

# « Ce sont les *regardeurs* qui font les tableaux » La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur\*

Julien CABAY

*Aspirant au F.N.R.S.*

*Unité de droit économique de l'U.L.B.*

## I. – Introduction

1968. *Une année noire pour tous les arts.*

*Steinbeck écrit son épilogue, une page se tourne*<sup>(1)</sup>.

*Wes quitte la scène, le jazz a le blues*<sup>(2)</sup>.

« *D'ailleurs, c'est toujours les autres qui meurent* »<sup>(3)</sup>.

*Puis, cette effroyable nouvelle : l'Auteur est mort*<sup>(4)</sup> ! Roland Barthes, *assassin !*

*Une sombre année que celle de ma naissance...*

Le Lecteur<sup>(5)</sup>

★ ★ ★

Le siècle dernier a connu l'avènement d'un art protéiforme. Empruntant toutes les voies possibles (voire impossibles) et imaginables (voire imaginaires), l'artiste a mené la création sur tous les terrains. Une pissotière est une œuvre d'art. Un énoncé est une œuvre d'art. Une idée est une œuvre d'art.

Aujourd'hui, Duchamp et ses suiveurs ont rejoint Victor Hugo et Raphaël au Panthéon des grands de l'art. Leurs créations ont pourtant défié — et défient encore — les théories de l'art et de l'esthétique. Car quelle identité établir entre

---

\* Cette étude sera idéalement mise en rapport avec une autre de nos contributions, « "Qui veut gagner son procès ?" — L'avis du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur », *A&M*, 2012, pp. 13-29.

1 John Steinbeck, † 20 décembre 1968.

2 Wes Montgomery, † 15 juin 1968.

3 Marcel Duchamp, † 2 octobre 1968. Épitaphe gravée sur sa tombe au cimetière de Rouen.

4 R. BARTHES, « La mort de l'auteur », article initialement publié dans la revue *Manteia*, 1968, n° 5, pp. 12-17, reproduit in *Essais critiques IV — Le bruissement de la langue*, Paris, Seuil, 1984, pp. 61 et s.

5 « [L]a naissance du lecteur doit se payer de la mort de l'Auteur », in R. BARTHES, *op. cit.*, p. 67.

LARCIER

un urinoir, *Les Misérables* et *L'École d'Athènes* ? Qu'est-ce qui peut faire d'une pierre ramassée sur la route, d'un pare-chocs d'une automobile accidentée ou du creusement et du remplissage d'un trou dans Central Park une œuvre d'art ? Suivant Nelson Goodman, « la véritable question n'est pas "Quels objets sont (de façon permanente) des œuvres d'art ?", mais "Quand un objet fonctionne-t-il comme œuvre d'art ?" — ou plus brièvement [...] "Quand y a-t-il art ?"<sup>(6)</sup> »

La conception goodmanienne de l'art est une des voies employées par la théorie de l'art pour relever le défi posé par la création contemporaine. Elle n'est pas la seule<sup>(7)</sup>. Tout comme la théorie de l'art n'est pas la seule discipline mise à mal par les pratiques artistiques actuelles, lesquelles se jouent également du droit, en général, du droit d'auteur, en particulier.

En effet, le droit d'auteur se voit aujourd'hui confronté à de nouvelles créations qui prétendent au statut d'œuvre.

Ce n'est pas la première fois qu'il est sollicité pour accorder sa bienveillance à de nouveaux objets. Il y eut les arts appliqués, la photographie, le cinéma, les logiciels, les bases de données. Chaque fois, dans sa grande mansuétude — et parfois avec abnégation —, il a accordé sa protection de sorte que toutes ces créations, au même titre que les œuvres d'art classiques, sont des œuvres au sens du droit d'auteur.

*Quid* des dernières productions artistiques ? La situation est délicate.

La difficulté tient à la nature même de la création contemporaine et à son inadéquation avec les principes fondamentaux sur lesquels repose le droit d'auteur. Car l'art, depuis Duchamp, est conceptuel<sup>(8)</sup>. Le xx<sup>e</sup> siècle a produit du sens. Il a produit des idées. « Art as idea as idea », suivant la formule de Kosuth. Or l'un des piliers du droit d'auteur et, de manière générale, de tout le droit de la propriété intellectuelle consiste en l'absence de protection des idées.

Comment un droit qui ne s'attache qu'à la forme peut-il appréhender un art dématérialisé ?

C'est à cette question que nous tâcherons d'apporter une réponse, en revisitant la notion de forme. Mais, comme on le verra, la réponse que l'on apportera à cette question particulière permettra l'émergence d'un nouveau

6 N. GOODMAN, « Quand y a-t-il art ? », *Manière de faire des mondes*, traduit de l'anglais par M.-D. Popelard, Paris, Gallimard, Folio Essais, 2006, p. 100.

7 Pour une autre voie, voy., p. ex., la théorie institutionnelle de l'art de G. DICKIE, *Introduction to Aesthetics — An analytic Approach*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 82 et s.

8 Voy. J. KOSUTH, « L'art après la philosophie », dont le texte initialement publié en trois parties dans *Studio International*, vol. 178, n<sup>os</sup> 915-917, Londres, octobre-novembre-décembre 1969, pp. 134-137, pp. 160-161 et pp. 212-213, est reproduit (traduit en français) in C. HARRISON et P. WOOD, *Art en théorie — 1900-1990 — Une anthologie*, Paris, Hazan, 1997, p. 921. Nous reviendrons sur ses propos *infra*, n<sup>o</sup> 5.

paradigme en droit d'auteur, aux conséquences potentiellement multiples. Ainsi, loin d'être le bourreau du droit d'auteur, l'art contemporain se révélera peut-être être son salut.

Après avoir rappelé quelques notions de base du droit d'auteur et de la notion d'œuvre en particulier (II), nous analyserons la manière dont doctrine et jurisprudence ont envisagé la question de la forme en droit d'auteur (III). Nous concentrerons ensuite nos recherches sur l'œuvre d'art conceptuel et tenterons, par une voie inédite, de définir juridiquement la forme de pareille œuvre (IV). Il sera alors temps de conclure et d'émettre une série de considérations générales qui dépassent de loin le cadre de cette étude (V).

★ ★ ★

## II. – Considérations générales sur la notion d'œuvre en droit d'auteur

### A. La Convention de Berne et le droit international

**1. L'œuvre littéraire et artistique.** — La notion d'œuvre littéraire et artistique, « clef de voûte du système de protection du droit d'auteur, aussi bien au niveau national qu'international », n'est nulle part définie de manière précise<sup>(9)</sup>.

Au niveau international, la Convention de Berne comprend une énumération non exhaustive des œuvres susceptibles de protection (art. 2). La Convention universelle sur le droit d'auteur fait de même, moyennant une formulation plus succincte (art. 1<sup>er</sup>). Le Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur (art. 1<sup>er</sup>, § 4, et art. 3) et l'accord sur les A.D.P.I.C. (art. 9.1) renvoient à la Convention de Berne. La directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information est, quant à elle, muette.

Cette absence de définition ne doit pas s'entendre de manière absolue : une série d'éléments peuvent être déduits de plusieurs de ces textes et permettent d'ébaucher la notion.

Ainsi la Convention de Berne énonce que

« [l]es termes "œuvres littéraires et artistiques" comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que : les livres, brochures et autres écrits ; les conférences,

<sup>9</sup> D. GERVAIS, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Genève, Librairie Droz, 1998, p. 9.

allocutions, sermons et autres œuvres de même nature ; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes ; les compositions musicales avec ou sans paroles ; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie ; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie ; les œuvres des arts appliqués ; les illustrations, les cartes géographiques ; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences » (art. 2.1).

Le libellé de cette disposition laisse clairement apparaître sa structure en deux parties, la première contenant une définition très générale de l'œuvre, la seconde énumérant une série de créations comprises dans la notion<sup>(10)</sup>.

Cette disposition peut être lue comme déterminant deux conditions positives et deux conditions négatives pour qu'une création puisse être considérée comme œuvre.

**2. La forme.** — La première condition positive est déduite du terme « production ». Suivant l'acception qui est la sienne dans la Convention, il renvoie à l'idée qu'une création, pour pouvoir être protégée, doit avoir été objectivée. Il faut que la conception de l'auteur ait reçu une concrétisation formelle, saisissable par le droit, ce qui l'oppose aux idées et concepts non matérialisés, lesquels ne peuvent être appréhendés juridiquement<sup>(11)</sup>. C'est le principe, jamais mis en doute<sup>(12)</sup>, de l'exclusion de la protection des idées. On en trouve une application dans l'exclusion des nouvelles du jour et des simples informations de presse (art. 2.8) du champ de la protection. De même, l'emploi du terme « expression » (indifférence quant à la forme d'expression, voy., *infra*, n° 4) vient souligner que la protection ne s'étend pas aux idées, mais uniquement à la forme dans laquelle elles sont exprimées<sup>(13)</sup>. Le principe est énoncé explicitement par le Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur (art. 2) ainsi que par le Traité sur les A.D.P.I.C. (art. 9.2)<sup>(14)</sup>.

10 S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1987, p. 228, n° 6.1 ; S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights — The Berne Convention and Beyond*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, p. 401, n° 8.01.

11 Voy. D. GERVAIS, *op. cit.*, pp. 44-45 ; S. RICKETSON, *op. cit.*, pp. 230-231, n° 6.3 ; S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *op. cit.*, p. 406, n° 8.06 ; C., COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde — Approche de droit comparé*, Paris, Litec, Unesco, 1990, p. 10.

12 Voy. cependant la doctrine minoritaire favorable à la protection des idées (*infra*, n°s 15-18).

13 Voy. M. BOUTET et R. PLAISANT, « Le régime international du droit d'auteur », *J.-Cl. Civ.*, 1950, pp. 31-32, n° 110 ; S. RICKETSON, *op. cit.*, pp. 233-234, n° 6.6 ; S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *op. cit.*, p. 407, n° 8.07.

14 Article 9 A.D.P.I.C. : « La protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels. » La formulation du Traité de l'O.M.P.I. est quasi identique.

**3. L'originalité.** — La seconde condition positive est l'exigence d'une « création intellectuelle ». Elle est comprise implicitement dans la notion d'« œuvre littéraire et artistique ». Une indication en ce sens résulte de l'article 2.5 qui prévoit la protection des recueils d'œuvres littéraires et artistiques tels que les encyclopédies et anthologies en tant qu'ils constituent, par le choix ou la disposition des matières, des créations intellectuelles<sup>(15)</sup>. Il s'agirait en réalité d'un synonyme de la notion d'originalité<sup>(16)</sup>, ce que tend à confirmer la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne qui, interprétant la directive 2001/29 notamment à la lumière de la Convention de Berne, a estimé qu'un objet est original s'il constitue « une création intellectuelle propre à son auteur »<sup>(17)</sup>.

**4. L'absence de fixation.** — S'agissant des aspects négatifs de la définition, il appert premièrement que la fixation de l'œuvre sur un support matériel n'est pas exigée. Longuement débattue, la question se résout depuis la révision de la Convention à Stockholm en 1967 de la manière suivante : la fixation ne fait pas partie de la définition internationale de la notion d'œuvre, mais le législateur national peut l'imposer comme condition préalable à la protection (voy. l'art. 2.2)<sup>(18)</sup>. Le rejet du critère de fixation peut se déduire également de l'indifférence énoncée dans la première partie de l'article 2.1 quant au mode ou à la forme d'expression<sup>(19)</sup>.

**5. L'exclusion du mérite.** — Une seconde condition négative réside dans l'exclusion du mérite et de la destination. Elle est un moyen d'assurer une protection large du droit d'auteur, qui peut ainsi couvrir de son manteau de nombreuses créations, et permet d'éviter d'ériger les juges en critiques d'art<sup>(20)</sup>.

**6. L'appartenance au « domaine littéraire et artistique ».** — Un dernier élément nous paraît devoir être précisé, s'agissant de la définition de l'œuvre suivant la Convention de Berne : l'appartenance au domaine « littéraire, scientifique et artistique ». Cette notion a rarement fait l'objet d'un

15 Voy. D. GERVAIS, *op. cit.*, pp. 45-49 ; S. RICKETSON, *op. cit.*, pp. 230-231, n° 6.3 ; S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *op. cit.*, pp. 402-403, n° 8.03.

16 D. GERVAIS, *op. cit.*, p. 49. Dans le même sens, S. RICKETSON, *op. cit.*, p. 231, n° 6.4 ; S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *op. cit.*, p. 403, n° 8.03.

17 C.J.C.E., 16 juillet 2009 (Infopaq International c. Danske Dagblades Forening), C-5/08 (§§ 32-37). Cette jurisprudence est depuis constante, voy. C.J.U.E., 22 décembre 2010 (Bezpečnostní softwarová asociace — Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury), C-393/09 (§ 45) ; C.J.U.E., 4 octobre 2011 (Football Association Premier League Ltd et a. c. QC Leisure et a.), C-403/08 et C-429/08 (§ 97) ; C.J.U.E., 1<sup>er</sup> décembre 2011 (Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH et a.), C-145/10 (§ 87) ; C.J.U.E., 1<sup>er</sup> mars 2012 (Football Dataco Ltd c. Yahoo! UK Ltd et a.), C-604/10 (§ 37) ; C.J.U.E., 2 mai 2012 (S.A.S. Institute Inc. c. World Programming Ltd), C-406/10 (§§ 45 et 65).

18 Voy. D. GERVAIS, *op. cit.*, pp. 50-51 ; S. RICKETSON, *op. cit.*, pp. 239-244, n°s 6.13-6.16, pp. 247-248, n°s 6.20-6.22.

19 S. RICKETSON, *op. cit.*, p. 234, n° 6.6.

20 Voy. D. GERVAIS, *op. cit.*, pp. 51-55 ; S. RICKETSON, *op. cit.*, p. 231, n° 6.4 ; S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *op. cit.*, pp. 403-404, n° 8.04.

examen<sup>(21)</sup> et divers points de vue ont été exprimés à son propos<sup>(22)</sup>. Pour notre part, et sans entrer dans les détails, le cadre restreint de cette étude ne nous le permettant pas, nous signalerons que cette locution nous paraît intégrer en réalité deux ordres de considérations<sup>(23)</sup>. Premièrement, lorsqu'on oppose les termes « artistique » et « scientifique », on met en évidence la double nature de l'objet du droit d'auteur, qui protège aussi bien des productions de l'esprit à caractère esthétique que des créations qui en sont dépourvues<sup>(24)</sup>. Deuxièmement, si l'on confronte les termes « artistique » et « littéraire », on souligne la distinction générale qui existe entre les œuvres quant à leur mode d'expression, celles employant le langage étant qualifiées de littéraires, celles employant les sons perceptibles à l'ouïe ou les formes perceptibles à la vue étant qualifiées d'artistiques<sup>(25)(26)</sup>.

## B. Le droit belge

### 7. L'œuvre en droit belge correspond à la définition internationale.

— La plupart des législations nationales ne sont pas plus explicites, pour ce qui regarde la notion d'œuvre. Ainsi, la loi belge du 30 juin 1994 relative au

21 Plusieurs auteurs en ont fait la remarque, voy. notamment W. LARESE, *Urheberrecht in einem sich wandelnden Kulturbetrieb*, Berne, 1979, p. 100, cité par I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, CEDIDAC, 1985, p. 117, n° 204, note 24 (qui réitère l'observation) ; D. GERVAIS, *op. cit.*, p. 62.

22 Voy. notamment les réflexions d'I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 17, n° 1, pp. 118-125, n°s 205-212 (l'auteur en fait une condition de protection et concentre ses réflexions en particulier sur les problèmes que suscitent certaines réalisations de l'art contemporain) ; D. GERVAIS, *op. cit.*, pp. 62-63 (qui insiste sur le critère du rattachement ou de l'assimilation aux œuvres listées par la Convention) ; A. RAESTAD, *La Convention de Berne*, Paris, Les Éditions internationales, 1931, pp. 56-57 (l'auteur en fait une condition de protection) ; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 396-397, n° 239 (qui souligne notamment le danger d'assimiler alors le critère à un jugement de valeur sur le mérite artistique).

23 Comp. A. RAESTAD, *op. cit.*, p. 57, qui opère une double distinction suivant les moyens employés et le but visé.

24 Voy. O. LALIGANT, « La Révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection », *R.I.D.A.*, 147/1991, pp. 13-49. Selon le Comité d'experts de l'O.M.P.I. sur les dispositions types de législation dans le domaine du droit d'auteur, l'adjectif « scientifique » n'aurait d'ailleurs d'autre objectif que d'éviter une interprétation restrictive des termes « œuvres littéraires et artistiques » comme visant uniquement les œuvres des beaux-arts ou des belles-lettres, in *Mémoire*, 10 mai 1990, document CE/MPC/III/2, p. 38, n° 140, disponible sur [http://www.wipo.int/mdocsarchives/CE\\_MPC\\_III\\_1990/CE\\_MPC\\_III\\_2\\_F.pdf](http://www.wipo.int/mdocsarchives/CE_MPC_III_1990/CE_MPC_III_2_F.pdf) (01/02/2011).

25 Cette distinction au sein de la catégorie des œuvres artistiques se déduit de la liste des œuvres de l'article 2 de la Convention, qui emploie le terme « artistique » dans un sens plus restreint pour désigner de manière générale les œuvres des arts visuels et des arts vivants, aux côtés des compositions musicales. Comp. le *plan d'ensemble* proposé par D. GERVAIS, *op. cit.*, p. 41. Comp. également le classement traditionnel opéré par H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1966, pp. 19 et s., n°s 17 et s. Comp. encore les trois sens donnés au terme « art » par A. RAESTAD, *op. cit.*, p. 55.

26 Suivant cette conception, l'adjectif « scientifique » est superflu, dans la mesure où une œuvre scientifique sera soit littéraire, soit artistique, soit les deux à la fois, voy. D. GERVAIS, *op. cit.*, p. 163 ; S. RICKETSON, *op. cit.*, p. 232, n° 6.5 ; S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *op. cit.*, p. 406, n° 8.06. Voy. aussi le *Mémoire* du Comité d'experts de l'O.M.P.I. sur les dispositions types de législation dans le domaine du droit d'auteur, 10 mai 1990, *op. cit.*, p. 38, n° 140.

droit d'auteur et aux droits voisins ne comporte aucune définition<sup>(27)</sup>, pas plus que la loi du 18 mai 1886 qui l'avait précédée<sup>(28)</sup>.

La doctrine se réfère cependant à la Convention de Berne<sup>(29)</sup> et la loi du 25 mars 1999 relative à l'application aux Belges de certaines dispositions de la Convention de Berne<sup>(30)</sup> prévoit expressément que « les auteurs belges peuvent revendiquer l'application à leur profit en Belgique des dispositions de la Convention [...] qui seraient plus favorables que la loi belge ».

Les deux conditions positives déduites de la Convention de Berne sont exprimées dans la doctrine belge sous des formes diverses. De manière générale, l'œuvre protégeable en droit belge suppose : 1° une création de forme ; 2° qui soit originale<sup>(31)</sup>. Ces deux conditions constituent en réalité deux constantes universelles<sup>(32)</sup>.

27 Le projet de loi initial comportait une définition de l'œuvre qui se rapprochait de celle contenue dans la Convention. Étaient considérées comme des œuvres « toutes les créations originales, notamment du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression graphique, audiovisuelle ou autre, telles que : [...] » ; suivait une énumération non exhaustive des œuvres, sur le modèle de la Convention (projet de loi, *Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1991-1992, n° 473/1, pp. 1-2). Il fut finalement décidé de supprimer toute définition du projet de loi (Rapport De Clerck, *Doc. parl.*, Chambre, 1993-1994, n° 473/33, pp. 60-62).

