvres portent toujours l'empreinte de la personnalité de leur auteur. Toutefois, la redéfinition de ces notions de forme et d'originalité pour entrer dans une approche plus intellectuelle de l'œuvre engendre certaines hésitations, notamment quant à la définition de l'idée, mais aussi sur les dérives d'une possible objectivation de la notion d'originalité.



es hésitations quant à
cette approche intel-
lectualiste

En s'accordant à intellectualiser les critères classiques de forme et d'originalité pour les adapter aux œuvres d'art contemporaines, deux problèmes semblent se dessiner. En effet, en voulant appréhender le critère de forme de façon plus globale, il devient difficile de savoir comment appréhender la notion d'idée, comment l'intégrer à l'œuvre sans pour autant la faire entrer dans le système de protection par le droit d'auteur. De même, en voulant adopter une approche plus extensive du critère d'originalité, il existe un réel risque d'aborder cette notion d'un point de vue trop objectif, ce qui constitue un danger important d'amenuisement du droit moral de l'artiste (A). Nous verrons alors que si le droit d'auteur est donc parfois difficilement applicable pour les créations contemporaines, l'action par voie de parasitisme semble être adaptée à cette nouvelle approche plus intellectuelle des œuvres (B).

A- Le problème de la frontière incertaine entre forme et idée et de l'objectivation du critère d'originalité

1) *Les problèmes soulevés par une distinction difficile entre forme et idée*

a- Le principe d'exclusion de l'idée du champ de protection du droit d'auteur.

L'idée ne peut être protégée en droit d'auteur. Ce principe d'exclusion des idées de la protection par le droit d'auteur est affirmé depuis le XIXe siècle. La pensée, immatérielle, ne peut être source d'appropriation. Seules les œuvres concrétisées dans une forme peuvent l'être, car la forme traduit cette expression de la création sans laquelle elle ne serait que simple pensée, immatérielle. L'idée n'est qu'un préliminaire de la création. On justifie cette exclusion par la nature même de l'idée, par son caractère impersonnel. Seule la forme que va prendre l'idée peut être protégeable et être susceptible d'appropriation car seule cette forme peut revêtir un caractère personnel. Par l'application de ce principe d'exclusion, on cherche à préserver la liberté de création. La libre circulation des idées permet un renouvellement perpétuel de la création.

b- Une dichotomie forme/idée difficile

Mais comme nous avons pu le voir, cette nouvelle forme d'art où les créations immatérielles sont de plus en plus nombreuses aujourd'hui, a pu laisser perplexe quant à la détermination de la limite existante entre forme et idée. Les juges sont parfois bien en mal de distinguer l'idée, non

protégeable, de la forme, susceptible d'être protégée. Dans de nombreux cas, départager le fond et la forme, et appliquer le principe d'exclusion des idées est bien difficile, notamment pour les projets qui anticipent une réalisation à venir. Il semble que pour que ces œuvres soient protégeables, celles-ci doivent se présenter sous la forme d'indications concrètes et précises, que le principe de création soit suffisamment défini pour permettre une exécution répétée. Il s'agit alors de déterminer si la reprise du concept de création peut être constitutif de la contrefaçon, en d'autres mots si ce concept peut être protégeable par le droit d'auteur. Il convient alors d'opposer les idées à l'état brut et les idées travaillées (qui proposent des indications concrètes quant à leur réalisation future) et donc dotées d'une forme. Une idée suffisamment détaillée pour permettre une réalisation à venir peut être considérée comme ayant déjà une forme, même en l'absence de support matériel.

c- Une distinction entre les idées exprimées et les idées non exprimées ? Les idées banales et les idées complexes ?