28 Lors de la dernière discussion ayant précédé le vote au Sénat de la loi, le député Montefiore Levi a relevé qu'aucune définition n'avait été donnée ni de l'œuvre littéraire ni de l'œuvre artistique (Discussion, séance du 12 mars 1886, *Ann. parl.*, Sénat, 1885-1886, p. 131). Le ministre de la Justice Devolder, reconnaissant le silence de la loi, a souligné à cette occasion que « toute définition est périlleuse en matière de droit » et qu'« [i]l y a là encore une question de fait que les tribunaux auront à apprécier » (*ibid.*, p. 132).

29 Voy. notamment A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 52, n° 30 ; M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, Bruxelles, Larcier, 1993, pp. 31-32 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 4, n° 3 ; F. GOTZEN, « Art. 1 », in F. BRISON et H. VANHEES (éd.), *Hommage à Jan Corbet — La loi belge sur le droit d'auteur — Commentaire par article*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 6 ; P. RECHT, *Le droit d'auteur en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 28, n° 1.

30 M.B., 10 novembre 1999, p. 41931.

31 Voy. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 53, n° 31, p. 62, n° 34 (1° une création originale, 2° la volonté de communiquer par la mise en forme) ; J. CORBET, *Auteursrecht*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, pp. 25-26, n°s 61 et 64 (1° l'œuvre (*werk*), qui implique qu'une idée ait pris forme, 2° l'originalité (*oorspronkelijkheid*), à savoir l'empreinte personnelle de l'auteur) ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, pp. 3-23, n°s 1-23 (1° une œuvre, entendue comme une création de forme, issue d'une démarche d'un esprit humain dans le domaine littéraire ou artistique, 2° l'originalité, entendue comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur) ; J. DESTREE et A. GUILAIN, *R.P.D.B.*, v° « Droit d'auteur », Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 252, n° 35 (1° une création, à savoir une mise en œuvre identifiable, 2° l'originalité, à savoir l'individualité, le caractère inédit, nouveau) ; P. RECHT, *op. cit.*, pp. 154-156 (1° une création, qui implique la nouveauté et l'antériorité, 2° l'originalité, qui implique une individualisation suffisante par rapport aux productions antérieures) ; H. VANHEES, *Auteursrecht in een notendop*, Leuven, Garant, 1998, pp. 15-16, n°s 9-10 (1° une forme concrète (*concrete vorm*), c'est-à-dire perceptible par les sens, 2° une forme originale (*originele vorm*), c'est-à-dire un produit de l'esprit humain et qui dénote un caractère personnel) ; P. WAUWERMANS, *Le droit des auteurs en Belgique*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1894, p. 105, n° 17, p. 110, n° 23, p. 112, n° 26 (1° une création, qui implique un travail intellectuel dans le domaine des arts et de la littérature, 2° l'originalité, qui implique soit un travail de composition portant sur le fond, soit un travail d'exécution portant sur la forme).

32 C. COLOMBET, *op. cit.*, p. 9.



La règle de l'exclusion du mérite et de la destination constitue également un principe reconnu de manière quasi unanime à l'échelle mondiale<sup>(33)</sup>. La Belgique n'y fait pas exception<sup>(34)</sup>. La fixation n'est pas plus exigée dans notre pays<sup>(35)</sup>.

L'originalité, malgré l'attention particulière portée à son adresse, demeure une notion aux contours imprécis. Sans entrer dans le détail, et en gommant ainsi toute nuance, bornons-nous à mentionner que l'originalité peut se concevoir de deux manières. La doctrine dominante, et au premier chef en France, entend l'originalité dans un sens subjectif comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur<sup>(36)</sup>. D'autres entendent la notion dans un sens plus objectif, celle-ci se confondant alors avec la nouveauté, critère déterminant de la propriété industrielle<sup>(37)</sup>. Notre Cour de cassation a, pour sa part, consacré la première théorie<sup>(38)</sup>. La récente jurisprudence de la Cour de justice (voy., *supra*, n° 3) semble, de même, s'être ralliée à celle-ci<sup>(39)</sup>.

33 *Ibid.*, p. 9.

34 Voy. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 69, n° 37 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, pp. 28-30, n°s 28-31.

35 A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 51, n° 29 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 12, n° 12 (considérant néanmoins qu'elle est requise pour une question de preuve).

36 C. COLOMBET, *op. cit.*, pp. 13-14. Voy. notamment A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, pp. 53-61, n°s 31-33 (l'auteur estime d'ailleurs que l'originalité devrait être d'une certaine intensité) ; J. Corbet, *op. cit.*, p. 26, n° 64 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, pp. 13-18, n°s 16-19 ; H. VANHEES, *Auteursrecht in een notendop*, *op. cit.*, p. 16, n° 10 ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, p. 5, n° 3 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2001, pp. 48-51, n°s 25-27 (mais l'auteur estime qu'en pratique, originalité et nouveauté se confondent).

37 Voy., p. ex., M. KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbare Werk*, Berne, Verlag Stämpfli & Cie, 1968, pp. 30 et s. (critère de l'unicité statistique), cité par I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 62, n° 95.

38 Cass., 27 avril 1989, *Pas.*, I, 1989, p. 908, n° 492, *Computerr.*, 1990, p. 191 ; Cass., 25 octobre 1989, *Pas.*, I, 1990, p. 239, n° 122 ; Cass., 2 mars 1993, *Pas.*, I, 1993, p. 234, n° 123, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 145 ; Cass., 24 février 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 433 ; Cass., 10 décembre 1998, *Pas.*, I, 1998, p. 1208, n° 516, *A&M*, 1999, p. 355, note N. Ide et A. Strowel, *R.W.*, 1990-00, p. 325 ; Cass., 25 septembre 2003, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1733, n° 454, concl. Av. Gén. G. BRESSELEERS, *Pas.*, I, 2003, p. 1471, n° 454 (trad. fr.), *R.D.C.*, p. 55, concl. Av. Gén., *A&M*, 2004, p. 29 ; Cass., 11 mars 2005, *Pas.*, I, 2005, p. 583, n° 153, *A&M*, 2005, p. 396, note F. de Visscher, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1313, *I.R. D.I.*, 2005, p. 238, *Ing.-Cons.*, 2005, p. 154. Voy. aussi C.J. Benelux, 22 mai 1987, *R.C.J.B.*, 1988, p. 568, note L. Van Bunnan. Voy. cependant récemment Cass., 26 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 977, obs. A. JOACHIMOVICZ : « En vertu de cette disposition [l'art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi sur le droit d'auteur], une œuvre littéraire ou artistique est protégée par le droit d'auteur si elle est originale, en ce sens qu'elle est la création intellectuelle propre à son auteur. Il n'est pas requis, à cet égard, que l'œuvre porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur. »

39 Sur cette question, voy. B. MICHAUX, « L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq* », *A&M*, 2009, pp. 473 et s., spéc. pp. 481-483. Voy. par ailleurs C.J.U.E., 1<sup>er</sup> décembre 2011 (Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH et a.), C-145/10 (§§ 94 et 99) : « [...] création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier [...] » ; C.J.U.E., 1<sup>er</sup> mars 2012 (Football Dataco Ltd c. Yahoo! UK Ltd et a.), C-604/10 (§ 38) : « [...] ce critère de



Cela étant dit, l'originalité ne se conçoit que sous l'angle d'un rapport à la forme. Elle n'est qu'une caractéristique de celle-ci, de sorte qu'avant même de parler de droit d'auteur ou d'originalité, il convient de s'intéresser à cette notion de forme.

Rappelons enfin la distinction fondamentale entre l'œuvre et son support : l'œuvre ne se confond pas avec le matériau dans lequel elle s'incarne. Propriété corporelle et propriété intellectuelle ne coïncident donc pas<sup>(40)</sup>.

### III. – Approfondissement de la distinction forme/idée

#### A. Remarque préliminaire

**8. Idées extériorisées et idées non extériorisées.** — La distinction entre la forme et l'idée constitue l'un des principes que la doctrine du droit d'auteur se plaît à rabâcher. Allant de soi, le brocard fait partie du vocabulaire de tout praticien ou théoricien de la matière. On sera pourtant bien en peine de fournir une définition de l'idée ou de la forme. Quand cesse l'idée, quand commence la forme ? Comme nous allons le voir, nul n'est vraiment en mesure de le définir exactement. Il est tout de même une chose sur laquelle tous devraient pouvoir s'accorder : il existe une différence fondamentale entre l'idée extériorisée et la pensée non exprimée. Nous nous permettons de reproduire les propos d'Alain Strowel, qui résumant clairement la problématique :

« 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 là 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 »<sup>(41)</sup>.

#### B. Motifs de l'exclusion des idées de la protection

**9. Intérêt général, liberté d'expression, caractère abstrait.** — Selon la formule célèbre d'Henri Desbois, déjà lancée par Fichte à la fin du

---

l'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" ».

40 Voy. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, pp. 58 et s., n<sup>os</sup> 74 et s. ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2001, pp. 193 et s., n<sup>os</sup> 219 et s.

41 A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, *op. cit.*, p. 413, n<sup>o</sup> 312. Sur cette question, voy. I. CHERPILLOD, *op. cit.*, pp. 33-34, n<sup>os</sup> 38-39.

xviii<sup>e</sup> siècle<sup>(42)</sup>, les idées « sont par essence et par destination de libre parcours »<sup>(43)</sup>. L'expression serait en réalité de Sénèque<sup>(44)</sup>.

Dans cette optique, elles ne peuvent faire l'objet d'une appropriation. La raison principale invoquée à l'appui de cette affirmation réside dans l'intérêt de la collectivité : « [I]l y aurait un intérêt public à ce qu'une idée ne puisse être monopolisée par un auteur au détriment de la collectivité »<sup>(45)</sup>. Une appropriation des idées serait, dit-on, de nature à entraver les progrès de la science et de la culture<sup>(46)</sup>. La liberté d'expression également s'opposerait à ce qu'une idée puisse faire l'objet d'un monopole<sup>(47)</sup>. Il existerait ainsi un « réservoir commun des idées et des faits » dans lequel chacun pourrait venir puiser<sup>(48)</sup>. Enfin, l'idée serait abstraite, indéterminée, insaisissable et, partant, ne pourrait être objet de droit<sup>(49)</sup>. C'est principalement pour ces raisons que le droit d'auteur ne pourrait porter que sur la forme.

### C. La notion de forme selon la doctrine

#### 1. LA DOCTRINE DU XIX<sup>e</sup> SIÈCLE : LE CONSTAT D'IMPUISSANCE

**10. Une frontière impossible à tracer.** — De nombreux auteurs, parmi les plus éminents, tentant de faire le départ entre le plagiat et la contrefaçon et, par là, entre l'idée et la forme, avaient dès le début souligné la difficulté

42 Voy. PH. LE TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », *Comm. comm. électr.*, 2001/2, chron. 4, n° 6, disponible sur le site : <http://www.philosophiedudroit.org/le%20tourneau,%20folles%20idees.htm> (08/08/2011).

43 H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, p. 20, n° 17.

X 44 Selon B. NIMMER, *On Copyright*, § 16.01, cité par A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 192, n° 5.111.

45 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 51, n° 72.

46 Voy. les auteurs cités par I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 52, n° 74, note 119 ; C. BROSSARD et P. DURNERIN, « L'absence de protection des idées par le droit d'auteur », *Gaz. Pal.*, 28 janvier 1988, 1, doct., p. 69, n° 3 ; M. BUYDENS, « La protection des idées originales : droit d'auteur, responsabilité civile ou droit de la personnalité », *Ing.-Cons.*, 1993, p. 71, n° 4 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 8, n° 8 ; E. DEL BIANCO, *Le droit d'auteur et ses limites*, Lausanne, Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. ???, et les auteurs cités note 4, p. 21 ; R. PLAISANT, *J.-Cl. Civ.*, Ann.,

X v° « Propriété littéraire et artistique, œuvres protégées », fasc. 302, n° 4, cité par M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, p. 61.

47 Voy. les auteurs cités par I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 52, n° 74, note 119 ; C. BROSSARD et P. DURNERIN, *op. cit.*, p. 69, n° 3 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 8, n° 8 ; A. STROWEL et F. TULKENS, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur — À propos des libertés de créer et d'user des œuvres », *Droit d'auteur et liberté d'expression — Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 17-18.

48 C. COUHIN, *La propriété industrielle, artistique et littéraire*, t. II, Paris, Librairie de la Société du Recueil général des Lois et des Arrêts, 1898, p. 370. Voy. aussi E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1879, p. 26, n° 14.

49 M. BUYDENS, « La protection des idées originales : droit d'auteur, responsabilité civile ou droit de la personnalité », *op. cit.*, p. 71, n° 4 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 8, n° 8.

d'une telle entreprise, à tel point que certains avaient abandonné toute prétention à définir plus avant les deux notions.

Jusqu'à présent, c'est chez Hegel que nous avons pu retrouver la plus vieille occurrence de ce constat d'impuissance. Le philosophe allemand énonçait ainsi, en 1820, dans les *Principes de la philosophie du droit* que la mesure dans laquelle

« une telle répétition [des pensées d'autres individus] devient, dans une œuvre littéraire, un *plagiat*, ceci ne se laisse pas indiquer par une détermination exacte, ni fixer ainsi de manière juridique et légale. Il faudrait par conséquent que le plagiat soit une affaire d'honneur et soit contenu par lui »<sup>(50)</sup>.

Le même constat est tiré par de doctes autorités françaises en matière de propriété littéraire et artistique, notamment Augustin-Charles Renouard, qui écrivait en 1839 qu'

« [e]ntre le plagiat qui ne va pas jusqu'à la contrefaçon et le plagiat assez grave pour être réputé contrefaçon, la ligne de démarcation est difficile à tracer. Ils diffèrent l'un de l'autre comme le moins diffère du plus ; ce qui les sépare, ce n'est point une opposition tranchée entre des couleurs qui se heurtent, c'est un passage entre des nuances qui se fondent en dégradations insensibles »<sup>(51)</sup>.

De même, Eugène Pouillet écrivait en 1879 :

« Qu'est-ce que le plagiat et par quels caractères se distingue-t-il de la contrefaçon ? C'est ce que nul ne saurait dire ; il est impossible de fixer une limite précise à laquelle s'arrête la contrefaçon punissable, à laquelle commence le plagiat toléré »<sup>(52)</sup>.

Ainsi, le droit de la propriété littéraire et artistique se révélait dès la naissance problématique dès lors qu'il reposait sur des concepts aux contours indéterminés que la doctrine s'était limitée à stigmatiser, après avoir fait aveu d'impuissance.

## 2. LA DOCTRINE TRADITIONNELLE : LE PROCESSUS CRÉATIF

**11. La doctrine de Joseph Kohler.** — Au début du siècle dernier, l'Allemand Joseph Kohler<sup>(53)</sup> fournissait une étude approfondie sur le droit d'auteur qui allait

50 G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, texte intégral, accompagné d'annotations manuscrites et d'extraits des cours de HEGEL, présenté, révisé, traduit et annoté par F.-F. KERVÉGAN, Paris, P.U.F., 1998, p. 156, § 69.

51 A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. II, Paris, Jules Renouard et Cie, 1839, p. 22.

52 E. POUILLET, *op. cit.*, p. 406, n° 507.

53 *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autoschutz*, Mannheim, 1892 ; *Urheberrecht an Schriftwerken und Verslagsrecht*, Stuttgart, 1907 ; *Kunstwerkrecht*, Stuttgart, 1908. Un accès en français à l'œuvre de Kohler nous est possible grâce à l'exposé de sa doctrine dans les ouvrages suivants :

exercer une grande influence sur la notion d'œuvre protégée, en particulier sur la distinction entre forme et idée. Considérant que l'œuvre constitue l'expression d'une représentation idéale du monde, inspirée de la réalité, mais marquée 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 est donc, dans sa conception, le résultat d'un processus créatif, et ses composantes sont déterminées par rapport aux divers stades de ce processus.

Le premier stade de la représentation serait réalisé par la manière dont l'artiste construit son œuvre idéalement, dans son esprit, avant toute concrétisation. Kohler la nomme *imaginäres Bild* (« représentation imaginaire »), et elle ne se confond ni avec la représentation concrète ni avec le sujet de la représentation lui-même. Dans les beaux-arts, elle consisterait dans la manière dont le créateur se représente son œuvre.

Cette représentation idéale fait ensuite l'objet d'une première mise en forme, par l'emploi du langage littéraire, artistique ou musical, et qui vise à déterminer l'ossature de l'œuvre. C'est la « forme interne » (*innere Form*), qui revêt une importance particulière en matière littéraire<sup>(54)</sup>. Dans les beaux-arts, ce serait l'esquisse qui vient préciser l'inspiration première.

L'œuvre, en dernier lieu, est parachevée par le revêtement de son « habit extérieur », qui lui apporte sa concrétisation finale. Il s'agit de la « forme externe » (*äussere Form*), à savoir la forme directement perceptible que revêt l'œuvre.

C'est donc une division quadripartite qui est proposée et qui distingue quant à l'étendue de la protection entre, d'une part, le sujet, non protégé, car non créé par l'auteur et d'autre part la représentation imaginaire, la forme interne et la forme externe qui toutes trois peuvent être protégées. La limite de la protection légale variera cependant suivant la nature de l'œuvre envisagée.

**12. La doctrine d'Henri Desbois.** — Se concentrant sur l'analyse de la genèse d'une œuvre littéraire, Henri Desbois aboutit à des conclusions que l'on peut rapprocher de celles de Kohler. Selon le professeur français, le processus de l'écrivain serait le suivant :

« Il commence par concevoir des idées ; puis, ces idées, il les compose, cherchant l'aménagement, le plan le mieux approprié à les mettre en valeur, à communiquer aux lecteurs sa conviction, ses sentiments, ses émotions, ses sensations.

M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, op. cit., pp. 34-35 ; I. CHERPILLOD, op. cit., pp. 24-31, n<sup>os</sup> 17-35 ; J.-G. RENAULD, *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Bruxelles, Larcier, 1955, pp. 68-69. Nous renvoyons le lecteur francophone vers ces ouvrages et, en particulier, celui d'I. Cherpillod que nous nous permettons de citer allègrement plutôt qu'à l'œuvre originale de Kohler.

54 La forme interne, protégée, n'étant pas modifiée par une traduction, cette dernière requiert l'autorisation de l'auteur de l'œuvre originale.

Après avoir choisi le moule approprié, il en vient à l'expression. *Idées, composition, expression, voilà le schéma des étapes d'une création littéraire* »<sup>(55)</sup>.

Que faut-il entendre par idée ? Desbois précise, à propos des œuvres d'imagination, que deux notions « non antithétiques, mais complémentaires l'une de l'autre » doivent être dégagées. Il y aurait, d'une part, l'« idée abstraite », le « thème d'ordre intellectuel » et, d'autre part, la « donnée concrète », le fait divers qui apporte l'illustration du thème<sup>(56)</sup>. Ni l'une ni l'autre ne pourraient faire l'objet d'une appropriation<sup>(57)</sup>. La composition, susceptible, quant à elle, de protection, consisterait en l'« enchaînement des idées »<sup>(58)</sup>. L'expression, protégeable également, n'appelle pas de remarque particulière.

Ce schéma, apte à décrire le processus créatif en matière littéraire, se révèle difficilement transposable dans les autres domaines artistiques. Aussi, Desbois énonce-t-il que, dans le domaine des arts, « l'artiste va tout de suite à la figuration », il s'adresse « immédiatement [...] aux sens et à la sensibilité ». En conséquence, « [l']image, dans l'ordre des Arts, exclut l'idée »<sup>(59)(60)</sup>. Quant à la composition, elle « fait partie intégrante de l'œuvre achevée et est indivisible de l'expression »<sup>(61)</sup>.

La similitude entre les deux doctrines saute aux yeux : la « composition » se rapproche de la « forme interne », l'« expression » de la « forme externe ». Seul manque, dans la théorie de Desbois, un équivalent à la notion de « représentation imaginaire ». Pour le reste, le schéma est identique<sup>(62)</sup>.

**13. La doctrine de Jean Renaud.** — En Belgique, Jean Renaud a adopté une démarche similaire aux deux auteurs précités. Il emprunte, sous réserve d'une précision, la classification adoptée par Desbois, qu'il estime correspondre

55 H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, p. 11, n° 8.

56 H. DESBOIS la définit encore comme « l'étape [qui] est parcourue, à partir de l'idée abstraite ou générale, avant d'en venir à l'aménagement de la composition » (*ibid.*, p. 43, n° 32).

X 57 *Ibid.*, pp. 43-44, n° 32. L'auteur illustre son propos par les affaires *Boubouroche* (Civ. Seine, 7 juillet 1908, et Paris, 12 mai 1909, *D.*, 1910, 2, p. 81, note Ch. Claro ; Cass. fr., 27 juin 1910, *D.*, 1910, 1, p. 296) et *Bloemfield et Cie* (Paris, 25 juillet 1914, *Gaz. Trib.*, 1915, 2322 ; Cass. fr., 27 février 1918, *Ann.*, 1919, p. 53). Dans la première, le thème est « l'indulgence que le besoin d'aimer et d'être aimé inspire à un époux », illustré par le pardon imploré par le mari victime d'une infidélité conjugale après avoir découvert son infortune. Dans la seconde, c'est le « scandale suscité par l'abominable pratique d'introduire la chair humaine dans les produits alimentaires », illustré par la découverte, survenue au cours d'un repas, d'une bague enfermée dans un pâté.

58 *Ibid.*, p. 12, n° 9, p. 44, n° 32.

59 *Ibid.*, p. 11, n° 8.

60 Nous verrons *infra* (n°s 30 et s.) que cette conception est de nature à exclure de la protection la majeure partie des productions contemporaines, réunies sous le vocable — impropre — d'« art conceptuel ».

61 H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, p. 70, n° 62.

62 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 32, n° 37.

étroitement aux composantes de l'œuvre<sup>(63)</sup>. Il éprouve par ailleurs quelque sympathie pour la notion d'*imaginäres Bild*, ce qui le rapproche de Kohler<sup>(64)</sup>.

Toujours sur la base d'un examen du processus créateur, l'auteur « [distingue] au sein de la composition deux étapes bien distinctes correspondant à deux stades de développement de la pensée créatrice : la première correspond à l'énoncé analytique du thème, les diverses péripéties qu'il comprend étant groupées sans ordre préconçu, la seconde coïncide avec une organisation consciente et intentionnelle de ces mêmes éléments qui a pour effet de donner à la structure de l'œuvre, un tour personnel original »<sup>(65)</sup>.

Il y aurait donc « quatre stades distincts au sein de l'œuvre d'art : l'idée centrale, la composition abstraite (énoncé analytique de l'idée centrale), la composition concrète (l'organisation particulière voulue spécifiquement par l'auteur, des divers éléments constitutifs de l'œuvre) et enfin la forme externe de l'œuvre »<sup>(66)</sup>. Seul le premier échapperait à toute protection par le droit d'auteur<sup>(67)</sup>.

**14. Appréciation générale.** — Nous l'avons dit, ces trois théories envisagent les notions de forme et d'idée en se focalisant sur le processus créatif. Il n'est dès lors pas étonnant qu'elles aboutissent à des résultats semblables<sup>(68)</sup>. Une divergence d'approche doit cependant être soulignée. La théorie de Kohler est tout entière tournée vers l'auteur, au point qu'elle intègre dans le champ de protection l'*imaginäres Bild*, reconstitué à partir de l'œuvre concrète, alors qu'il n'a d'existence qu'aux yeux de l'auteur, puisqu'il ne dépend d'aucune forme d'expression<sup>(69)</sup>. Les thèses de Desbois et

63 J.G. RENAULD, *op. cit.*, 1955, p. 72.

64 *Ibid.*, pp. 96 et 98. En ce sens, I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 44, n° 37, note 68.

65 J.G. RENAULD, *op. cit.*, p. 73.

66 *Ibid.*, p. 73.

67 *Ibid.*, pp. 96-98.

68 Certains auteurs présentent ces théories comme radicalement différentes, voy. notamment J.- G. RENAULD, *op. cit.*, p. 72 (à propos des théories de Kohler et Debois) ; A. PUTTEMANS, « "Vous m'avez volé mon histoire !" (ou : de la contrefaçon des œuvres romanesques) », *Mélanges offerts à Michel Hanotiau*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 239-242, n° 5. Nous pensons qu'en réalité, les divergences entre ces théories résident dans la notion d'originalité et l'idée que s'en font ces auteurs, laquelle vient contaminer leur conception de la forme. Prenant le contre-pied de Desbois selon qui la nature des œuvres influence le critère de l'originalité (p. 11, n° 8), nous avons le sentiment que la situation est exactement inverse. Desbois, précisément, chante de la conception subjective de l'originalité, adopte à cet égard une position qui confine à la volonté de rémunérer l'effort de l'auteur. En envisageant l'œuvre à travers le prisme de la démarche créative, en mettant l'accent sur la nécessaire exécution personnelle en matière artistique ou en entendant protéger les copies d'œuvres, il nous paraît exiger de l'auteur l'accomplissement d'un certain travail. Celui-ci présent, il est alors possible de parler de forme. Kohler et Renauld semblent au contraire estimer que l'originalité de l'auteur peut se manifester à un stade moins avancé de la création. Comp. I. CHERPILLOD, *op. cit.*, pp. 40-41, n° 50.

69 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 29, n° 28. L'auteur souligne que ce concept n'a guère eu de succès dans la doctrine postérieure, p. 37, n° 44.

Renauld, même tournées vers l'auteur, fondent leur analyse sur sa prestation concrète<sup>(70)</sup>.

Il n'empêche que, dans tous les cas, l'on s'écarte de l'objet que l'on doit examiner : l'œuvre. La recherche, même sur la base d'un objet concret, des étapes du processus mental ayant présidé à sa création relève de l'art divinatoire<sup>(71)</sup>. Il reste d'ailleurs à démontrer pourquoi la protection ne s'attacherait qu'à certaines étapes de la création<sup>(72)</sup>. Et, au-delà de ça, on n'est pas plus avancé quant à la détermination de ce qui relève effectivement de l'œuvre<sup>(73)</sup>. D'autant que les distinctions proposées se révèlent artificielles ou inappropriées dès que l'on quitte le domaine littéraire<sup>(74)</sup>. Seules choses certaines, la forme externe fait partie de l'œuvre, l'idée abstraite pas, et, entre ces deux extrêmes, certains éléments oui, d'autres non<sup>(75)</sup>. L'apport est maigre...

### 3. LA DOCTRINE MINORITAIRE : LES IDÉES SONT PROTÉGÉABLES

**15. Remise en cause du caractère non protégeable de l'idée.** — Si d'aucuns se sont attachés à rechercher en quoi consistait la forme, acceptant le postulat de l'exclusion des idées de la protection du droit d'auteur, d'autres se sont employés à remettre en cause celui-ci pour considérer qu'une idée peut être protégeable<sup>(76)</sup>.

**16. La doctrine de Raymond Lindon.** — Ce fut notamment le cas en France de Raymond Lindon, dans les années 1970. Certes, il admettait l'existence d'un fonds commun des idées dans lequel il pouvait être puisé sans qu'il ne puisse être question de contrefaçon. Tout autre cependant était pour lui l'hypothèse dans laquelle le concepteur d'une idée neuve, incapable de la mettre lui-même en forme, en confiait la réalisation à un tiers : « dans tous les cas, autres que celui d'une idée banale, courante, usée, refuser au concepteur tout droit d'auteur, total ou partiel, et dans ce cas, même pour une petite partie, serait [...] frustrer ce concepteur ». Le concepteur doit à tout le moins être reconnu comme coauteur de l'œuvre finale, ce qui emporte que l'idée en tant que telle

70 Comp. I. CHERPILLOD, *op. cit.*, pp. 37-38, n° 45.

71 Voy. I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 36, n° 43.

72 *Ibid.*, p. 33, n° 37, p. 92, n° 155.

73 Sur la critique des notions de « représentation imaginaire » et de « forme interne », voy. I. CHERPILLOD, *op. cit.*, pp. 29-31, n°s 28-34.

74 Voy. I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 30, n°s 30-31 (à propos de Kohler) ; J.-G. RENAULD, *op. cit.*, p. 71 (à propos de DESBOIS).

75 Par exemple, dans la doctrine de Desbois, on voit mal en quoi la « donnée concrète » ne peut relever de la forme, alors même qu'il s'agit d'un trait concret de l'œuvre qui sert la représentation, au même titre que l'expression, voy. I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 40, n° 50.

76 S'agissant des exposés des doctrines de Lindon, Cherpillod et Lucas, nous reprenons largement la synthèse proposée par M. BUYDENS, « La protection des idées originales : droit d'auteur, responsabilité civile ou droit de la personnalité ? », *op. cit.*, pp. 64-66, n° 3.



est reconnue comme protégeable. L'équité serait heurtée s'il devait en aller autrement<sup>(77)</sup>. L'argumentation de Lindon se contente donc de souligner la nécessité de protection des idées, sans s'interroger sur sa possibilité *de lege lata*<sup>(78)</sup>.

**17. La doctrine d'Ivan Cherpillod.** — Le Suisse Ivan Cherpillod, dans sa thèse publiée en 1985, a tenté de démontrer la possibilité de protection des idées par le droit d'auteur en levant un à un les obstacles qui lui sont traditionnellement opposés, lesquels, de manière générale, se résument à l'intérêt de la collectivité et au caractère abstrait de l'idée (voy., *supra*, n° 9). Quant à l'indétermination de l'idée, il y oppose une distinction entre l'idée exprimée et l'idée non exprimée<sup>(79)</sup>, déjà mentionnée *supra* (n° 8). Il souligne ainsi que, si « [l]e droit d'auteur ne porte pas [...] sur l'idée non exprimée [,] on ne peut cependant en tirer la conclusion que l'idée qui a franchi le seuil de l'expression n'est pas protégée non plus. Même si dans les deux cas il s'agit de "l'idée", les deux hypothèses sont totalement différentes : l'expression les a modifiées »<sup>(80)</sup>. À ces idées exprimées et donc aux contours déterminables du fait de l'expression, il est alors possible de faire passer le test d'originalité<sup>(81)</sup>, seul véritable critère de la protection<sup>(82)</sup>. Nous pensons pouvoir souscrire à ce raisonnement. La réfutation de l'argument tiré de l'intérêt de la collectivité, qualifiée par M. Buydens de « passage à la limite »<sup>(83)</sup>, nous paraît par contre moins convaincante. Cherpillod soutient en effet que tenir pleinement compte de l'intérêt de la collectivité irait bien au-delà de la simple liberté de débattre des idées d'autrui. Cet intérêt pourrait justifier un libre accès aux biens culturels, un droit de reproduction et de diffusion des œuvres sans le consentement de leur auteur ou encore une liberté d'adaptation des œuvres<sup>(84)</sup>. L'intérêt du public ne pourrait donc, selon lui, servir de base à la distinction forme-idée<sup>(85)</sup>. Qui ne voit cependant que l'argument relève du sophisme en ce qu'il se confond avec la critique du monopole qu'instaure le droit d'auteur au profit du créateur. Or il est pour le moins singulier de vouloir conférer un monopole sur l'idée en critiquant l'idée de monopole !

77 R. LINDON, « L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation », *J.C.P. G.*, 1970, I, 2295, spéc. n° 12.

78 M. BUYDENS, « La protection des idées originales : droit d'auteur, responsabilité civile ou droit de la personnalité ? », *op. cit.*, p. 64, n° 3.

79 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, pp. 18-19, n° 3, p. 73, n° 119.

80 *Ibid.*, p. 19, n° 4.

81 I. CHERPILLOD semble approuver le critère de l'« unicité statistique » proposé par le professeur Kummer. Pour l'exposé de ce critère et sa critique, voy. M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, pp. 54-57.

82 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 74, n° 121, p. 98, n° 173.

83 M. BUYDENS, « La protection des idées originales : droit d'auteur, responsabilité civile ou droit de la personnalité ? », *op. cit.*, p. 65, n° 3.

84 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, pp. 56-57, nos 82-85.

85 *Ibid.*, p. 58, n° 85.

La thèse de Cherpillod, en ce qu'elle a de recevable, à savoir que l'idée concrétisée et originale doit pouvoir être protégée, connaissait déjà un certain nombre de précédents. On peut citer notamment la position prise par André Lucas<sup>(86)</sup>.

**18. La doctrine de Mireille Buydens.** — En Belgique, nul ne semble avoir entendu protéger l'idée par le biais du droit d'auteur. On ne peut cependant manquer de mentionner la proposition de Mireille Buydens, à savoir protéger les idées originales via les droits de la personnalité. Elle invite en effet à reconnaître à l'auteur d'une idée originale un droit de paternité sur son idée. Cette solution permettrait d'éviter les écueils de la protection par le droit de la propriété intellectuelle. D'une part, aucune entrave ne serait apportée au développement de la culture puisqu'il n'y aurait pas appropriation exclusive de l'idée. D'autre part, l'objection tenant au caractère indéterminé de l'idée comme obstacle à tout droit de propriété intellectuelle tomberait du fait qu'il ne s'agit pas d'un droit de cette nature<sup>(87)</sup>. Il nous semble pourtant — et c'est pourquoi nous la mentionnons alors qu'elle s'écarte de notre sujet — que cette thèse peut trouver, dans une certaine mesure, appui dans le droit d'auteur. Tout d'abord, on rappellera que le droit de paternité constitue l'un des droits moraux reconnus à l'auteur par le droit de la propriété littéraire. Ensuite, si l'idée est indéterminée, qu'elle soit l'objet d'un droit d'auteur ou d'un droit de la personnalité ne change rien : le droit portant sur un objet indéterminé partagera avec lui cette caractéristique. La nature du droit importe donc peu. Enfin, le droit de l'auteur souffre certaines exceptions, notamment l'exception de citation qui, pour être licite, impose la mention du nom de l'auteur, obligation qui trouve précisément son fondement dans le respect du droit de paternité de l'auteur cité<sup>(88)</sup>. Sous la seule réserve du caractère plus restreint de cette solution, l'exception de citation étant subordonnée à la poursuite de certaines fins déterminées, on voit donc que le droit d'auteur ne paraît pas inapte à intégrer un raisonnement similaire.

86 Voy. notamment A. LUCAS, *La protection des créations industrielles abstraites*, Paris, Librairies techniques, 1975, pp. 171-172, n° 262 (« [...] si l'idée abstraite qui est à la base d'une création littéraire ne peut en elle-même faire l'objet de la protection légale, il en va autrement de l'idée concrétisée dans des développements personnalisés »). Voy. aussi B. NAWROCKI, « Évolution de l'art et droit d'auteur », *D.A.*, 1964, p. 251 (« 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 ») ; S. RUBINSTEIN, « Copyright in the past and in the future », *R.I.D.A.*, avril 1957, p. 100, cité par A. LUCAS, *op. cit.*, pp. 168, n° 258, note 186.

87 M. BUYDENS, « La protection des idées originales : droit d'auteur, responsabilité civile ou droit de la personnalité ? », *op. cit.*, p. 75, n° 8.

88 L. BOCHURBERG, *Le droit de citation*, Paris, Masson, 1994, pp. 82-83, n° 144.

**19. Appréciation générale.** — Quoi qu'il en soit, cette doctrine favorable à la protection des idées que l'on qualifiera selon son humeur de progressiste ou de « contestataire »<sup>(89)</sup> n'apporte que peu de précisions sur le degré de concrétisation que devrait atteindre l'idée pour être protégeable. Au demeurant, cela apparaît difficile à défaut de définition de l'idée, notion plurivoque par excellence<sup>(90)</sup>. À bien lire cette doctrine, on peut finalement se demander si elle ne postule pas plus simplement un élargissement de la notion de forme, dont les contours demeurent cependant incertains.

#### D. La notion de forme selon la jurisprudence

**20. Remarque préliminaire.** — Ce serait une gageure que de prétendre dresser le panorama de l'ensemble de la jurisprudence relative à la distinction forme/idée. Pareille entreprise nécessiterait un investissement considérable et dépasserait largement le cadre de notre étude. Elle nous emmènerait d'ailleurs, pour reprendre l'expression d'Andrée Puttemans, « au bout du bout du droit d'auteur »<sup>(91)</sup>, tant est vaste le champ de la propriété littéraire et artistique, plus encore depuis l'avènement des nouvelles technologies.

Nous nous sommes donc limité à l'analyse de deux séries de cas. Premièrement, la problématique de l'adaptation et, plus spécialement, l'application du critère de la composition en matière d'œuvres de fiction. La thématique de la protection des concepts par le droit d'auteur sera également abordée du fait du lien qui existe entre les deux. Deuxièmement, la problématique des coauteurs, spécialement s'agissant des œuvres artistiques réalisées par délégation. De manière générale, ces deux questions sont celles qui permettent le mieux d'illustrer la distinction forme/idée<sup>(92)</sup>. En ce qui nous concerne, des raisons additionnelles viennent motiver ce choix méthodologique. Celles-ci apparaîtront au terme de notre exposé. Mentionnons par ailleurs que la jurisprudence française a été amenée à se prononcer directement sur la protection des œuvres d'art conceptuel, ce qui intéresse directement notre propos. Nous exposerons cette jurisprudence ultérieurement.

89 M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, p. 77.

90 La doctrine allemande a souligné la plurivocité du terme et s'est attachée à distinguer divers stades ou niveaux de l'idée. Pour un exposé de ces théories, voy. M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, pp. 265-268.

X 91 A. PUTTEMANS, « Au bout du bout du droit d'auteur : la nouvelle protection juridique des programmes d'ordinateur », in D. LECHEN et A. PUTTEMANS, *Nouveautés en droits intellectuels — Marques et programmes d'ordinateur*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 145 et s.

92 En matière de coauteurs, on aurait pu également s'intéresser à la jurisprudence relative aux interviews (ce plan est suivi par C. BROSSARD et P. DURNERIN, *op. cit.*, pp. 69-70, n<sup>os</sup> 13-27).

En guise de mise en bouche, relevons simplement que l'affirmation du principe traditionnel de l'exclusion des idées du champ du droit d'auteur est, sous réserve de rares exceptions<sup>(93)</sup>, constante en jurisprudence<sup>(94)</sup>.