La doctrine a pu considérer que l'idée non exprimée n'était pas protégeable. Cependant, est-ce que cela signifie que l'idée exprimée dans une œuvre pourrait l'être ? Bernard Edelman souligne cette distinction bien ténue qui existerait entre d'un côté l'idée exprimée et de l'autre la forme de l'idée. Aussi, une partie de la doctrine a pu se questionner sur la possibilité ou non de protéger l'idée exprimée. Par ailleurs, on remarque que la justification qui sous-tend le principe d'exclusion des idées de la protection par le droit d'auteur repose sur le principe de libre circulation des idées. Il existerait un fond commun d'idées. Cependant, cette justification repose davantage sur le fait que ces idées ne

sont pas protégeables parce qu'elles sont banales, et que leur mise en forme serait banale aussi. Ces idées banales doivent donc être distinguées des idées originales, concrétisées dans une forme originale et donc susceptible de protection. Dès lors qu'une idée est complexe et élaborée, elle n'est plus identifiable à un lien commun, mais bien à l'univers propre à son émetteur. La question d'une éventuelle protection de l'idée originale a ainsi pu être posée, mais l'exigence d'originalité peut-elle être appliquée aux idées ? Peuvent-elles avoir un caractère subjectif ?

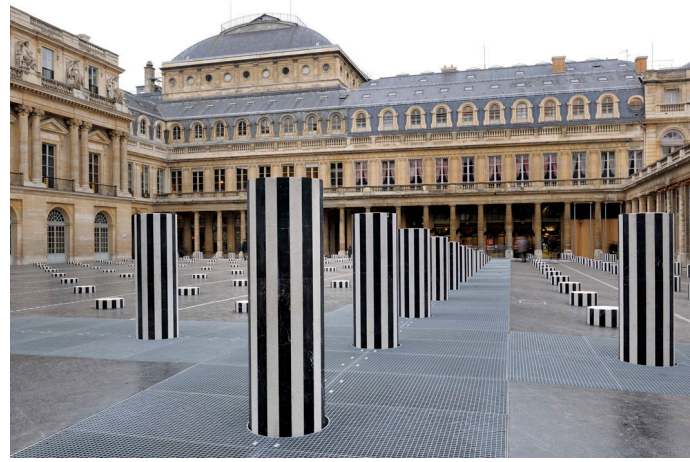
d- Les idées sont protégeables par le droit d'auteur : position d'une doctrine minoritaire

Il existe un réel courant, minoritaire, pour qui la protection des idées serait souhaitable. Par exemple, dans les années 70, Raymond Lindon a pu affirmer que l'idée, si elle est originale, doit pouvoir bénéficier de la protection par le droit d'auteur. Il admettait l'existence d'un fond commun d'idées dans lequel chacun pouvait puiser, en accord avec ce grand principe qui considère que les idées sont de libre parcours. Mais il existait aussi pour lui une hypothèse selon laquelle le concepteur d'une idée neuve en confiait la réalisation à un tiers car il n'était pas lui-même en mesure de la réaliser. Refuser alors au concepteur tout droit d'auteur dans ce cas précis reviendrait à « frustrer » ce dernier. Le concepteur devrait au moins être reconnu comme le coauteur de cette œuvre finale, ce qui signifie que l'idée en tant que telle serait reconnue comme protégeable. B. Nawrocki a aussi pu noter, dans *Évolution de l'art et droit d'auteur*, que « l'idée, née d'une activité intellectuelle créatrice et relevant du domaine de la science, de la littérature ou de l'art, (au sens large du terme), devrait à notre avis être protégeable à partir du moment où elle devient capable de circuler dans le temps et dans l'espace, sous une forme originale et suffisamment concrétisée (conçue et prévue en termes généraux) pour permettre aux tiers la réalisation (ou le complément) d'une œuvre de l'esprit, dans sa totalité ou dans ses parties essentielles – telle qu'elle a été envisagée par l'auteur lui-même, sans l'aide de ce dernier. » Les propositions de Raymond Lindon ne sont donc pas restées isolées. Jacques Godfrain a pu par ailleurs proposer en 1992 un projet de loi sur les « créations réservées » qui proposait de protéger les idées de toutes sortes.