1. LE CRITÈRE DE LA COMPOSITION DANS LES ŒUVRES DE FICTION  
ET LA PROTECTION DES « CONCEPTS »

**21. Le critère de la composition.** — En France, le critère de la composition proposé par Desbois rend assez fidèlement compte de la jurisprudence

- 93 On cite traditionnellement deux affaires françaises, la première ayant trait à la reprise, sous forme romancée, d'une hypothèse archéologique (Trib. Civ. Marseille, 11 avril 1957, *R.I.D.A.*, 1957/16, p. 139 ; C.A. Aix, 13 janvier 1958, *D.*, 1958, p. 142 ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 28 février 1962, *Bull. civ.*, I, n° 131, p. 126), la seconde à la rédaction par un écrivain des souvenirs d'un astronaute (C.A. Paris, 9 novembre 1959, *Rev. trim. dr. com.*, 1961, p. 83, obs. Desbois). On relèvera par ailleurs deux décisions belges quelque peu ambiguës, en ce qu'elles semblent admettre qu'une idée puisse être protégée lorsqu'elle est originale : Bruxelles, 24 novembre 1895, *Pas.*, III, 1896, p. 85 (« Attendu que si l'idée pure et simple d'emprunter, en vue d'un service de distribution d'eau, les eaux de telle région ou de telle rivière, est à elle seule une idée banale, sans valeur, et n'est susceptible d'aucune appropriation, il n'en va plus de même si cette idée a pris corps dans une étude même incomplète, défectueuse et parfois incohérente, dans laquelle se trouvent groupés des renseignements techniques et scientifiques de sources diverses, de nature à faire croire que la réalisation de cette idée est possible et qu'elle serait même plus avantageuse que celle d'autres idées similaires ») ; Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 1995, *A&M*, 1997, p. 57 (« Les idées ne sont en principe pas protégées par le droit d'auteur. [...] Quand bien même en accepterait-on le principe, l'idée devrait alors au moins être originale, être l'expression d'un effort intellectuel de son auteur. [...] En l'espèce, tant les sujets que la structure ou les idées sous-jacentes sont banals et ne portent pas l'empreinte de la personnalité de l'auteur »).
- X 94 En Belgique, voy. notamment Cass. 19 mars 1998, *A&M*, 1998, p. 229, note B. **Dauwe** ; Corr. Louvain, 31 décembre 1901, *Pas.*, III, 1902, p. 71, *J.T.*, 1902, p. 87 ; Civ. Bruxelles, 23 mai 1951, *Pas.*, III, 1951, p. 90, *Res et jur. imm.*, 1951, p. 527 ; Civ. Bruxelles, 10 juillet 1951, *J.T.*, 1952, p. 23 ; Civ. Bruxelles, 18 mai 1995, *Ing.-Cons.*, 1995, p. 147 ; Civ. Bruxelles, 18 octobre 1995, *I.R. D.I.*, 1996, p. 87, *A&M*, 1997, p. 57 (voy. cependant note précédente) ; Bruxelles, 24 novembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 283, *A&M*, 1996, p. 143 ; Civ. Bruxelles, 22 mai 1996, *R.G.D.C.*, 1997, p. 133 ; Bruxelles, 18 juin 1996, *A&M*, 1997, p. 60 ; Civ. Arlon, 3 octobre 1996, *A&M*, 1997, p. 185 ; Prés. Civ. Verviers, 15 mai 1997, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 336 ; Civ. Bruges, 8 décembre 1997, *Ing.-Cons.*, 1998, p. 103 ; Corr. Bruxelles, 22 décembre 1998, *A&M*, 1999, p. 225, obs. ; Bruxelles, 1<sup>er</sup> février 2000, *I.R. D.I.*, p. 134 ; Civ. Bruxelles (réf.), 28 juillet 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 829, note H. **Vanhees** ; Liège, 6 octobre 2000, *Ing.-Cons.*, 2001, p. 126 ; Civ. Bruxelles, 18 décembre 2000, *A&M*, 2002, p. 148 ; Bruxelles, 2 février 2001, *A&M*, 2002, p. 412 ; Bruxelles, 6 avril 2001, *I.R. D.I.*, 2001, p. 306 ; Bruxelles, 24 avril 2001, *I.R. D.I.*, 2001, p. 308 ; Bruxelles, 4 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1444, *J.T.*, 2003, p. 234 ; Prés. Comm. Malines, 23 juillet 2001, *I.R. D.I.*, 2001, p. 315 ; Prés. Civ. Gand, 3 septembre 2001, *I.R. D.I.*, 2002, p. 104, obs. E. **Laevens** ; Bruxelles, 1<sup>er</sup> février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 877 ; Civ. Bruxelles, 8 juillet 2002, *I.R. D.I.*, 2003, p. 34 ; Anvers, 14 octobre 2002, *A&M*, 2003, p. 276, *R.W.*, 2002-2003, p. 826, note F. **Brisson** ; Comm. Bruxelles, 28 octobre 2002, *I.R. D.I.*, 2003, p. 37, note J.-F. **Puyraimond** ; Civ. Tournai, 10 mai 2004, *Ing.-Cons.*, 2004, p. 384 ; Bruxelles, 20 octobre 2005, *Ing.-Cons.*, 2006, p. 164 ; Bruxelles, 27 avril 2006, *A&M*, 2006, p. 333 ; Mons, 14 juin 2007, *J.T.*, 2007, p. 858 ; Comm. Bruxelles (cess.), 6 juillet 2007, *A&M*, 2010, p. 355 ; Bruxelles, 15 février 2008, *A&M*, 2008, p. 109 ; Gand, 19 mai 2008, *A&M*, 2008, p. 310 ; Bruxelles, 29 mai 2008, *A&M*, 2009, p. 106 ; Anvers, 15 juin 2009, *I.R. D.I.*, 2010, p. 286 ; Bruxelles, 3 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1564. En France, voy. la jurisprudence citée par M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, p. 71, note 1.

LARCIER

dominante en matière d'œuvres littéraires ou de fiction<sup>(95)</sup>. Ainsi, un vieil arrêt de 1841 énonçait déjà que

« [s]i 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, il n'en saurait être de même lorsque, par la composition du sujet, l'arrangement et la combinaison des épisodes, l'auteur présente au public une idée sous une forme concrète et lui donne la vie ; que la création consiste, en dehors de toute forme matérielle, dans l'enchaînement des situations et des scènes, c'est-à-dire dans la composition du plan, comprenant un point de départ, une action et un dénouement »<sup>(96)</sup>.

La maigre jurisprudence belge paraît s'inscrire dans la même veine, en considérant que l'intrigue, entendue comme « ordonnancement des idées de l'auteur », peut en principe entrer dans le champ du droit d'auteur<sup>(97)</sup>.

Une tendance à l'extension de la protection au-delà de la composition s'est cependant fait jour, semblant engager les cours et tribunaux dans la voie tracée par Renauld<sup>(98)</sup>. La jurisprudence précitée considérait l'anecdote qui forme la trame de l'histoire comme relevant de l'idée<sup>(99)</sup>. Certaines juridictions s'étaient pourtant prononcées en sens contraire, incluant l'anecdote dans la forme protégeable. Ainsi, dans l'affaire *Bloemfield et Cie*, la Cour d'appel de Paris avait estimé que la reproduction d'une scène dans laquelle une

95 En ce sens, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2001, p. 241, n° 281. Voy. C.A. Paris, 20 février 1872, *D.P.*, 1872, 2, p. 173 ; C.A. Paris, 19 décembre 1913, *Ann. prop. ind.*, 1914, cité par A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, p. 241, n° 281, note 302 ; Trib. gr. inst. Paris, 16 mai 1973, *R.I.D.A.*, 1974/82, p. 166 ; C.A. Versailles, 13 mai 1980, *Gaz. Pal.*, 1983, 1, somm., p. 132 ; C.A. Paris, 22 février 1984, *D.*, 1984, somm., p. 285, obs. Colombet ; C.A. Paris, 19 janvier 1990, *Légipresse*, 1990, I, p. 83, cité par A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, p. 241, n° 281, note 302 ; C.A. Paris, 15 octobre 1991, *J.C.P. G.*, 1992, IV, p. 510

96 C.A. Paris, 6 novembre 1841, *D.P.*, 1910, 2, p. 81, cité par A. BERTRAND, *op. cit.*, p. 207, n° 5.131.

97 Civ. Liège, 15 novembre 1972, *J.T.*, 1973, p. 61 (« Attendu [...] que le défendeur s'est borné à reproduire diverses péripéties relatées par M. Franco à l'exclusion de toute idée émanant de sa propre imagination ») ; Civ. Bruxelles, 22 janvier 1988, *R.I.D.A.*, 1989/142, p. 363, note M. BUYDENS, « Cinéma et contrefaçon » (aff. *Jaws*) (« [...] le droit d'auteur protège [...] la composition, c'est-à-dire le développement et l'ordonnancement des différentes idées de l'œuvre (enchaînement des situations et des scènes) ; [...] une intrigue n'est pas protégeable si elle ne constitue que le simple développement de l'idée principale (non protégée) sans caractéristiques manifestant la personnalité de l'auteur ») ; Bruxelles, 4 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1444, *J.T.*, 2003, p. 234. Voy. M. BUYDENS, « La bande dessinée comme œuvre de collaboration », in B. VAN ASBROECK (COORD.), *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 20 ; A. PUTTEMANS, « "Vous m'avez volé mon histoire !" (ou : de la contrefaçon des œuvres romanesques) », *op. cit.*, pp. 236-238, n° 3, pp. 247-248, n° 11.

98 En ce sens, A. PUTTEMANS, « "Vous m'avez volé mon histoire !" (ou : de la contrefaçon des œuvres romanesques) », *op. cit.*, p. 258, n° 16.

99 Voy. C.A. Paris, 12 mai 1909, *D.*, 1910, p. 81 (aff. *Boubouroche*) ; C.A. Paris, 17 mai 1922, *D.A.*, 1923, p. 95 (aff. *L'Énigme*) ; Trib. civ. Seine, 19 décembre 1928, *D.H.*, 1929, p. 76 (aff. du *Train de 8 h 47*) ; Com. Seine, 21 décembre 1933, *D.A.*, 1934, p. 78 (aff. *Un coup manqué*) ; C.A. Paris, 7 juillet 1981, *R.I.D.A.*, 1982/111, p. 189 (aff. *Le chien couchant*) ; Civ. Bruxelles, 22 janvier 1988, *R.I.D.A.*, 1989/142, p. 363, note M. BUYDENS, « Cinéma et contrefaçon ».

bague, cachée dans un pâté, était découverte au cours d'un repas constituait à elle seule un acte de contrefaçon<sup>(100)</sup>. Cette protection de l'anecdote avait été soutenue également dans l'affaire *Jaws* par la Cour d'appel de Paris<sup>(101)</sup> et dans une affaire ayant opposé Françoise Sagan à Jean Hougron devant le Tribunal de grande instance de Paris<sup>(102)</sup>.

La Cour de cassation française prit finalement position dans le débat par deux arrêts rendus en 1992, dans deux affaires concernant respectivement le roman *Autant en emporte le vent*<sup>(103)</sup> et le film *Le prix du danger*<sup>(104)(105)</sup>. Dans le premier de ces arrêts, elle sanctionna la Cour d'appel de Paris pour n'avoir pas recherché si

« par leur composition ou leur expression, les scènes et les dialogues d'*Autant en emporte le vent* et de *La bicyclette bleue* qui décrivent et mettent en œuvre des rapports comparables entre les personnages en présence, ne comportent pas des ressemblances telles que, dans le second roman, ces épisodes constituent des reproductions ou des adaptations de ceux du premier dont elles sont la reprise ».

Dans le second arrêt, elle adressa à nouveau ses reproches à la Cour d'appel de Paris, qui aurait dû

« vérifier si la forme d'un jeu télévisé meurtrier, que revêtait, dans *Le prix du danger*, le thème, non protégeable en soi, de l'emprise de la télévision sur les esprits, n'était pas un élément caractéristique original de ce film, dont la reproduction ou l'adaptation était de nature à constituer une contrefaçon, quelles que fussent par ailleurs les différences qui séparent les deux œuvres ».

Suivant cette jurisprudence, « [u]n épisode ou une scène isolé(e) paraît ainsi pouvoir, en soi, faire l'objet de la protection, pourvu que sa forme interne soit originale », ce contrairement à l'enseignement de Desbois<sup>(106)</sup>. En ce sens, la cour d'appel de Bruxelles a récemment énoncé, après avoir rappelé que le droit d'auteur protège la composition en tant qu'ordonnement des idées de l'auteur, que « l'emprunt d'une seule scène est suffisant pour qu'il y ait contrefaçon ». Après avoir analysé les différentes scènes tant du point de vue de la composition que de l'expression, elle a conclu à

100 C.A. Paris, 25 juillet 1914, *Gaz. Trib.*, 1915, 2322 ; Cass. fr., 27 février 1918, *Ann.*, 1919, p. 53. La protection avait par contre été refusée par Trib. civ. Seine, 22 avril 1912, *Ann.*, 1912, p. 326, cité par A. BERTRAND, *op. cit.*, p. 211, n° 5.132, note 1.

101 10 décembre 1987, cité par M. BUYDENS, « Cinéma et contrefaçon », *op. cit.*, p. 374, n° 6.

102 Aff. *Le chien couchant*, citée par M. BUYDENS, « Cinéma et contrefaçon », *op. cit.*, p. 375, n° 7. Ce jugement a été réformé par C.A. Paris, 7 juillet 1981, *R.I.D.A.*, 1982/111, p. 189

X 103 Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 4 mai 1992, *D.*, 1992, p. 182, note P.-Y. Gauthier, *J.C.P. G.*, 1992, II, 21930, note X. Daverat.

104 Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 25 mai 1992, *R.I.D.A.*, 1992/154, p. 156.

105 Sur ces deux affaires, voy. A. PUTTEMANS, « "Vous m'avez volé mon histoire !" (ou : de la contrefaçon des œuvres romanesques) », *op. cit.*, pp. 248-253, n°s 12-13.

106 *Ibid.*, p. 258, n° 16.



l'absence de contrefaçon, soit que la composition était différente, soit qu'elle n'était pas originale<sup>(107)</sup>.

Le problème reste cependant entier de déterminer à partir de quel moment l'anecdote accède au rang de forme susceptible de protection. Appliquer, comme le proposent ces décisions et leurs commentateurs, le critère de la composition à un élément isolé de la composition<sup>(108)</sup>, ne permet en effet nullement de déterminer quel degré de précision doit être atteint pour que l'on soit en présence d'une forme.

**22. La protection des « concepts ».** — D'aucuns ont alors estimé que cette jurisprudence appelait la reconnaissance d'une catégorie intermédiaire entre l'idée et la forme que serait le « concept »<sup>(109)</sup>. Certes, la Cour de cassation a expressément énoncé que la protection du droit d'auteur ne s'étend pas au concept<sup>(110)</sup>. Il semble pourtant que cette notion ait séduit de nombreux magistrats, en témoigne une jurisprudence grandissante recourant à ce nouveau vocabulaire. Mais, au-delà de la question terminologique, c'est surtout la tendance à l'inclusion de cette catégorie intermédiaire parmi les objets protégeables qui importe. Les décisions relatives aux « concepts » ou « formats » de programmes télévisés ou d'émissions de radio en fournissent la plus belle illustration<sup>(111)</sup>, mais d'autres concepts ont également rejoint le giron du droit d'auteur, bien que leur originalité n'ait pas toujours été reconnue. Ainsi le concept d'une revue<sup>(112)</sup> s'est vu reconnaître la protection du droit d'auteur, tout comme le concept d'aménagement d'une ville autour du thème « La ville des enfants »<sup>(113)</sup>. Le concept de la « City Parade » s'est par contre vu refuser cette protection pour défaut d'originalité<sup>(114)</sup>.

107 Bruxelles, 15 février 2008, *A&M*, 2008, p. 109 (aff. *Les choristes*).

108 En ce sens, A. BERTRAND, *op. cit.*, pp. 210-211, n° 5.132 ; A. PUTTEMANS, « “Vous m'avez volé mon histoire !” (ou : de la contrefaçon des œuvres romanesques) », *op. cit.*, p. 258, n° 16.

109 M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, p. 77. Si les contours de cette notion pouvaient encore paraître indéterminés dans ses premiers écrits, l'auteur en a fourni une définition plus précise ultérieurement in « La protection des concepts par le droit d'auteur », note sous Liège, 22 mars 1999, *A&M*, 2002, p. 352. Nous verrons que cette définition entretient quelque rapport avec celle que nous entendons proposer en matière d'œuvres conceptuelles (voy. *infra*, n° 43).

X 110 Cass., 19 mars 1998, *A&M*, 1998, p. 229, note B. Dauwe.

111 Civ. Bruxelles (cess.), 8 novembre 1995, *I.R. D.L.*, 1996, p. 87 (indiqué à la date du 18 octobre 1995, *A&M*, 1997, p. 57), confirmé par Bruxelles, 18 juin 1996, *A&M*, 1997, p. 60 ; Bruxelles, 15 octobre 2002, *A&M*, 2003, p. 207, note K. VAN DER PERRE, « Auteursrechterlijke bescherming van radio-programma's » ; Civ. Bruxelles (cess.), 24 octobre 2005, *A&M*, 2006, p. 58 ; Civ. Bruxelles (cess.), 28 février 2008, *A&M*, 2008, p. 114 ; Gand, 19 mai 2008, *A&M*, 2008, p. 310.

112 Bruxelles, 15 septembre 2004, *A&M*, 2005, p. 240.

113 Liège, 22 mars 1999, *A&M*, 2002, p. 349, note M. BUYDENS, « La protection des “concepts” par le droit d'auteur ».

114 Prés. Civ. Tongres (cess.), 22 mai 2006, *A&M*, p. 460 : « Een evenement waarbij men met een stoet van wagens in het kader van een bepaald thema door een stad trekt langs een vastgelegde route,



Cette jurisprudence semble exiger du concept qu'il soit suffisamment structuré pour que l'on puisse parler de mise en forme. Cette idée de structure, si elle s'identifie à celle de composition du point de vue pratique, s'en distingue quelque peu sur le plan théorique : elle s'inscrit dans une approche plus objective, en envisageant la forme en tant que telle et moins à travers le prisme du processus créatif<sup>(115)</sup>. S'agissant maintenant du degré de structuration nécessaire, il demeure malaisé à déterminer. De manière générale, les éléments essentiels du concept doivent être décrits de manière à fournir une image du produit final qui le concrétisera<sup>(116)</sup>. Devront ainsi être exposés le sujet de l'émission, le style de présentation, les règles du jeu, les candidats, le présentateur, les éléments caractéristiques du décor, le développement temporel, etc.<sup>(117)</sup>. À nouveau, il s'agit d'une question de précision<sup>(118)</sup> et, donc, d'une question de fait<sup>(119)</sup>.

## 2. LES ŒUVRES EXÉCUTÉES PAR DÉLÉGATION

**23. L'affaire *Forani/Dali*.** — Dans le domaine artistique, les décisions rendues en matière d'œuvres exécutées par délégation fournissent un certain nombre d'indications sur la manière dont les cours et tribunaux abordent la problématique. Dans une affaire demeurée célèbre<sup>(120)</sup>, la jurisprudence belge

---

is een courant gekend gegeven, zoals mag blijken uit de talrijke carnavalstoeten, VTM-Parades, Love Parades, Gay Parades, Dance Parades, Techno Parades, Street Parades, enz. die overal plaatsvinden. Het feit dat de City Parade wordt voorafgegaan door en wordt afgesloten met een party, dat er op grote schaal en via gespecialiseerde media promotie voor dit evenement wordt gemaakt en dat dit alles begeleid wordt door een veiligheidsplan, brengt evenmin enige originaliteit bij aan het concept. » Ont également été déclarés non protégeables le « concept » de guide des clubs de golf belges (Bruxelles, 2 février 2001, *A&M*, 2002, p. 412) ainsi que le « concept » de créer un outil marketing qui regroupe un maximum d'offres promotionnelles (Comm. Bruxelles (cess.), 6 juillet 2007, *A&M*, 2010, p. 355).

115 Les chambres néerlandophones ont recours à la notion de « format », empruntée à la doctrine et à la jurisprudence néerlandaise, et que l'on définit comme suit : « het raamwerk of de structuur bestaande uit een combinatie van elementen op basis waarvan een serie programma-afleveringen kan worden geproduceerd voor radio of televisie » (J.F. HAECK, *Idee en programmaformule in het auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 1998, p. 12, cité par K. VAN DER PERRE, *op. cit.*, p. 213).

116 Voy. M. BUYDENS, « La protection des “concepts” par le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 352 ; C. DE KEERSMAEKER, « Rechten op “concepten voor televisieprogramma's” », *A&M*, 1997, p. 31 ; K. VAN DER PERRE, *op. cit.*, p. 212.

117 M. BUYDENS, « La protection des “concepts” par le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 352 ; C. DE KEERSMAEKER, *op. cit.*, p. 31 ; K. VAN DER PERRE, *op. cit.* p. 212.