Ainsi, si cette doctrine favorable à la protection des idées a pu trouver quelques répercussions chez certains auteurs, elle reste toutefois peu précise quant au degré de concrétisation que celles-ci devraient atteindre pour être protégeable. Par ailleurs, une telle protection engendrerait de grandes conséquences à la fois sur la liberté d'expression et sur le champ d'application du droit d'auteur.

e- La protection des idées : cause de situations injustes

Une même idée peut être exprimée de façon très différente. Aussi, accorder une protection à ces dernières constituerait une entrave à la création. Si l'on reprend l'exemple de l'art contemporain, un tel monopole sur l'idée empêcherait donc quiconque de faire un tableau blanc (Carré blanc sur fond blanc, de Malevitch) ou un tableau



Daniel Buren, *Colonnes*, 1986

bleu (Bleu IKB, de Klein). De même, il serait impossible de présenter un objet comme une œuvre d'art (les ready made de Duchamp) ou d'utiliser des procédés de réalisation comme des rayures, des emballages (Buren, Christo...).

Les idées artistiques sont reprises, repensées, reformulées, ce qui permet l'évolution de la création.

Par ailleurs, si nous avons pu voir que la protection de l'idée exprimée était envisageable, des questions se posent quant à l'accès à la protection.

En effet, pour que l'idée soit considérée comme protégeable, elle doit être exprimée dans une forme perceptible aux sens. C'est en ce sens qu'on peut dire que l'œuvre est l'idée. Par exemple, avec l'Exposition du vide, d'Yves Klein, l'artiste recherchait la dématérialisation de l'œuvre. Ainsi, l'œuvre consiste d'avantage dans l'idée exprimée que dans la forme de l'idée. Et même si l'œuvre réside plus dans l'idée que dans la forme, on ne peut douter de son existence (en l'espèce, avec Yves Klein et son exposition, c'est la mise en œuvre d'un espace blanc, vide, qui dégage une atmosphère particulière, et qui invite le spectateur à percevoir différemment la notion d'œuvre d'art, à développer sa sensibilité).



Christo et Jeanne-Claude, *Pont Neuf*, 1985



Yves Klein, Exposition du Vide, 1958 « Maintenant je veux dépasser l'art dépasser la sensibilité , dépasser la sensibilité . dépasser la vie, je veux rejoindre le vide . »

On a, à cet égard, l'exemple de l'action en justice de Buren contre un article paru dans le Figaro, qui cherchait, de façon humoristique, à se débarrasser de ses colonnes de Palais Royal. Daniel Buren revendique alors une atteinte à sa personne, en sa qualité d'auteur (ce qui n'a pas été retenu par la Cour de cassation qui considère que cet article s'inscrit dans l'exercice du libre droit de critique et de liberté d'expression).

Ainsi, si l'empreinte artistique de l'auteur semble inexistante, il n'en est rien. Dès lors que l'artiste procède à une activité créatrice qui conduit à la réalisation de l'œuvre, sa personnalité est forcément incarnée dans l'œuvre.

Cette approche subjective, personnaliste, des œuvres d'art contemporaines, et leur protection par le droit moral semblent donc d'autant plus importantes que pour les œuvres classiques, car elles sont la plupart du temps incomprises. En effet, les œuvres moins lisibles, plus complexes, risquent plus souvent d'être atteintes dans leur esprit, en leur accordant une appréciation insuffisante de l'originalité. Ce droit moral se pose ainsi en garant de l'intégrité de l'esprit de l'œuvre, mais aussi en garant de l'intégrité physique de celle-ci. C'est une protection contre une possible dénaturaison de l'œuvre, qui conduirait à une perte du sens que l'artiste voulait donner à l'œuvre (par exemple, lorsque la porte de Duchamp a été repeinte par erreur par les appariteurs de la biennale de Venise, ou bien les emballages de Christo ouverts et jetés par des douaniers...).

La question de l'appréhension du critère d'originalité est donc cruciale pour la protection des œuvres. Et si certains s'orientent vers une approche plus objective de ce critère dans leur volonté d'abandonner l'approche matérielle du droit d'auteur, seule une approche subjective de l'originalité semble pouvoir permettre une haute protection des œuvres de l'esprit.

B- les possibilités d'une protection subsidiaire de l'œuvre d'art contemporaine

1) *la notion de parasitisme*

La notion de parasitisme semble être adaptée et pertinente comme protection subsidiaire au droit d'auteur. En effet le parasitisme se positionne comme un palliatif à la protection du droit d'auteur en prenant en compte le comportement de la personne incriminée.

Pour redonner une bref définition de la notion, le comportement parasitaire est le fait « d'utiliser, de façon intéressée, une valeur économique d'autrui, fruit d'un savoir-faire et d'un travail intellectuel lorsque cette valeur n'est pas protégée par un droit privatif spécifique⁸. »

Cette action est subsidiaire, elle ne peut être exercée par un artiste qui si une action sur le terrain de la contrefaçon lui a été refusée, ou s'il n'existe aucune autre voie d'action. Régie par le régime de la responsabilité civile, l'artiste victime doit donc rapporter l'existence d'une faute, d'un préjudice subi, et d'un lien de causalité entre les deux.

Ainsi, la reprise de la substance et de la forme constitue du parasitisme, mais cela peut aussi provenir de l'utilisation de la renommée de l'artiste, comme nous avons pu le voir avec l'affaire Pinoncelli - Duchamp.

Concernant les œuvres d'art contemporain, nous allons nous arrêter sur la reprise, l'utilisation de l'idée artistique. Comme Sylvianne Durrande a pu l'observer, « le fait de s'inscrire dans le sillage d'une idée notoire pour retenir l'attention du public constitue un agissement parasitaire lequel, au surplus, porte préjudice à l'auteur qui, le premier avait mis en œuvre cette idée dans la mesure où il la banalise et dévalorise ainsi son œuvre ».

Il est dès lors possible de reprendre l'exemple de l'affaire Christo.

Le 26 mai 1987, ce dernier est débouté par le TGI de Paris de son action en contrefaçon. Son projet d'emballage des arbres sur les champs Elysées avait été repris par une agence publicitaire dans la réalisation de l'emballage du Pont Neuf.

Christo aurait donc peut-être pu avoir gain de cause sur le terrain du parasitisme car l'Agence, dans la mise au point de cette campagne, s'était largement inspirée de l'idée de l'artiste et avait tiré profit de l'impact et du grand retentissement médiatique de cette dernière.

2) *la pertinence du recours au parasitisme*

Les artistes pourraient donc, dans la plupart des cas, agir sur le terrain du parasitisme pour sanctionner un

comportement fautif quand ils n'obtiennent pas gain de cause sur le terrain du droit d'auteur.

Il est aisé de faire application du parasitisme pour tout ce qui concerne les détournements publicitaires, car ils caractérisent à eux seuls une dénaturaison de l'œuvre protégée par le droit d'auteur.

Ce qui est plus difficile reste la revendication des créations non protégées par le droit d'auteur, notamment lorsqu'on emprunte l'idée d'une œuvre ou le procédé de réalisation.

Dans ces cas précis, le droit d'auteur ne peut s'appliquer car on ne se trouve pas face à une œuvre concrète. Cependant, l'idée de l'œuvre, de son procédé, permet d'en déterminer l'auteur notoire car elle porte l'empreinte de sa personnalité (par exemple, les rayures de Buren). Aussi, l'utilisation de cette idée ou de ce procédé par un autre s'apparente à un comportement fautif, déloyal.

Donc si la copie d'une œuvre d'art originale constitue un acte de contrefaçon, l'utilisation de l'idée ou du procédé relève d'une démarche différente.

On ne cherche pas à protéger l'idée par le droit d'auteur, qui comme nous l'avons vu, irait à l'encontre de la liberté de création. En revanche, il n'y a pas lieu de laisser se commettre des actes de parasitisme. Et comme l'énonce le professeur le Tourneau, « ce n'est pas la théorie des agissements parasitaires qui risque de tarir la créativité et l'ingéniosité des hommes, mais bien l'inverse : son absence⁹. »

Le droit d'auteur, tout comme l'action en parasitisme ont pour seul but de permettre aux créateurs de vivre de leur création, en permettant à ces derniers une protection de leur travail. Et si ce travail est bien protégé, ses fruits le seront aussi, permettant ainsi finalement un renouvellement créatif perpétuel des artistes.

3) *la reprise de l'idée à des fins créatrices, la reprise de l'idée à des fins commerciales*

Quand le droit d'auteur ne permet pas de protéger l'idée d'une œuvre, idée qui se trouve souvent être l'essence de l'œuvre dans l'art contemporain, la protection subsidiaire par la voie du parasitisme semble adaptée.