118 Voy. en particulier Prés. Comm. Malines, 23 juillet 2001, *I.R. D.I.*, 2001, p. 315 : « De grenzen van wat wel en wat niet onder de auteursrechterlijke bescherming zou moeten vallen zijn onduidelijk, het concept is dan ook niet voldoende gematerialiseerd. »

119 En ce sens, C. DE KEERSMAEKER, *op. cit.*, pp. 30-31 ; H. COHEN JEHORAM, note sous Hof Amsterdam, 25 juin 1987, *Informatierecht/AMI*, 1988, nr. 3/60.

120 Civ. Bruxelles, 8 avril 1970, Bruxelles, 17 septembre 1971, Bruxelles, 9 avril 1975, Bruxelles, 19 janvier 1979, *Ing.-Cons.*, 1979, pp. 80 et s. ; Cass., 22 mai 1980, obs. M. DEMEUR, « Le Dante aux petites cuillers : œuvres des arts plastiques et collaboration », *Ing.-Cons.*, 1981, pp. 354 et s.

eut l'occasion de se prononcer sur la qualité d'auteur de divers intervenants à une même œuvre plastique. En l'espèce, un buste de Dante avait été réalisé par Christine Forani, sculpteur, sur la base des instructions de Salvador Dali. Le résultat n'avait cependant été exposé que sous la signature du second, motivant la dame Forani à agir en justice pour voir imposer la mention de son nom. Les juges de première instance et d'appel donnèrent gain de cause à la demanderesse. Le pourvoi introduit fut ensuite rejeté.

Ce qui retient notre attention, ce sont les formules employées par la cour d'appel. Le premier arrêt de 1971 avait considéré que Dali était « pour le moins coauteur du buste, ne serait-ce que par ses *conseils et ses indications* ». Quant à l'arrêt de 1979, il souligne que la dame Forani avait suivi les « *indications verbales* de l'appelant », « avait sculpté le buste de Dante en suivant les *conseils* de l'appelant qui l'avait *éclairée sur la conception "dalinienne"* de cette tête et qu'elle exécuta ainsi une œuvre où l'appelant « se plut à retrouver son génie » ». Plus encore, la cour souligne « qu'[...] il est établi, d'une part, que, quel que fût le génie de l'appelant, M<sup>me</sup> Forani lui a apporté la collaboration d'un sculpteur de talent capable de *traduire sa vision dans la glaise*, et que, d'autre part, non seulement M<sup>me</sup> Forani a marqué de son empreinte personnelle certaines parties de cette tête, mais qu'elle a également eu le notable mérite de *transposer dans la matière les idées* de l'appelant à l'entière satisfaction de celui-ci [...] »<sup>(121)</sup>. Au vu de la motivation, on est en droit de se demander si les consignes données par Dali à Forani relèvent effectivement de la forme de l'œuvre, justifiant sa qualité d'auteur<sup>(122)</sup>. D'autant qu'il fut souligné qu'elle disposa d'une certaine liberté de réalisation pour exprimer sa personnalité et son talent<sup>(123)</sup> et qu'elle travailla parfois seule, ayant ainsi l'occasion de prendre quelque initiative<sup>(124)</sup>.

**24. L'affaire Guino/Renoir.** — Cette affaire est à rapprocher d'un cas similaire ayant opposé en France Auguste Renoir et Richard Guino. Le premier, perclus de rhumatismes, avait fait appel au second pour traduire dans la matière ses visions formelles. Pendant plusieurs années, Guino ne réclama aucune participation aux profits tirés du droit de reproduction des sculptures qu'il avait réalisées. Il agit plus tard en justice pour que lui fût reconnue la qualité de coauteur. Sa demande fut accueillie au motif qu'il avait conservé sa liberté de création à l'égard de Renoir, ce qui lui avait permis de marquer les sculptures de son empreinte personnelle. Bien que la question n'ait pas fait débat, on aurait pu s'interroger sur la qualité d'auteur de Renoir. Avait-il, lui aussi, participé à la forme de l'œuvre ? Ou s'était-il contenté d'en fournir

121 Nous soulignons.

122 Dans le même sens, voy. M. DEMEUR, *op. cit.*, p. 367.

123 Bruxelles, 17 septembre 1971, *Ing.-Cons.*, 1979, p. 99.

124 Bruxelles, 19 janvier 1979, *Ing.-Cons.*, 1979, p. 86.

l'idée ? Les divers commentateurs ont, de manière unanime, reconnu à Renoir la qualité d'auteur, en raison du contrôle qu'il exerçait sur l'exécution<sup>(125)</sup>.

**25. Imprécision du critère du contrôle de l'exécution.** — On peut admettre le recours à ce critère du contrôle de l'exécution, lequel est clairement consacré par la Cour de cassation française depuis son arrêt *Dunand*<sup>(126)</sup>. La Cour d'appel de Gand a récemment eu recours au même critère pour déterminer l'auteur d'une sculpture issue de la collaboration entre un artiste et les élèves et professeurs d'une école dans le cadre d'un projet scolaire<sup>(127)</sup>. Mais l'on ne peut qu'être circonspect quant à la précision d'un tel outil pour tracer la frontière séparant l'idée de la forme. Si le contrôle opéré est tel que l'exécutant ne dispose d'aucune liberté, seul le concepteur peut être considéré comme auteur<sup>(128)</sup>. On l'admet aisément. Si le contrôle devait être inexistant, et corrélativement la liberté d'exécution totale, nul doute que le seul exécutant pourrait être auteur. Mais *quid* entre les deux ? Quel degré de précision les indications du concepteur doivent-elles atteindre, combien étendu doit être son contrôle pour qu'il participe effectivement à la forme de l'œuvre ? La règle posée, il reste à l'étalonner... ce dont s'abstient la jurisprudence.

**26. L'affaire Vasarely.** — Aussi, lorsque le Tribunal de grande instance de Paris<sup>(129)</sup> dénie à Vasarely la cotitularité d'une œuvre réalisée sur délégation au motif notamment que le second peintre a réalisé l'œuvre dans son propre atelier, sans aucun contrôle du premier et sans aucune retouche de celui-ci, on peut parfaitement l'admettre. Mais ces éléments ne permettent nullement de déterminer précisément en quoi les indications de Vasarely — à savoir agrandir son œuvre précédente *For Pok* et la traiter en noir, blanc et gris nuancé de 1 à 10 — relèvent de l'idée plutôt que de la forme.

125 C. COLOMBET, note sous Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 13 novembre 1973, *D.*, 1974, Jur., p. 535 ; M.-C. MANIGNE, obs. sous Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 13 novembre 1973, *J.C.P. G.*, 1975, II, n° 18029. H. DESBOIS, attaché au critère de l'exécution personnelle en matière artistique, lui reconnaît également cette qualité en considérant qu'il avait fait œuvre créatrice dans l'ordre littéraire, « Chronique », *Rev. trim. dr. com.*, 1971, pp. 700-701.

126 Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 13 octobre 1993, *D.*, 1994, Jur., p. 138, note B. EDELMAN : « Attendu que constitue, en vue de l'exercice du droit de suite institué par l'art. L. 122-8 c. propr. intell., un exemplaire original d'une œuvre graphique ou plastique l'objet qui peut être considéré comme émanant de la main de l'artiste ou qui a été réalisé 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 de son créateur [...]. » Relevons que la Cour fait coïncider par cet arrêt la notion d'œuvre originale en droit commun du droit d'auteur et en matière de droit de suite, voy. la note précitée de B. EDELMAN, p. 139, n° 9.

127 Voy. Gand, 15 juin 2009, *A&M*, 2009, p. 625 : « [...] de leerlingen en leerkrachten wel hebben meegeholpen om de materiele vorm van dit kunstwerk te realiseren, doch blijkt evenzeer dat zij dit hebben gedaan onder toezicht en volgens aanwijzingen van de eiser, de auteur, zodat zij ook om deze reden geen mede-auteurschap overeenkomstig het art. 4 A.W. kunnen opeisen ».

128 M.-C. MANIGNE, *op. cit.*

X 129 21 janvier 1983, *D.*, 1984, I.R., p. 286, obs. C. Colombet.

**27. L'affaire Spoerri.** — Et lorsque l'on rapproche cette décision des arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Spoerri*, on comprend plus difficilement encore où se situe la limite entre les deux. En l'espèce<sup>(130)</sup>, l'artiste Daniel Spoerri avait, dans le cadre d'une de ses expositions, invité les visiteurs à réaliser eux-mêmes un « tableau-piège » sur le thème du petit déjeuner. Un « brevet de garantie » vierge, destiné à être collé au dos des futurs tableaux au cas où ils seraient acceptés et authentifiés par Spoerri, leur avait été remis. Les indications pour la réalisation des tableaux ainsi qu'une description de la démarche de l'artiste leur avaient également été communiquées. Sur la dizaine de tableaux soumis à son approbation, l'artiste en refusa plus de la moitié, estimant qu'ils ne correspondaient pas à une « situation trouvée », telle qu'il la conçoit. L'artiste ne considérait en effet pas ses tableaux-pièges comme des œuvres d'art, mais comme

« [...] une information, une indication pour l'œil de regarder des choses qu'il n'a pas l'habitude de regarder. Tout peut être un tableau-piège, n'importe qui peut choisir un manquement fortuit dû au hasard et faire un tableau-piège. Un certificat de garantie fut imprimé à cette fin »<sup>(131)</sup>.

L'acquéreur d'un de ces tableaux, ayant découvert ultérieurement qu'il n'était pas de la main même de l'artiste, mais d'un enfant de 11 ans, poursuivait la nullité de la vente pour erreur sur la substance (art. 1110 C. civ.), estimant qu'il n'avait pas acquis « un Spoerri »<sup>(132)</sup>. Accueillie en première instance<sup>(133)</sup>, la nullité fut repoussée en appel<sup>(134)</sup>. La Cour de cassation<sup>(135)</sup> censura une première fois la Cour d'appel, mais celle-ci persista<sup>(136)</sup>, encourageant une seconde cassation<sup>(137)</sup>.

130 Sur les circonstances de fait, voy. J. ICKOWICZ, note sous Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 15 novembre 2005, *J.C.P. G.*, 2006, II, 10092, p. 1181 ; N. WALRAVENS, « Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain ! », note sous Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 15 novembre 2005, *R.L.D.I.*, 2006/14, pp. 6 et s., spéc. p. 10.

131 Extrait du texte du brevet de garantie, cité par J. ICKOWICZ, note sous Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 15 novembre 2005, *op. cit.*, p. 1181.

132 Il était reproché au commissaire-priseur qui avait procédé à la vente aux enchères de ne pas avoir respecté les obligations d'information prévues par l'article 3 du décret n° 81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière de transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection. Cette disposition prévoit que, lorsque le nom de l'artiste est immédiatement suivi de la désignation ou du titre de l'œuvre, il faut comprendre que l'artiste mentionné en est effectivement l'auteur et que l'œuvre est donc bien authentique. Comme le relève J. Ickowicz, « [c]e terme d'auteur n'étant pas défini, s'est posé un problème d'interprétation qui fait le nœud de cette affaire », *in* note sous Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 15 novembre 2005, *op. cit.*, p. 1183.

133 Trib. gr. inst. Paris, 11 mars 1998, inédit.

134 C.A. Paris, 18 octobre 1999, inédit.

X 135 (1<sup>re</sup> ch. civ.), 5 février 2002, *J.C.P. G.*, 2002, I, 148, p. 1238, obs. Y.-M. Serinet, *J.C.P. G.*, 2002, II, 10193, note S. Crevel.

136 C.A. Paris, 8 octobre 2003, inédit.

137 Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 15 novembre 2005, *J.C.P. G.*, 2006, II, 10092, p. 1180, note J. Ickowicz, *D.*, 2006, Jur., p. 1116, note A. Tricoire, « La Cour de cassation au secours des "victimes" de

Au contraire de la Cour de cassation qui adopta une approche matérialiste de la création, la Cour d'appel défendit par deux fois donc une approche plus intellectuelle de l'œuvre d'art — qui était d'ailleurs celle de la Cour de cassation dans son arrêt *Dunand* (précité) —, estimant que « [l]'auteur d'une œuvre originale peut être celui qui fait exécuter l'œuvre en donnant des instructions et en la faisant réaliser sous son contrôle et que tel est le cas de l'œuvre litigieuse »<sup>(138)</sup>. La Cour d'appel semble donc considérer les directives de Spoerri comme relevant de la forme, alors même qu'elles semblent se limiter à exiger des exécutants qu'ils « saisissent » simplement une « situation » par rapport à un thème donné<sup>(139)</sup>. Il est bon de remarquer par ailleurs que le contrôle de l'exécution opéré par Spoerri se réduisait à la vérification — en un temps et un lieu donnés — de ce que le résultat obtenu correspondait à sa conception du tableau-piège<sup>(140)</sup> et donc sans aucune correction de sa part<sup>(141)</sup>. Bref, à un choix purement binaire oui/non...

Le contraste avec l'affaire *Vasarely* est alors saisissant : la liberté de l'exécutant ne nous paraît pas plus étroite, les indications du concepteur plus précises et son contrôle plus appuyé dans l'affaire *Spoerri* que dans l'affaire *Vasarely*. En somme, les outils employés par les cours et tribunaux paraissent bien mal calibrés et les notions de forme et idée toujours aussi fuyantes. Et de même, appliquer les critères de la composition et de l'expression comme semble l'avoir fait la Cour d'appel de Paris dans une autre affaire, en considérant que chacun des deux coauteurs intervient à un stade différent, ne fait aucunement avancer les choses<sup>(142)</sup>, tant est indéterminé le premier critère.

---

l'art contemporain : le tableau-piège se referme sur Spoerri », *R.L.D.I.*, 2006/14, p. 6, note N. WALRAVENS, « Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain ! ».

138 C.A. Paris, 8 octobre 2003 et, dans le même sens, C.A. Paris, 18 octobre 1999, cités par N. WALRAVENS, « Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain ! », *op. cit.*, p. 9, note 36. Sur les approches respectives de la Cour d'appel et de la Cour de cassation, voy. les notes précitées de J. Ickowicz et de N. Walravens.

139 J. ICKOWICZ, note sous Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 15 novembre 2005, *op. cit.*, p. 1181. Selon l'auteur, le « processus de création [est] conçu d'emblée pour être aléatoire et pour permettre un accès direct à la réalité sans le filtre d'une expression marquée par une subjectivité ». Voy. aussi les propos de Spoerri, s'expliquant sur les tableaux refusés : « Je n'étais pas d'accord avec eux parce qu'ils voulaient créer quelque chose de personnel et ça ne m'intéressait pas. Ce que je voulais, c'était une situation trouvée, une situation réelle », *Tinguely Museum, Catalogue de rétrospective*, Bâle, 2001, pp. 126 et s., cité par N. WALRAVENS, « Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain ! », *op. cit.*, p. 10, note 48.

140 Voy. N. WALRAVENS, « Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain ! », *op. cit.*, p. 10.

141 Voy. B. EDELMAN, « L'erreur sur la substance ou l'œuvre mise à nu par les artistes, même ! », *D.*, 2003, Chron., p. 436, n° 19.

142 C.A. Paris, 3 décembre 2004, *D.*, 2005, Jur., p. 1237 (« [...] ces œuvres photographiques [...] 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 les lumières ») et la note sous l'arrêt d'E. TREPPOZ, « L'art contemporain entre

### E. Appréciation critique

**28. Contamination de la condition de forme par la condition d'originalité.** — Au terme de cet exposé, l'on serait tenté d'approuver l'opinion pessimiste selon laquelle il n'est pas possible de tracer la frontière séparant l'idée de la forme. Ni la doctrine ni la jurisprudence ne semblent en effet en mesure de fournir un critère précis et efficace. Il faudrait alors admettre, comme cela a été joliment dit, que « le problème n'est pas plus susceptible de solution précise que celui de savoir combien il faut ajouter de grains de sable les uns aux autres pour obtenir un tas de sable [...] »<sup>(143)</sup>.

En somme, l'on s'accorde à considérer que l'idée non exprimée ne peut recevoir de protection et qu'inversement, la protection va au-delà de la seule expression, mais, quant à savoir à partir de quel moment l'idée exprimée accède au rang de forme protégeable ou quand la composition cesse de l'être, c'est le « flou artistique ». L'aperçu de la jurisprudence en matière d'œuvres de fiction et de créations par délégation en rend assez bien compte.

En réalité, il nous semble que, s'il est si difficile d'apprécier la différence entre l'idée et la forme au regard de la doctrine et de la jurisprudence, c'est en raison de ce que nous considérons être une « contamination » de l'approche de la notion d'œuvre par la prise en compte de la condition d'originalité. A. Lucas relevait déjà, dans les années 1970, que « la notion d'originalité, telle qu'elle est interprétée traditionnellement, ne peut s'attacher qu'à la forme »<sup>(144)</sup>. De même, pour Cherpillod, « [c]'est [...] la conception subjective de l'originalité qui peut accréditer la thèse que les idées ne seraient pas originales et donc exclues du droit d'auteur »<sup>(145)</sup>. De là à définir la forme par référence à l'originalité, il n'y a qu'un pas.

Cette contamination de la forme par l'originalité que l'on pense deviner dans la doctrine est d'autant plus flagrante en jurisprudence. À propos des décisions rendues en matière d'œuvres de fiction exposées ci-dessus, M. Buydens souligne que, si « la question de la protection comme telle de l'anecdote reste ambiguë, [c'est parce qu'il] n'est pas clairement dit si elle est

---

droit d'auteur et droit à l'image », n° 5. Voy. également A. FRANÇON, *Propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris, Litec, 1999, p. 193, cité par E. TREPPOZ, note précitée, n° 5, note 5.

143 G. LYON-CAEN, P. LAVIGNE, *Traité théorique et pratique du droit du cinéma français et comparé*, t. I, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 195, n° 191. Voy. aussi R. SAVATIER qui parle de « vague clôture du jardin de l'artiste » (*Le droit de l'art et des lettres — Les travaux des Muses dans les balances de la justice*, Paris, L.G.D.J., 1953, p. 90, n° 118).

144 A. LUCAS, *op. cit.*, p. 42, n° 69.

145 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 63, n° 96. Partisan de la théorie de l'unicité statistique (voy., *supra*, n° 17, note 81), il relève qu'une idée peut parfaitement être « unique statistiquement » ou parvenir à un degré supérieur de nouveauté (p. 62, n° 95).



exclue seulement en vertu de son manque d'originalité (ce qui signifie que l'anecdote originale est de l'ordre de la forme) ou si c'est en tant qu'idée (non protégeable en soi) »<sup>(146)</sup>. Quant aux idées de contrôle de l'exécution et de liberté corrélative de l'exécutant en matière d'œuvres réalisées sur délégation, elles participent en réalité de la notion d'originalité<sup>(147)</sup>.

**29. Utilité de la notion de forme et premiers éléments d'une définition.** — Peut-être faudrait-il alors, comme cela est parfois proposé, envisager l'abandon de cette dichotomie forme/idée et lui substituer une distinction entre la « création » et l'« originalité »<sup>(148)</sup> ou entre l'originalité et la banalité<sup>(149)</sup>. Mais cette opinion doit être accueillie avec prudence lorsque l'on sait que, sous l'originalité, se cache souvent l'appréciation du mérite<sup>(150)</sup>.

Nous ne pensons pas cependant que cette notion de forme soit dépourvue de toute pertinence. Au contraire, et singulièrement pour les créations issues des nouvelles pratiques artistiques, qui s'éloignent de plus en plus de la matérialité du geste pour lui préférer le caractère éthéré du sens, la notion de forme doit pouvoir jouer un rôle. Tout le travail de définition reste cependant à faire.

Tout le travail ? Presque. Notre rapide tour d'horizon nous a permis de mettre en évidence certains éléments que nous entendons maintenant mettre en œuvre au service d'une définition de la forme de l'œuvre d'art conceptuel.