Aussi, comment analyser cette reprise de l'idée ? Car il est logique que les artistes s'inspirent d'œuvres précédentes. La création est un véritable champ d'expérimentation.

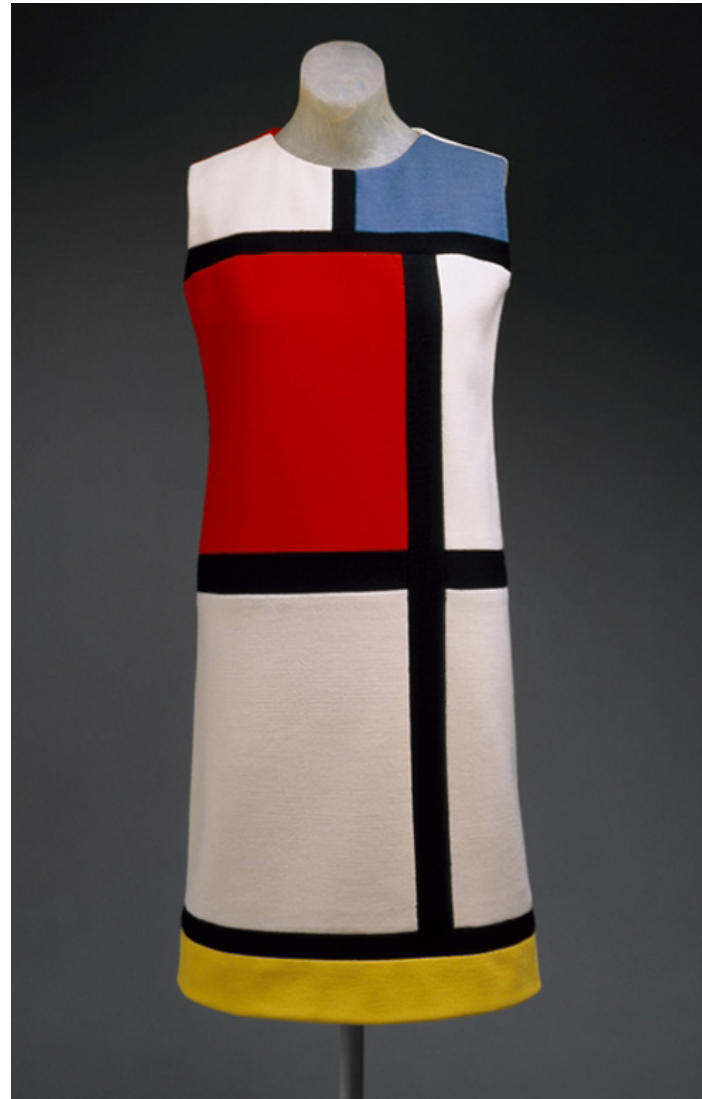
Donc peut-on agir en parasitisme si l'idée de l'œuvre est reprise, mais repensée, et reformulée pour que le spectateur y voit une évolution entre l'œuvre antérieure et la nouvelle ? Une distinction doit être faite entre la reprise d'une idée

pour des fins créatrices ou la reprise à des fins commerciales, pour lesquelles le parasitisme sera plus facilement qualifiable.

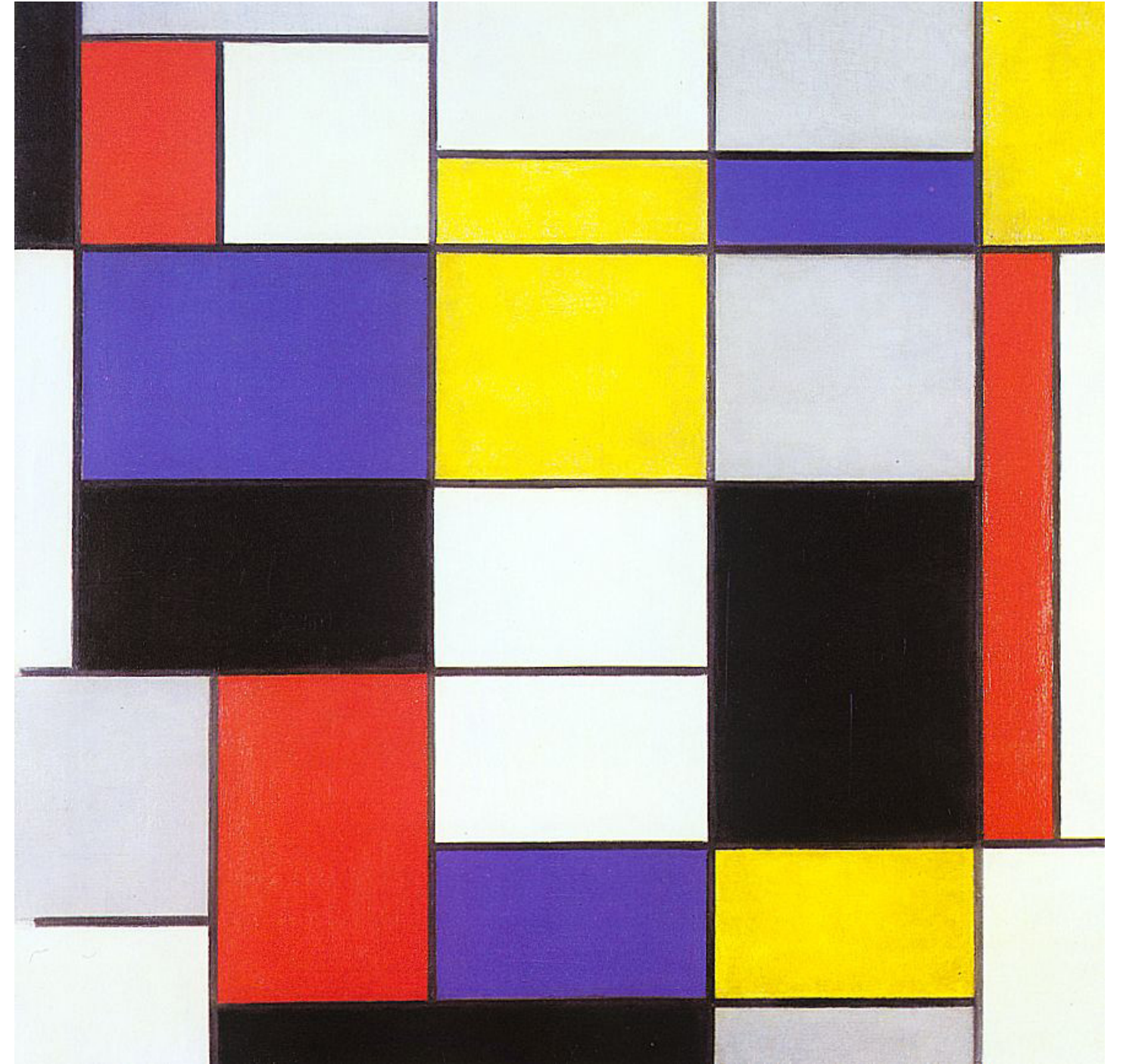
L'artiste, s'il reprend une idée ou un procédé, s'inscrit toujours dans une démarche évolutive, dans une démarche de création. Il ne va pas refaire la même chose mais bien proposer une autre idée de l'œuvre, en prenant pour référence une autre œuvre.

Par exemple, Yves Saint Laurent a pu reprendre le procédé de réalisation et les caractéristiques des œuvres de Mondrian pour recréer une robe. Si le monde de la mode peut aussi être vu comme une grande entreprise, aux buts lucratifs prononcés, on ne peut nier le caractère créatif de ces œuvres textiles. Aussi, cette reprise de Mondrian n'efface en rien la notion de création pour cette robe. Elle est le fruit d'une activité créatrice, il y a la création d'une coupe, le choix du tissu, des couleurs. C'est une réutilisation du concept de Mondrian, adapté, retravaillé, avec la propre empreinte de personnalité d'Yves Saint Laurent.

À l'inverse, les publicitaires ne s'inscrivent pas dans une démarche d'évolution, mais se contente de s'approprier l'idée d'une œuvre pour promouvoir un produit.