Un premier élément réside dans l'idée de **structure**, telle qu'issue de la jurisprudence relative à la protection des concepts. Nous préférons cette notion à celle de composition, trop connotée. Un second élément tient à l'idée de **liberté**, comme on l'a vue apparaître dans le domaine de la création par délégation. Mais plutôt que d'envisager la liberté du créateur, nous envisagerons celle de son vis-à-vis, le récepteur. C'est donc la notion de **public** qui viendra compléter le schéma et qu'il convient maintenant d'introduire.

#### IV. – La notion de forme des œuvres d'art conceptuel

##### A. Remarque préliminaire : l'art conceptuel

**30. L'art conceptuel : l'œuvre, c'est l'idée.** — Avant d'aborder l'étude de la forme des œuvres d'art conceptuel, précisons ce qu'on entend par là.

146 M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crétion*, op. cit., p. 77.

147 M. BUYDENS, « Quelques réflexions sur le contenu de la condition d'originalité », *A&M*, 1996, pp. 383 et s., spéc. pp. 386-387. Voy., par ex., Civ. Bruxelles, 17 janvier 2003, *A&M*, 2004, p. 335.

148 Voy., sur cette question, I. CHERPILLOD, op. cit., pp. 59-70, n<sup>os</sup> 89-112.

149 Voy. B. EDELMAN, « Création et banalité », *D.*, 1983, Chron., p. 73 ; P.-Y. GAUTIER, op. cit., pp. 53-55, n<sup>o</sup> 30.

150 Voy., sur cette question, C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1981.



Définir l'art conceptuel n'est pas une mince affaire, dans la mesure où il n'existe pas de définition généralement acceptée<sup>(151)</sup>. Au contraire, il existe probablement autant de définitions que d'artistes conceptuels<sup>(152)</sup>. Nous n'avons ni les compétences ni l'intention d'étudier cette question qui relève du champ de l'esthétique et de l'histoire de l'art, nullement du droit.

Relevons simplement que, de manière générale, on s'accorde à conférer à Marcel Duchamp la paternité non pas de l'art conceptuel, mais à tout le moins de son avènement. Suivant les mots célèbres de l'artiste et théoricien de l'art conceptuel Joseph Kosuth,

« [L']événement qui révéla la possibilité de “parler un autre langage” qui ait encore un sens en art fut le premier *ready-made* non assisté de Marcel Duchamp. Avec le *ready-made* non assisté, l'art cessait de se focaliser sur la forme du langage, pour se concentrer sur ce qui était dit. Autrement dit, il changeait la nature de l'art, qui cessait d'être un problème de morphologie pour devenir un problème de fonction. Ce changement — un passage de l'“apparence” à la “conception” — fut le commencement de l'art “moderne” et le début de l'art “conceptuel”. Tout art (après Duchamp) est conceptuel (par sa nature), parce que l'art n'existe que conceptuellement »<sup>(153)</sup>.

Et pour notre propos, nous retiendrons la définition souvent proposée et tirée des « Paragraphs on conceptual art » de Sol Lewitt, publiés en 1967 dans le magazine *Artforum* :

« Dans l'art conceptuel c'est l'idée ou le concept qui compte le plus. Pour un artiste conceptuel, tous les projets et toutes les décisions sont antérieurs à l'exécution qui reste une chose superficielle. L'idée devient une machine d'art »<sup>(154)</sup>.

En somme, dans l'art conceptuel, c'est l'idée qui constitue l'œuvre. Cela étant précisé, nous entamons notre réflexion quant à la forme de ce type d'œuvre du point de vue du droit d'auteur.

## B. L'œuvre d'art contemporain dans la doctrine

**31. L'art contemporain dans la doctrine.** — Plusieurs auteurs se sont déjà penchés sur le problème de l'adéquation du régime juridique du

151 T. GODFREY, *Conceptual Art*, Londres, Phaidon, 1998, p. 12.

152 *Ibid.*, pp. 13-14.

153 J. KOSUTH, « L'art après la philosophie », *op. cit.*, p. 921. Joseph Kosuth fait remonter la naissance de l'art conceptuel au premier *ready-made* non aidé. Un *ready-made* est un objet de la vie quotidienne choisi par l'artiste et érigé au rang d'œuvre d'art. On parle de *ready-made* aidé lorsqu'un détail graphique de présentation y a été ajouté (M. DUCHAMP, « À propos des “ready-mades” », *Duchamp du signe*, Écrits réunis et présentés par M. SANUILLET, Paris, Flammarion, 2007, p. 191). Le premier *ready-made* non aidé (donc sans aucun élément visuel additionnel), le *Sèche-bouteilles*, date de 1914 (TH. DE DUVE, *Résonances du ready-made — Duchamp entre avant-garde et tradition*, Paris, Hachette Littératures, 2006, p. 25).

154 S. LEWITT, « Alinéas sur l'art conceptuel », dont le texte traduit est reproduit in C. HARRISON et P. WOOD, *op. cit.*, p. 910.

droit d'auteur avec les nouvelles créations issues des pratiques artistiques contemporaines. Nous évoquerons ici brièvement trois études approfondies rédigées sur le sujet.

**32. La doctrine de Max Kummer.** — À la fin des années 1960, le professeur suisse Max Kummer publiait un ouvrage dans lequel il allait tenter de redéfinir la notion d'œuvre en la confrontant aux phénomènes de la création artistique moderne<sup>(155)</sup>. La théorie qu'il élabore repose sur deux principes : une œuvre est protégeable lorsque : 1° elle présente un caractère d'individualité, comprise comme unicité statistique ; 2° elle est présentée comme une œuvre. Le premier critère relève de la question de l'originalité, envisagée d'un point de vue objectif<sup>(156)</sup>. Le deuxième intéresse plus directement notre propos, puisqu'il se rattache à la détermination de ce qu'est une œuvre (et, partant, de sa forme).

L'auteur part du constat que la création contemporaine estompe les frontières de l'art en empruntant toutes les voies possibles. C'est là le fondement du critère de la présentation comme œuvre. Nous nous permettons de reproduire l'exposé que fait M. Buydens de ce critère :

« [...] avant, remarque Kummer, la qualité d'œuvre d'art d'un objet se manifestait sans ambiguïté. Il était évident pour tous que celui qui peignait un tableau ou composait une sonate entendait faire une œuvre d'art. Aujourd'hui, cette évidence n'est plus : il n'est pas évident qu'une suite de sons ou de bruits soit un morceau de musique, comme il n'est pas évident qu'une hélice d'avion cabossée constitue une œuvre des arts figuratifs. Le concept d'art ayant été radicalement bouleversé, les choses ne parlent plus d'elles-mêmes. Pour savoir ce qui est de l'art, il ne nous reste plus que l'artiste lui-même : il n'y a que lui qui puisse nous faire savoir que cet "objet" est une œuvre. Dès lors, lorsque cela n'est pas évident, la qualité d'œuvre protégeable par le droit d'auteur exigera que l'auteur ait fait savoir d'une manière quelconque (par exemple par un encadrement ou une exposition) que l'objet en cause est une œuvre d'art »<sup>(157)</sup>.

**33. Critique.** — L'œuvre de Kummer a été vivement critiquée par la majorité de la doctrine allemande<sup>(158)</sup>. S'agissant du critère de la présentation

155 M. KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbares Werk*, Berne, Verlag Stämpfli & Cie, 1968. Un accès en français à l'œuvre de KUMMER nous est possible grâce à l'exposé de sa doctrine dans les ouvrages suivants : M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, pp. 54-57 ; I. CHERPILLOD, *op. cit.*, pp. 123-125, n° 212 ; E. ULMER, « La notion d'œuvre en matière de droit d'auteur et l'art moderne », *D.A.*, 1969, pp. 79-81. Nous renvoyons le lecteur francophone vers ces ouvrages plutôt qu'à l'œuvre originale de Kummer.

156 Voy., *supra*, n° 7, note 37.

157 M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, p. 56.

158 Voy. les références citées par M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, p. 56, note 2.

comme œuvre, I. Cherpillod indique qu'« on lui a reproché de faire dépendre la protection d'une décision purement subjective de l'auteur, d'une volonté qui ne transparaît pas dans l'œuvre elle-même »<sup>(159)</sup>. Dans cette mesure, « le champ du droit d'auteur [...] devient objectivement indéfinissable et fixé par les intéressés eux-mêmes »<sup>(160)</sup>.

Par ailleurs, le critère introduirait une condition de protection supplémentaire ignorée du droit positif<sup>(161)</sup>. La protection du droit d'auteur naît en effet du seul fait de la création, sans formalités. La protection des projets et esquisses, pourtant acquise, deviendrait alors problématique, puisque « la présentation prend nécessairement place après le moment auquel l'œuvre ou ses préliminaires ont été créés »<sup>(162)</sup>.

M. Buydens ajoute encore que la thèse de Kummer repose sur une prémisse inexacte, à savoir que « l'œuvre au sens du droit d'auteur doit nécessairement coïncider avec l'œuvre au sens esthétique ou sociologique »<sup>(163)</sup>. Relevons cependant que, si, effectivement, esthétique et science juridique sont des disciplines autonomes, cette autonomie est cependant toute relative. Comme l'indique I. Cherpillod,

« [m]ême si le droit possède des notions qui lui sont propres et d'autres qui sont empruntées au langage courant, mais auxquelles il donne parfois un sens différent, ses concepts renvoient aussi à des phénomènes que le législateur a pris en considération en tant que réalités ontologiques lors de l'élaboration de la loi. [...] En réglementant le droit d'auteur, il considère les œuvres littéraires et artistiques en tant que phénomènes, d'abord ; c'est seulement par la confection de la loi que les faits sont appréhendés au travers de concepts »<sup>(164)</sup>.

Certes, l'œuvre en droit d'auteur et l'œuvre d'art ne coïncident pas. Il s'agit de deux concepts distincts. Il nous semble cependant que manque son but un droit de la propriété littéraire et artistique qui laisse pour compte une large part de la création des cinquante dernières années (mais intègre une série d'objets qui ne présentent qu'un lien ténu avec l'esprit qui a présidé à la mise sur pied de ce système de protection...)<sup>(165)</sup>.

159 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, pp. 123-124, n° 212.

160 M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, p. 57.

161 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, pp. 124, n° 212.

162 E. ULMER, *op. cit.*, p. 81.

163 M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, p. 57.

164 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 24, note 25.

165 Comme l'indiquent F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, « Het auteursrecht beschermt traditioneel creaties (en prestaties) als een uitdrukking van de persoonlijkheid van de schepper (uitvoerder) van het werk. De toekenning van monopolierechten aan deze personen wordt verantwoordt vanuit een *culturele finaliteit*. Het stimuleren van de creatie van werken levert een bijdrage tot de culturele en sociale vooruitgang van een gemeenschap », in *Wegwijs in het intellectueel eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2009, p. 12.

Enfin, on relèvera tout de même que certains admettent que le critère puisse servir d'indice<sup>(166)</sup>, dans « certains cas extrêmes où le caractère d'œuvre ne peut être décelé autrement, en particulier lorsque l'apparence de l'œuvre ne permet pas de la distinguer du simple fruit d'un hasard quotidien »<sup>(167)</sup>.

**34. La doctrine de Nadia Walravens.** — Dans sa thèse publiée sous le titre *L'œuvre d'art en droit d'auteur — Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*<sup>(168)</sup>, la Française Nadia Walravens propose une révision complète des deux conditions du droit d'auteur que sont la forme et l'originalité.

Constatant à l'analyse des pratiques artistiques contemporaines que « les idées sont considérées comme œuvres et revendiquées comme telles par les artistes »<sup>(169)</sup>, elle propose d'élargir la notion de forme à l'ensemble des éléments perceptibles de l'œuvre et qui participent de son immanence. Ce n'est en effet qu'en appréhendant l'œuvre de manière globale et non en la réduisant à ses seules formes d'expression tangibles que l'on pourra la saisir dans toute sa complexité<sup>(170)</sup>. Cet élargissement de la notion de forme permet à l'auteur d'évacuer la dichotomie forme/idée car, si « [l']œuvre d'art relève bien de la mise en œuvre d'une idée, [...] idée et forme ne font qu'un, indissociables, immanentes à l'œuvre, révélant son originalité »<sup>(171)</sup>.

Ainsi, « [p]our qu'une œuvre d'art 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 ». Les éléments tangibles sont : 1° l'objet, même manufacturé ou trouvé ; 2° tous autres matériaux perceptibles par la vue ou le toucher. Quant aux éléments intangibles, il s'agit de : 1° l'air, la lumière et l'énergie ; 2° l'espace et le temps ; 3° le contexte d'exposition ; 4° l'expérience sensible et la dynamique instaurées avec le spectateur<sup>(172)</sup>.

166 E. ULMER, *op. cit.*, p. 81.

167 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 125, n° 213.

168 Paris, Economica, I.E.S.A., 2005.

169 *Ibid.*, p. 91.

170 Pour bien comprendre la thèse de M<sup>me</sup> Walravens, reprenons l'exemple qu'elle donne de l'art minimal. Celui-ci se caractérise « par des objets de formes structurales géométriques, réduites à leur plus simple expression » (p. 92, n° 64). Cette neutralité et cette pureté de la forme sont censées exprimer « la puissance de l'idée et sa primauté » (p. 93, n° 64). 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 » (pp. 93-94, n° 64-65). D'où cette prise de position importante : « [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, n° 67).

171 *Ibid.*, p. 393, n° 343.

172 *Ibid.*, pp. 395-403, n° 345-359.

C'est donc l'idée en tant qu'elle s'exprime dans une forme entendue largement qui est protégée, et non pas l'idée abstraite, voire l'idée exprimée entendue de manière restrictive. Ce faisant, la liberté de création est préservée et l'industrie culturelle évite d'être perturbée<sup>(173)</sup>.

**35. Critique.** — La thèse de Nadia Walravens constitue indéniablement un pas en avant important vers une pleine appréhension par le droit de l'art contemporain. Très au fait des pratiques actuelles, l'auteure parvient à intégrer dans la notion de forme au sens du droit d'auteur une série d'éléments qui, du point de vue artistique, participent incontestablement de l'œuvre. Spécialement pour notre propos, l'accent mis sur la participation active du public apparaît particulièrement relevant (voy., *infra*, n° 39).

Pour autant, il nous semble possible d'émettre un certain nombre de critiques.

Tout d'abord, ainsi que l'a relevé J. Ickowicz, « [t]out en dénonçant les limites de la dichotomie forme-idée, M<sup>me</sup> Walravens demeure néanmoins fidèle à cette distinction »<sup>(174)</sup>.

Celle-ci reste en effet prégnante tout au long de son exposé et demeure au centre de son système, puisque, suivant que l'on se trouve en face d'une forme ou d'une idée, le régime de protection différera (droit d'auteur pour la première, droit de la responsabilité pour la seconde, voy., *infra*, n° 35).

Ensuite, l'on demeure en peine de définir précisément, au moyen de cette théorie, la forme de l'œuvre. Si envisager la forme de manière extensive afin d'y intégrer les éléments contextuels qui participent de l'immanence de l'œuvre va dans le sens de la démarche de l'artiste et procède d'une meilleure compréhension de l'œuvre d'art contemporain, cela ne fournit nullement un outil conceptuel permettant de circonscrire ladite forme. Celle-ci, même plus large, demeure indéterminée. Aucune avancée donc par rapport au constat tiré précédemment.

Il en va d'autant plus ainsi qu'interviennent désormais dans la définition de l'œuvre des éléments à contenu variable. Intégrer dans la définition de la forme « l'expérience sensible et la dynamique instaurées avec le spectateur » après avoir relevé le caractère subjectif de la perception<sup>(175)</sup> ne nous paraît pas de nature à permettre de cerner au plus près la forme de l'œuvre...

173 *Ibid.*, pp. 376-391, n°s 325-341.

174 *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art — Une analyse juridique de l'art contemporain*, (multig.), thèse, Panthéon-Sorbonne — Paris I, Paris, 2009, p. 38, n° 19.

175 Voy. pp. 123-128, n°s 94-98, pp. 130-135, n°s 102-106, à propos de diverses réalisations contemporaines (Alexandre Calder, Yves Klein, Dan Flavin, James Turrell, Luciano Fabro, Joseph Beuys).

Par ailleurs, un vice fondamental nous paraît affecter la thèse de M<sup>me</sup> Walravens. En effet, après avoir constaté que l'œuvre d'art contemporain réside dans l'idée plus que dans le matériau employé pour l'exprimer<sup>(176)</sup>, elle en vient à définir le domaine de protection par référence à la seule forme externe (entendue largement). Pratiquement, la protection qu'elle envisage ne se conçoit en effet que contre la reproduction servile, de sorte que, de son aveu même, « le monopole de l'auteur est particulièrement réduit »<sup>(177)</sup>. S'ajoute à cela le fait que, comme elle le relève justement, « pour un artiste, il n'y a aucun intérêt à refaire ce qui a déjà été fait, ne serait-ce qu'une fois »<sup>(178)</sup>. Dans cette mesure, l'intérêt de la protection apparaît limité, d'autant qu'elle ne s'attache pas à la substance de l'œuvre (l'idée), mais à une de ses concrétisations particulières (pourtant estimée accessoire). On peut d'ailleurs se demander si on n'en revient pas, par là, à protéger le support — certes envisagé de manière extensive — plutôt que l'œuvre en tant que telle, au mépris de la distinction cardinale support/œuvre.

Et la critique se fait plus rude encore lorsque l'on constate que l'auteur entend protéger l'idée artistique par le droit de la responsabilité et en particulier la sanction du parasitisme<sup>(179)</sup>. Nonobstant les critiques dont fait l'objet cette théorie du parasitisme en droit belge<sup>(180)</sup>, l'on ne peut qu'être circonspect quant au fait de vouloir protéger ce que l'on a reconnu comme constituant la substance de l'œuvre d'art contemporain par un régime juridique étranger au droit d'auteur. Sauf à considérer que le droit d'auteur n'a pas vocation à protéger pareil type d'œuvre (ce qui est exactement l'inverse de la position exprimée par M<sup>me</sup> Walravens<sup>(181)</sup>), ne faut-il pas voir dans ce pis-aller l'aveu même de la faiblesse de sa théorie ?

176 Elle rappelle à ce sujet les propos de Joseph Kosuth : « l'expression était du côté de l'idée, pas de la forme — la forme n'était qu'un outil au service de l'idée », in *Art conceptuel I*, C.A.P.C., Bordeaux, 1988, p. 104, cité par N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, op. cit., p. 101, n° 72.

177 N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, op. cit., p. 389, n° 338.

178 *Ibid.*, p. 389, n° 338.

179 *Ibid.*, pp. 403-415, n°s 360-375.

180 Voy. en particulier la position de la Cour de cassation qui a récemment rejeté l'idée que la simple imitation (ne consistant pas en la méconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle) puisse constituer un acte illicite, Cass., 29 mai 2009, R.A.B.G., 2011, p. 3, note A. CLERENS, « Parasitaire medinging: naar een theorie van misbruik van het recht op kopie? », *Ann. prat. comm. et conc.*, 2009, p. 325, obs. H. DE BAUW, « Bescherming tegen namaak van goederen die niet beschermd zijn door een intellectueel eigendomsrecht ».

181 « L'on ne voit pas pourquoi le droit de la propriété littéraire et artistique ferait preuve de plus de mansuétude à l'égard d'œuvres techniques que pour des œuvres qui relèvent toujours des "Beaux-Arts". En effet, l'œuvre d'art, à la différence des œuvres techniques, reste dans sa finalité totalement désintéressée, puisque son essence est d'être une œuvre et rien d'autre ; il serait affligeant que le droit d'auteur devienne exclusivement un droit des investisseurs » (*ibid.*, p. 136, n° 107).