Yves Saint Laurent, Robe Piet Mondrian, 1965



Piet Mondrian, *Composition A*, 1923



Produits L'Oréal, 2009

Ainsi, si l'on reprend l'exemple de Piet Mondrian, L'Oréal a pu s'approprier le style de ce peintre pour en faire sa marque. Dans ce cas précis, on reprend l'idée de l'œuvre originale, son procédé, le style de l'œuvre ainsi que la renommée de l'artiste pour en tirer profit et multiplier la vente d'un produit. Une action en parasitisme peut donc être intentée car cette utilisation génère un préjudice pour l'artiste auteur de l'œuvre, et parce que l'utilisation qui est faite de son idée, de son procédé, banalise l'œuvre et la dévalorise. Il semble en effet bien plus aisé de qualifier cette appropriation de dévalorisante et intéressée, plutôt que d'y voir l'activité créatrice qui en résulte.

L'évolution des pratiques artistiques a donc rendu nécessaire l'adaptation du droit d'auteur, et notamment les notions de forme et d'originalité. Or si la conception extensive de la forme ne peut prendre en compte la protection des idées par le droit d'auteur, la notion de parasitisme semble pouvoir venir pallier ce manque. Les œuvres d'art contemporaines peuvent ainsi être soumises à la protection par le droit d'auteur, mais aussi à une protection plus étendue sans pour autant nuire à la création artistique en monopolisant excessivement les idées.



Conclusion

Ce phénomène de dématérialisation, qui se développe notamment avec l'arrivée de l'art contemporain, pousse au réexamen des fondements de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement aux fondements du droit d'auteur.

Pour que les œuvres d'art contemporain soient juridiquement protégées, il est donc nécessaire de les reconnaître comme des objets susceptibles d'une appropriation autonome, ce qui peut s'avérer difficile pour les œuvres dénuées de tout support physique.

Il est alors indispensable de dissocier pleinement réalisation intellectuelle et exécution matérielle, et ainsi s'accorder sur une notion plus extensive des critères de forme, qui doit être comprise comme un ensemble d'éléments tangibles ou intangibles, dans sa globalité, et du critère d'originalité, pour lequel l'empreinte de la personnalité de l'auteur reste l'élément essentiel.

Cette approche plus globale entend conduire à une meilleure protection de ce genre de création par le droit d'auteur. Et quand ce dernier ne permet pas d'obtenir gain de cause, une action sur le terrain du parasitisme peut se révéler être une action subsidiaire très efficace.

Mais l'art contemporain est loin d'être le seul à remettre en question la vision classique du droit d'auteur.

L'essor des nouvelles technologies, la mise en place de nouveaux modes de communication, mais aussi les nouvelles pratiques telles que la « pratique du libre » sont tout autant de bouleversements auxquels le droit en général, mais particulièrement la propriété intellectuelle, doivent faire face.

Une adaptation constante des règles juridiques est donc nécessaire pour continuer à promouvoir la création, la vie des arts.

Bibliographie

Ouvrages :

- les aspects juridiques de l'art contemporain, sous la direction de Andrée Puttermans et Bert Demarsin, Larcier, 155 pages
- droit d'auteur et culture, sous la direction de Jean-Michel Bruguière, Dalloz, 146 pages
- l'œuvre d'art en droit d'auteur – forme et originalité des œuvres d'art contemporaines, Nadia Walravens, Oeconomica, 521 pages
- le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art, Judith Ickowicz, Les presses du réel, 678 pages

Thèse et rapport :

- « l'activité artistique saisie par le droit, une analyse juridique de l'art contemporain », thèse de Judith Ickowicz, 20 pages
- « droit d'auteur et art contemporain, les enjeux du numérique », S. Dussollier et L. Bodson, rapport final du Centre de Recherche Informatique et Droit, mai 2003

Articles :

- « la protection des œuvres d'art conceptuel : l'art et l'idée », Agnès Tricoire, in La Gazette de Drouot, 19 juin 2009
- « droit d'auteur, Copyright et art conceptuel », Caroline Rawski
- « limites du droit d'auteur et art contemporain », Mireille Buydens

Autres :

- Lexis Nexis, Jurisclasseur – Propriété Littéraire et Artistique.
- colloque « droit, création et art contemporain », avec Bernard Edelman, du 4 janvier 2010, Université de Lille 1