**36. La doctrine de Judith Ickowicz.** — Dans sa thèse intitulée *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art — Une analyse juridique de l'art contemporain*<sup>(182)</sup>, Judith Ickowicz tente de redéfinir l'œuvre au regard du phénomène de dématérialisation qui caractérise les créations contemporaines. Elle entend ainsi analyser les œuvres qui reposent sur un dispositif, entendu comme « une organisation définie par l'artiste et située sous son autorité, à partir de laquelle l'identité de l'œuvre d'art peut être cernée, de même que le rôle et le statut des différents acteurs pouvant intervenir dans le processus de création »<sup>(183)</sup>.

Bien que l'auteure ait choisi comme ligne directrice la notion de chose plutôt que celle d'œuvre de l'esprit, intégrant ce faisant le droit des biens et le droit des contrats dans sa réflexion<sup>(184)</sup>, elle émet un certain nombre de considérations tenant au droit de la propriété littéraire et artistique.

Après s'être départie d'une vision matérialiste de l'œuvre<sup>(185)</sup>, elle envisage d'identifier, au départ de l'institution de la spécification<sup>(186)</sup> et de l'universalité de fait<sup>(187)</sup>, une forme intellectuelle au sein des œuvres d'art contemporain, qu'elle définit abstraitement comme « un ensemble de règles édictées par l'artiste rendant possible l'identification de l'œuvre d'art »<sup>(188)</sup>.

Ensuite, amenée à se prononcer sur la définition de la frontière entre la forme et l'idée au sein de l'œuvre d'art immatérielle, elle énonce trois paramètres qu'elle tire d'une jurisprudence ayant pour objet des œuvres se présentant sous une forme comparable à certains dispositifs artistiques<sup>(189)</sup>, paramètres qui permettent, selon elle, de saisir la forme : « la définition de règles assimilables à un mode d'emploi, la précision, la possibilité d'une exécution répétée ». À quoi vient s'ajouter le critère de la « conscience du résultat », emprunté à MM. Lucas, et qui doit permettre de cerner la « ligne de frontière de la forme au sein des œuvres conceptuelles »<sup>(190)</sup>. Et elle conclut que, « [s]i les prescriptions posées pour la matérialisation de l'œuvre d'art sont suffisamment précises pour que l'artiste conserve la maîtrise du processus de création, on devrait pouvoir juger que le concept revêt une forme autonome lui conférant l'identité d'une chose. Il en va de même lorsque

182 (Multig.), thèse, Panthéon-Sorbonne — Paris I, Paris, 2009, 506 p.

183 *Ibid.*, p. 19, n° 6.

184 *Ibid.*, p. 456, n° 346.

185 *Ibid.*, p. 215, n° 161.

186 *Ibid.*, pp. 245-248, n°s 185-186.

187 *Ibid.*, pp. 250-253, n°s 190-191.

188 *Ibid.*, p. 347, n° 457.

189 *Ibid.*, pp. 203-206, n°s 150-152.

190 *Ibid.*, p. 260, n° 198.



sa matérialisation est abandonnée à un tiers pouvant agir sur ses propriétés contingentes, pour autant que ses propriétés constitutives so[ie]nt respectées »<sup>(191)</sup>.

Reste que, dans cette dernière hypothèse où l'artiste ne s'est pas limité à décrire abstraitement une œuvre, mais a conçu un cadre de production (une « forme processuelle »<sup>(192)</sup>), le risque existe que l'exécutant puisse être considéré auteur, bien qu'il se situe dans une situation de « subordination artistique » vis-à-vis de l'artiste<sup>(193)</sup>. Elle préconise alors pour pallier ce problème qu'une clarification du rôle des différents acteurs intervienne par la mise en place d'un « cadre contractuel »<sup>(194)</sup>.

**37. Critique.** — L'apport principal de la thèse de J. Ickowicz réside dans cette idée de forme intellectuelle qui caractériserait les œuvres d'art immatérielles. Notre propos s'en rapproche d'ailleurs à certains égards (voy., *infra*, n° 41). Cependant, nous ne pouvons souscrire à certaines des voies entreprises par l'auteure.

Tout d'abord, nous estimons que quitter le champ du droit d'auteur pour résoudre une question qui lui est propre ne peut présenter qu'une perspective limitée. Nous l'avons indiqué, l'auteur propose de ne pas limiter son analyse juridique au droit d'auteur, limitation qui serait « de nature à brider la réflexion et la possibilité de proposer des solutions réellement nouvelles »<sup>(195)</sup>. L'intention est louable. Elle peut par ailleurs se comprendre dans la mesure où l'auteur entend répondre à la question de l'appropriabilité des œuvres d'art dématérialisées. Mais elle ne nous semble pas permettre de relever le défi continu que l'art pose au droit. Cette perspective est limitée car elle calque son horizon sur celui de l'art d'aujourd'hui, sans fournir au droit d'auteur un outil idoine à saisir l'art de demain. Autrement dit, en résolvant la question de la définition de l'œuvre en droit d'auteur par le recours à des normes externes (issues du droit des biens et du droit des contrats), on agit dans le temps plutôt que de manière prospective, de sorte que, dès que le modèle artistique actuel apparaîtra éculé et que la création investiguera d'autres terrains, la question de la définition de l'œuvre resurgira. Bref, l'on ne fait que postposer le problème. Le droit d'auteur s'entend d'un système répondant à une logique propre : tout problème surgissant de sa mise en œuvre doit nécessairement trouver en son sein sa solution.

191 *Ibid.*, p. 261, n° 198.

192 *Ibid.*, p. 266, n° 202.

193 *Ibid.*, p. 351, n° 262.

194 *Ibid.*, p. 352, n° 263.

195 *Ibid.*, p. 38, n° 19.

Ensuite, si les notions de dispositif, protocole, mode d'emploi, partition, etc., appartiennent au jargon des artistes contemporains et sont susceptibles de connaître une certaine résonance en droit, on peut se demander s'il n'est pas possible de les saisir à travers des concepts déjà connus. Ces diverses expressions renvoient à l'idée d'une organisation générale de l'œuvre, de principes directeurs, de structure. Autrement dit, ce sont peu ou prou les notions de forme interne, de composition ou de concept que l'on retrouve derrière ces divers vocables. Plutôt que de les ériger en concepts autonomes, aptes à saisir les spécificités de l'art contemporain, ne faudrait-il pas réinterroger les notions classiques ?

Ensuite, on peut réitérer la critique que nous avons déjà formulée à l'égard des théories de Kohler, Desbois et Renauld, qui s'écartent de l'œuvre pour se tourner vers l'auteur. D'ailleurs, interpréter le protocole de manière téléologique afin de vérifier si la concrétisation y donnée par l'exécutant correspond à la volonté de l'artiste, ainsi que le préconise M<sup>me</sup> Ickowicz, c'est, nous semble-t-il, risquer d'intégrer dans la forme de l'œuvre des éléments qui sont connus du seul auteur (comp. la notion d'*imaginäres Bild* dans la théorie de Kohler, *supra*, n° 11). Certes, elle indique que des « “dossiers d'œuvre” sont précisément établis pour permettre de reconstituer cette volonté dans l'après-coup, à l'aide d'une documentation »<sup>(196)</sup>. Mais nous devons nous avouer circonspect quant à l'idée d'établir la forme d'une œuvre sur la base d'une documentation annexe.

Enfin, relevons que la forme n'est toujours pas déterminée puisqu'il est à nouveau recouru au critère de la précision. Or quel degré de précision doit être atteint pour que l'on puisse considérer que l'artiste conserve la maîtrise du processus de création ? Ou qu'il a conscience du résultat ? D'aucuns semblent d'ailleurs considérer que ces critères interviennent plutôt dans la détermination de l'originalité<sup>(197)</sup>. Pour le reste, on se retrouve de nouveau avec une question de fait, sans véritable directive susceptible de diriger l'opinion du juge. La question de la forme reste donc entière.

**38. Appréciation générale.** — La plume acerbe avec laquelle nous critiquons ces diverses thèses est injuste, en ce qu'elle souligne trop peu l'apport de ces auteurs à une meilleure compréhension du phénomène artistique contemporain. Simplement, nous pensons que la redéfinition de l'art telle qu'elle intervient aujourd'hui appelle une redéfinition du droit d'auteur, moins timorée que celle que postulent M<sup>mes</sup> Walravens et Ickowicz, mais moins audacieuse — quoique — que celle proposée par M. Kummer. Qu'il nous soit maintenant permis d'envisager cette autre voie, même si

196 *Ibid.*, p. 259, n° 196.

197 En ce sens, voy. N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, op. cit., p. 166, n° 129.

elle doit faire l'objet de critiques plus âpres encore que celles que nous nous sommes permises à l'égard de l'œuvre de nos prédécesseurs.

### C. La notion de réception par le public

**39. Un nouveau paradigme.** — En réalité, nous sommes d'avis que la méthode qui a prévalu jusqu'à présent et qui consiste à analyser l'œuvre à travers le prisme de la démarche créative (doctrine traditionnelle) ou, plus généralement, du point de vue de l'auteur (doctrine de M. Kummer et de J. Ickowicz) est erronée, en ce qu'elle néglige un élément fondamental et consubstantiel à l'existence du droit d'auteur : le public<sup>(198)</sup>.

Le droit d'auteur ne trouve en effet sa raison d'être que dans la présence d'un public, d'un récepteur de la création de l'auteur. Cette prise en considération du public intervient, certes, dans la thèse de N. Walravens, mais dans une mesure trop limitée encore et sans véritable conséquence quant à la définition de l'objet du droit d'auteur.

L'idée de réception par le public, telle que nous l'entendons, intervient au moins à deux niveaux.

Premièrement, le droit d'auteur suppose pour son application une réception par le public. Cette notion ne se confond pas avec la notion de communication au public<sup>(199)</sup>. Elle signifie simplement que l'œuvre ne peut revendiquer la protection du droit d'auteur qu'à partir du moment où elle n'est plus connue uniquement de son auteur. Il est en effet libre à l'auteur de jouir seul et dans le secret de sa création, tel un Harpagon celant sa cassette<sup>(200)</sup>. Le droit d'auteur n'a alors pas lieu d'être. Ce n'est qu'en dévoilant

198 Dans une perspective plus large et quelque peu différente (« sphère publique »), voy. les développements qui y sont consacrés par S. DUSOLIER, in *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 220-239, n<sup>os</sup> 278-303. D'ailleurs, comme elle l'indique, « [l]e droit d'auteur s'inscrit dans un deuxième courant [le premier relève de l'explication philosophique de la propriété dans la mouvance de John Locke] historique et politique, celui de la publicité » (p. 220, n<sup>o</sup> 278).

199 Voy. sur cette notion B. MICHAUX, « La Cour de justice interprète la notion de communication au public : l'arrêt S.G.A.E. c. Rafaël Hoteles », *A&M*, 2007, p. 303 ; H. VANHEES, « Het publiek mededingsrecht na het arrest van het Hof van Justitie van 7 december 2006 in de zaak *Rafaël Hoteles* », *A&M*, 2007, p. 315.

200 Nous reprenons l'image inspirée de l'intervention de M. CALMELS au Congrès de Bruxelles de la propriété littéraire et artistique de 1859 in E. ROMBERG, *Compte rendu des travaux du Congrès de la propriété littéraire et artistique — Suivi d'un grand nombre de documents et d'un Appendice contenant les lois de tous les pays sur le droit d'auteur, avec notices historiques*, Bruxelles, Leipzig, Émile Plateau, Paris, Guillaumin, et comp., Londres, John Murray, 1859, p. 107 : « Avant toute divulgation, rien n'altère l'exercice de ce droit tyrannique, étroit, égoïste, de propriété. Libre donc à celui-là de jouir seul dans la solitude de son cabinet, de sa création intellectuelle, comme un avare jouit de son trésor ! »

sa création qu'il pourra entendre mettre en œuvre les prérogatives qu'attribue la loi aux créateurs<sup>(201)(202)</sup>. Ainsi que l'écrit Séverine Dusolier, « [l]a nécessité de protéger l'auteur n'intervient que si son discours est transmis *publiquement*, s'il se destine à un public. La *publicité* du discours en rend la protection indispensable »<sup>(203)</sup>.

Cette première idée de réception se déduit aisément de l'exigence que la forme soit perceptible aux sens. En effet, la perceptibilité aux sens n'a pas de sens sans perception ! Aussi la formule d'Alain Berenboom selon laquelle la protection suppose la volonté de communiquer par la mise en forme nous paraît rendre mieux compte de la réalité<sup>(204)</sup>.

Deuxièmement, cette idée de réception par le public implique que ne peut être protégé que ce qui est perceptible par celui-ci et lui est accessible. En d'autres termes, tout ce qui relève de la subjectivité de l'auteur (comme l'*imaginäres Bild*) ou du récepteur (comme la signification d'une œuvre plastique<sup>(205)</sup>) ne fait pas partie de l'œuvre. C'est donc l'œuvre, en tant qu'elle se présente au récepteur, qui doit faire l'objet de l'analyse.

Cette idée de réception, suivant les deux acceptions que nous avons évoquées, était déjà exprimée par l'Allemand Heinrich O. De Boor au début du siècle dernier<sup>(206)</sup>. Cherpillod, qui l'approuve d'ailleurs sur ce point, résume comme suit le point de vue de l'auteur :

« 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

- X 201 Voy. l'intervention de M. HAGHE au Congrès artistique d'Anvers de 1861, in E. GRESSIN DUMOULIN, *Compte rendu des travaux du Congrès artistique d'Anvers*, Anvers, Leipzig, Max Kornicker, Bruxelles, Office de publicité, Paris, Guillaumin, et comp., 1862, p. 55 : « Le devoir de l'artiste est de communiquer ses œuvres au public. On lui donnera le droit correspondant en lui accordant une propriété limitée. » Dans le même ordre d'idées, voy. P.E. GELLER, « Vers une métanorme directrice pour le droit d'auteur : la richesse sémiotique », *R.I.D.A.*, 1994/159, p. 40 : « [...] la loi, y compris celle sur le droit d'auteur, ne concerne pas tant les représentations mentales privées que les comportements publics. Il semblerait donc juste de reformuler les valeurs motivant le droit d'auteur en termes de ce qui est publiquement accessible ».
- 202 La seule exception réside dans l'exercice du droit de divulgation dans sa composante négative, à savoir ne pas divulguer l'œuvre. Mais il s'agit là d'une fausse exception, dans la mesure où la réception n'a évidemment de sens que pour l'exercice des droits pour lesquels il importe de connaître l'étendue de la création. Aussi, l'exercice du droit de divulgation, dans sa composante négative, est le seul droit de l'auteur qui préexiste à toute réception, simplement parce que les deux notions sont antinomiques.
- 203 S. DUSOLIER, *op. cit.*, p. 223, n° 282.
- 204 A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 53, n° 31, p. 62, n° 34.
- 205 Voy. l'exemple du tableau de René Magritte, *Les Vacances de Hegel*, retenu par I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 139, n° 226. La représentation d'un parapluie ouvert en position verticale sur lequel est dressé un verre d'eau aux trois quarts plein est perceptible, tandis que la signification de ces objets (selon Cherpillod, « l'expression d'une pensée dialectique par la réunion de deux éléments contradictoires en un objet de synthèse ») échappe à la perception.
- 206 H.O. DE BOOR, *Urheberrecht und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1917, pp. 73 et s. Pour un exposé de sa théorie, voy. I. CHERPILLOD, *op. cit.*, pp. 41-44, n°s 51-57.

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 »<sup>(207)</sup>.

Actuellement<sup>(208)</sup>, cette idée de prendre en considération le public et le phénomène de réception semble de plus en plus soutenue en dehors du domaine juridique, notamment par d'éminents savants, lesquels nous paraissent justifier que la science du droit envisage cette voie également, quitte à l'abandonner après coup parce qu'elle se révélerait sans issue. Au rang des dites autorités, on se contentera de mentionner l'opinion d'Umberto Eco :

« 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 »<sup>(209)(210)</sup>.

Cela nous paraît d'autant plus justifié qu'il semblerait que la présence du public influence la construction même de l'œuvre par son auteur<sup>(211)</sup>.

Cesser de mettre l'accent sur la démarche créative pour se focaliser sur l'opération de réception participe pleinement de la logique du droit d'auteur. Précisons cependant qu'il ne s'agit nullement d'abandonner toute prise en considération du processus de création. D'ailleurs, si l'on se limitait à la perception du public, on courrait le risque de considérer comme œuvre ce qui

207 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 41, n° 51.

208 J. Starobinski relève qu'« [...] Aristote et Kant sont à peu près les seuls, dans le passé, à avoir élaboré des esthétiques où les effets de l'art sur le destinataire ont été systématiquement pris en considération » (préface à H. R. JAUSS, *Pour une esthétique de la réception*, traduit de l'allemand par C. Maillard, Paris, Gallimard, 1978, p. 12). U. Eco relève qu'en matière littéraire, le « fantôme du lecteur », que l'on retrouve dans les diverses théories de la littérature, serait apparu pour la première fois de manière explicite dans W. BOOTH, *The Rhetoric of Fiction*, 1961 (l'auteur parle de « implied author (carrying the reader with him) »), in *Les limites de l'interprétation*, traduit de l'italien par M. Bouzaher, Paris, Grasset, 1992, p. 23.

209 U. Eco, *L'œuvre ouverte*, traduit de l'italien par C. Roux de Bézieux avec le concours d'A. Boucourechliev, Paris, Seuil, 1990, p. 11. Voy. aussi U. Eco, *Lector in fabula — Le rôle du lecteur*, traduit de l'italien par M. Bouzaher, Paris, Grasset, 1985, p. 64 : « [...] un texte postule son destinataire comme condition *sine qua non* de sa propre capacité communicative concrète [...]. En d'autres termes, un texte est émis pour quelqu'un capable de l'actualiser [...] ».

210 Voy. W. ISEER, *L'acte de lecture — Théorie de l'effet esthétique*, traduit de l'allemand par E. Sznycer, Bruxelles, Pierre Mardaga, 1985, p. 48 : « C'est au cours de la lecture que se produit l'interaction, fondamentale pour toute œuvre littéraire, entre sa structure et son destinataire. [...] l'œuvre littéraire a deux pôles : le pôle artistique et le pôle esthétique. Le pôle artistique se réfère au texte produit par l'auteur tandis que le rôle esthétique se rapporte à la concrétisation réalisée par le lecteur. [...] Le lieu de l'œuvre littéraire est donc celui où se rencontrent le texte et le lecteur. » Voy. aussi H. R. JAUSS, *Pour une esthétique de la réception*, traduit de l'allemand par C. Maillard, Paris, Gallimard, 1978, 305 p.

211 Voy. notamment U. Eco, *Lector in fabula — Le rôle du lecteur*, *op. cit.*, p. 69 (« [...] prévoir son Lecteur Modèle [...] cela signifie aussi agir sur le texte de façon à le construire ») ; H.S. BECKER, *Les Mondes de l'art*, traduit de l'anglais par J. Bouniort, Paris, Flammarion, 2010, p. 113 (« Les œuvres d'art portent toujours l'empreinte du système qui assure leur distribution [...] »).

n'a jamais été envisagé comme tel par son créateur ou ce qui n'est même pas le produit d'une activité humaine<sup>(212)</sup>. Le lien qui unit l'œuvre à son auteur est donc nécessaire à l'existence du droit d'auteur, ce qu'exprime très clairement la définition de l'originalité retenue par la Cour de justice de l'Union européenne (voy., *supra*, n° 3).

On terminera par ces mots de Duchamp, qui, s'exprimant sur le processus créatif, commençait son discours en des termes qui ne peuvent plus clairement exprimer notre point de vue :

« Considérons d'abord 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 postérité »<sup>(213)</sup>.

#### D. Vers une définition de la forme des œuvres conceptuelles

**40. Tentative de définition de l'œuvre conceptuelle : l'exemple de L.H.O.O.Q. de Marcel Duchamp.** — À titre liminaire, il convient de noter qu'une œuvre d'art conceptuel peut évidemment jouir de la protection pour sa forme externe, pour son seul aspect visuel, ce comme toute œuvre artistique<sup>(214)</sup>. Mais, contrairement à l'opinion de Desbois<sup>(215)</sup>, nous estimons que, dans les œuvres artistiques, composition et expression ne s'identifient pas nécessairement<sup>(216)</sup>. Les réflexions qui suivent concernent donc la forme interne de l'œuvre, sa composition, ce que nous appellerons sa *forme conceptuelle*, considérée indépendamment de la forme externe dans laquelle elle s'exprime. Cette terminologie nous permet de souligner que notre réflexion s'est limitée à la seule question des œuvres d'art conceptuel.

Pour tenter de définir la forme conceptuelle, nous partirons d'un exemple.

212 Voy. G. GENETTE, *L'œuvre de l'art — La relation esthétique*, Paris, Seuil, 1997, p. 260 : « [...] ce qui n'a peut-être pas été intentionnellement produit comme œuvre d'art [...] peut [...] légitimement être reçu comme une œuvre par le public amateur d'art, et fonctionner comme telle à ses yeux ».

213 M. DUCHAMP, « Le processus créatif », *Duchamp du signe*, op. cit., p. 187.

214 La protection apparaîtra cependant souvent illusoire, en raison du caractère banal de la forme qui ne pourra passer avec succès le test d'originalité. Voy., p. ex., l'opinion de N. WALRAVENS, à propos de l'art minimal, in *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, op. cit., p. 93, n° 64 (« [...] s'agissant d'art minimal, la neutralité de cette forme pourrait provoquer le refus de la protection du droit d'auteur pour manque d'activité créatrice, par suite d'originalité »).

215 H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., p. 70, n° 62.

216 Ou peut-être faudrait-il considérer que les œuvres conceptuelles ne sont ni des peintures, ni des sculptures, ni aucun autre type d'œuvre classiquement rangée sous le vocable d'œuvre artistique (au sens du droit d'auteur). Dans un ordre d'idées pas si éloigné, l'artiste Donald Judd écrivait en 1965 que « [l]a moitié, ou peut-être davantage, des meilleures œuvres réalisées ces dernières années ne relèvent ni de la peinture ni de la sculpture » (« De quelques objets spécifiques » dont le texte initialement publié dans *Arts Yearbook*, 8, New York, 1965, pp. 74-82, est reproduit (traduit en français) in C. HARRISON et P. WOOD, op. cit., p. 891).

Soit l'œuvre de Marcel Duchamp, *L.H.O.O.Q.* Elle se présente de la manière suivante : une reproduction de la *Joconde* de Léonard de Vinci à laquelle Duchamp a ajouté une moustache et un bouc et qu'il a pourvue du titre *L.H.O.O.Q.*, qui présente une connotation sexuelle pour le public francophone lorsqu'il est prononcé à haute voix (fig. 1).

Un auteur remarquait pertinemment que « l'originalité d'une œuvre s'affaiblit dans la mesure où la production concrète est résumée jusqu'à être ramenée à un énoncé très général. [...] par cette opération d'abstraction, l'œuvre devient une idée qui n'est pas protégée »<sup>(217)</sup>. Le processus de création envisagé à rebours ravale donc la forme (par rapport à laquelle s'apprécie l'originalité) au rang de l'idée.

Appliquant ce processus d'abstraction à *L.H.O.O.Q.*, on peut donc résumer l'œuvre de Duchamp de la manière suivante : un gribouillis sur une image avec un titre. Résumée de la sorte, nul doute que l'œuvre se réduit à l'idée et il ne peut être raisonnablement contesté que Duchamp n'aurait jamais pu faire défense à quiconque de gribouiller sur une image.

Avançons d'un pas et envisageons, plutôt que de gribouiller sur une image quelconque, de ce faire sur un tableau célèbre. Par exemple, traçons quelques « v » dans le ciel d'*Impression, soleil levant* de Monet pour y figurer des oiseaux (fig. 2). On demeure très loin de *L.H.O.O.Q.* et, pourtant, l'on s'en rapproche du point de vue conceptuel. La *Joconde* et *Impression, soleil levant* présentent en effet cette caractéristique commune d'être des tableaux considérés comme des chefs-d'œuvre. Ce n'est donc pas n'importe quelle image qui est ainsi martyrisée par notre créativité puérile, mais, à chaque fois, un monument de l'histoire de l'art.

Nous aurions également pu avancer dans une autre direction et choisir un visage féminin inconnu que nous aurions orné d'une moustache (fig. 3). On se rapprocherait alors de *L.H.O.O.Q.* du point de vue visuel. Ces deux représentations ne partagent cependant pas la même nature, de sorte qu'il n'y a pas d'assimilation possible entre le chef-d'œuvre de de Vinci et la photo libre de droits piochée sur Internet.

Si, maintenant, nous choisissons non plus la photographie d'un individu lambda, mais la *Vénus* de Botticelli (fig. 4), l'on s'approche alors considérablement de *L.H.O.O.Q.*, tant d'un point de vue visuel (femme moustachue) que conceptuel (chef-d'œuvre). Pour autant, les différences peuvent demeurer, eu égard au choix du titre. Si nous nous gardons de nommer notre *Vénus* moustachue de manière provocatrice et dénigrante, et sans connotation sexuelle, peut-être est-il encore possible d'opérer une distinction entre les deux œuvres.

217 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, pp. 73-74, n° 121.

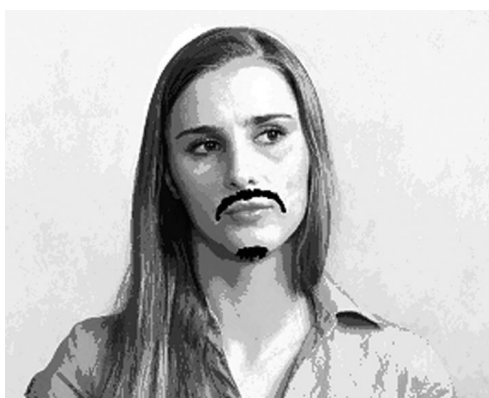




**Fig. 1. Marcel Duchamp,**  
*L.H.O.O.Q.*, 1919, Paris,  
*ready-made* rectifié,  
collection particulière.



**Fig. 2. Claude Monet,** *Impression, soleil levant*, 1872, Paris, huile sur toile, musée Marmottan Monet, cinq marques en forme de « v » dessinées.



**Fig. 3. Portrait de femme avec moustache,**  
photographie et moustache dessinée.



**Fig. 4. L.A.1.2.C.Q.,** Détail de **Sandro Botticelli,**  
*La Naissance de Vénus*,  
1483-1485, Florence,  
tempera sur toile, Galleria degli Uffizi, moustache dessinée.

Mais, si l'on propose, pour cette même image, un titre plus moqueur et qui, comme celui choisi par Duchamp, présente ouvertement une connotation sexuelle lorsqu'il est prononcé, par exemple « L.A.1.2.C.Q. », alors est-il encore possible de distinguer une œuvre de l'autre ? Ne faut-il pas voir la même forme ? Quel que soit le chef-d'œuvre féminin représenté, quelle que soit la manière dont est suggérée la pilosité masculine, quel que soit le titre provocateur employé, immanquablement sera évoquée l'œuvre de Duchamp, alors même que, sur le plan purement visuel, sur le plan de l'expression, aucune assimilation n'est possible. L'idée de l'œuvre a pris forme.

Et c'est ici qu'interviennent les différentes notions que nous avons mises en évidence : structure, liberté, public.

**41. Structure.** — La structure de l'œuvre est la suivante : 1) chef-d'œuvre de l'histoire de l'art 2) représentant une femme à laquelle est ajoutée une 3) pilosité masculine, et pourvu d'un 4) titre provocateur à connotation sexuelle<sup>(218)(219)</sup>. Cette structure est susceptible d'un nombre considérable de concrétisations, les modifications pouvant porter sur le choix du chef-d'œuvre<sup>(220)</sup>, sur la manière de représenter la pilosité<sup>(221)</sup> ou sur le titre<sup>(222)</sup>.

- X 218 Il nous faut concéder que nous hésitons encore quant à savoir s'il ne faut pas intégrer dans la forme la rédaction du titre provocateur sous forme d'allographe (suivant le *Vocabulaire de la linguistique* de J.-F. PHELIZON [Paris, Éditions Roudil, 1976], un allographe est « dans un contexte donné, [la] forme que prend un graphème. Par exemple :  $\sigma$  et  $\zeta$  sont des allographes de **sigma**. De même, **Y** et **y** sont des allographes de **i-grec** » (p. 10) ; un graphème est un « [s]igne composant un système d'écriture » (p. 101)). Certes, l'emploi de l'allographe relève de la forme de l'œuvre, mais participe surtout de l'originalité de celle-ci. La forme de l'œuvre existe dès que se retrouvent les quatre éléments structurels que nous avons identifiés. Dès ce moment, la liberté interprétative du public (voy., *infra*, n° 42) est en effet annihilée, sans qu'il soit nécessaire que le titre provocateur se présente sous forme d'allographe. Dans le doute cependant, et parce que la question se résout en réalité dans la détermination du public de référence (lequel reste à déterminer), nous emploierons, dans notre exemple fictif, également un allographe pour désigner notre Vénus moustachue.
- 219 L'identification de cette forme nous laisse penser que, contrairement à l'opinion exprimée par B. MOUFFE, *L.H.O.O.Q.* n'est pas une contrefaçon de la *Mona Lisa fumant une pipe* réalisée par Eugène Bataille en 1887 (*Le droit à l'humour*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 302, note 281). Si l'on peut envisager l'élément « pilosité masculine » de manière plus large comme « attribut masculin » (ce qui est le cas de la pipe également à l'époque), on voit que la forme conceptuelle commune (voy., *infra*, n° 48) consisterait en un « chef-d'œuvre de l'histoire de l'art représentant une femme à laquelle est ajouté un attribut masculin ». Il manque le titre provocateur à connotation sexuelle. La forme de chacune des deux œuvres est donc différente et la forme commune ainsi identifiée nous semble difficilement satisfaire à la condition d'originalité.
- 220 Par exemple, l'*Olympia* de Manet, *La Grande Odalisque* d'Ingres, la *Vénus d'Urbino* de Titien, la *Maja nue* de Goya, etc.
- X 221 Moustache, bouc, barbe, rouflaquettes, poils sur le torse... Peut-être peut-on, comme indiqué note 221, considérer que la pilosité masculine n'est qu'une déclinaison particulière de l'élément générique « attribut masculin », ouvrant ainsi encore plus largement le champ des possibilités. La réponse à cette question tient à nouveau à la détermination du public de référence.
- 222 On laissera le lecteur donner libre cours à son imagination sur ce point...

Toute idée de liberté n'est donc pas exclue de sorte que, si cette structure devait être communiquée à un tiers afin d'être concrétisée par ses soins, celui-ci disposerait assurément d'une certaine marge de manœuvre. Il peut en offrir une meilleure concrétisation, la revêtir d'une plus belle étoffe que ne l'aurait fait un autre, bref enrichir le patrimoine littéraire et artistique<sup>(223)</sup>. Peut-être pourrait-il même exprimer sa propre personnalité. En tant que créateur, il dispose donc d'une liberté certaine.

**42. Liberté.** — En tant que spectateur, par contre, il ne dispose d'aucune marge de liberté, en ce sens que, dans quelque occurrence qu'apparaisse cette structure, il verra toujours la même structure. Sa liberté interprétative est donc annihilée. Entendons-nous bien sur la signification de cette notion. Certes le spectateur pourra projeter du sens, conférer une signification particulière à chaque concrétisation, s'approprier subjectivement l'œuvre<sup>(224)</sup>. Cela dit, inmanquablement et indépendamment de toute interprétation subjective de l'œuvre, tant qu'aucun autre élément structurel n'est ajouté ou retiré, il verra dans chaque concrétisation la même forme<sup>(225)</sup>. Dans toute œuvre, c'est donc au moment où l'idée est structurée de manière telle qu'elle supprime toute liberté interprétative dans le chef du public qu'elle accède au rang de forme. De cette manière, il est répondu au caractère abstrait de l'idée.

**43. Rapprochement avec la notion de concept.** — Cette définition se rapproche de celle qui a pu être proposée pour le concept, entendu comme « matrice fermée » définissant « un ensemble de caractéristiques formelles permettant la réalisation d'un certain nombre de programmes particuliers, dont les éléments essentiels (et éventuellement originaux) sont d'ores et déjà déterminables »<sup>(226)</sup>. Mais plutôt que de nous en remettre à une exigence

223 Il a été souvent avancé que l'idée doit demeurer libre afin qu'il soit permis à autrui de lui donner une forme plus réussie, une meilleure expression. Voy. les références citées par I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 56, n° 81, note 138 ; E. DEL BIANCO, *op. cit.*, p. 18 ; R.-P. LEPAULLE, *Les droits de l'auteur sur son œuvre*, Paris, Dalloz, 1927, pp. 23-24.

224 Tant pour *L.H.O.O.Q.* que pour *L.A.1.2.C.Q.*, on pourra y voir un geste dada iconoclaste, une dénonciation de l'idolâtrie des œuvres d'art, un pied de nez à la critique d'art... Pour la première de ces œuvres en particulier, on pourra y voir une spéculation de Duchamp sur l'homosexualité de de Vinci. Et pour la seconde, on imagine bien un critique d'art fort avisé y déceler la représentation d'un amour impossible entre Botticelli et Simonetta Vespucci, son modèle, pour qui l'on sait Julien de Médicis vouait une grande passion ; la moustache autoritaire viendrait symboliser la puissance de la famille florentine (se remémorant *L'école des femmes* de Molière : « Du côté de la barbe est la toute-puissance », acte III, scène 2, Arnolphe à Agnès) et la dépendance en laquelle elle tient les artistes de l'époque par son mécénat ; le titre évoquerait, quant à lui, les fantasmes du peintre pour le modèle. Nous pouvons pourtant affirmer de source sûre que telle n'a jamais été la signification donnée par l'auteur de *L.A.1.2.C.Q.* à sa création...

225 Rappr. de l'idée de l'existence d'une commune base référentielle in U. Eco, *L'œuvre ouverte*, *op. cit.*, pp. 49-50.

226 M. BUYDENS, « La protection des "concepts" par le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 352. On retrouve déjà cette idée chez S. Rubinstein qui proposait de considérer comme infraction au droit d'au-

de précision<sup>(227)</sup>, tributaire des circonstances concrètes de l'espèce, c'est un critère abstrait, susceptible d'appréhender la diversité des cas concrets, que nous proposons d'appliquer.

**44. Réponse à l'argument tiré de l'intérêt de la collectivité.** — Reste que cette définition de la forme peut aller très loin et englober donc des hypothèses que l'on relègue actuellement dans le champ de l'idée. Resurgit alors l'argument tiré de l'intérêt de la collectivité. À vrai dire, celui-ci importe peu dans la mesure où la définition que nous proposons de la forme ne préjuge en rien de son caractère protégeable. L'intérêt de la collectivité n'est en rien déterminant pour fixer la frontière entre l'idée et la forme (sauf à considérer que toute forme est protégeable), il ne doit intervenir que pour définir les confins de l'originalité, sans laquelle nulle forme ne peut prétendre à la protection du droit d'auteur. Certes, forme et originalité sont probablement liées, dans la mesure où une structure plus complexe aura plus de chances d'être considérée comme originale. Mais l'on ne peut déduire du défaut d'originalité d'une structure élémentaire sa nature idéale plutôt que formelle.

**45. Le public.** — Enfin, l'intervention du public participe à la détermination de la forme de l'œuvre, car seule cette intervention permet de saisir l'œuvre dans son ensemble. Pour s'en convaincre, on reprendra la distinction entre *forme sensible* et *forme conventionnelle*, suivant la typologie proposée par Philippe Gaudrat. L'auteur souligne que toute œuvre s'exprime nécessairement 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<sup>(228)(229)</sup>. Par exemple, la forme conventionnelle sera livrée par la partition en matière musicale et par l'écrit en matière littéraire. L'accès à l'œuvre sur le seul vu de la partition ou de l'écrit suppose de la part du récepteur la maîtrise de la convention de notation en matière musicale ou de la langue dans laquelle est rédigé l'écrit.

---

teur l'utilisation illicite par un tiers des « idées d'un auteur qui sont élaborées jusqu'au point où une autre personne peut compléter l'œuvre telle qu'elle a été envisagée par l'auteur, sans l'aide de celui-ci », in « Quelques réflexions sur la proposition des idées élaborées », rapport présenté à la Commission de législation de la CISAC à Londres en juin 1964, document photocopié, n° CL [64] 30 265, cité par B. NAWROCKI, *op. cit.*, p. 250.

227 P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, pp. 55-60, n°s 31-33. L'ensemble de la jurisprudence présentée ci-dessus confirme cette exigence de précision.

228 PH. GAUDRAT, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », in X., *Propriétés intellectuelles — Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 201-202.

229 Voy., à propos des textes, U. Eco, *Lector in fabula — Le rôle du lecteur*, *op. cit.*, pp. 61-62 : « Parce qu'il est à actualiser, un texte est incomplet [...]. Une expression reste pur *flatus vocis* tant qu'elle n'est pas corrélée, en référence à un code donné à son contenu conventionné [...]. [...] tout message postule une compétence grammaticale de la part du destinataire [...]. »

Le professeur Gaudrat précise qu'une forme *conventionnelle* est elle-même dotée d'une forme *sensible* qui, le cas échéant, peut être, elle aussi, le siège d'une œuvre, comme dans le cas d'une œuvre typographique<sup>(230)</sup>. Par contre, il estime que « la forme conventionnelle est étrangère à l'œuvre picturale, [à l'œuvre] sculpturale ou [à l'œuvre] photographique qui se présentent directement sous leurs formes sensibles »<sup>(231)</sup>. Nous pensons, au contraire, qu'une œuvre consistant initialement en une forme sensible peut se doubler ultérieurement d'une nature conventionnelle<sup>(232)</sup>.

Dans l'exemple proposé, nous aurions pu présenter *Mona Lisa*, *Impression, soleil levant* et *Vénus* comme de simples formes sensibles. Il n'en fut rien, nous avons présenté ces tableaux comme des formes conventionnelles. En les qualifiant de chefs-d'œuvre, nous leur avons appliqué ce que nous croyons être une convention culturelle, un code commun à tous ceux qui partagent notre culture. Et c'est dans cette mesure que l'on a pu établir une distinction entre la *Joconde* et un simple portrait féminin. *Mona Lisa*, pour ceux qui partagent cette culture, n'est pas seulement un portrait féminin, c'est aussi un chef-d'œuvre. Il en va de même lorsque l'on considère le titre *L.H.O.O.Q.* comme provocateur. Seul un public francophone peut lire dans ce titre une provocation. Un anglophone y lira peut-être le verbe « look » (regarder) et, donc, ne décèlera pas la connotation sexuelle de ce titre. Il n'y verra nulle provocation.

C'est donc l'intervention d'un public donné, pétri d'une culture donnée, qu'il y a lieu de prendre en considération. Ce faisant, certains considéreront peut-être que l'on confère à l'œuvre un caractère relatif. Il n'en est rien : ce n'est pas l'œuvre, mais son accès qui est relatif. Ce n'est pas parce qu'un francophone ne parle pas le chinois qu'un poème calligraphié en cette langue n'est pas une œuvre littéraire<sup>(233)</sup>.

Déterminer le public à prendre en considération, voilà où réside la difficile question, laquelle doit faire l'objet d'une étude approfondie. Il s'agit là d'un être abstrait, tout comme l'est la personne normalement prudente et

230 PH. GAUDRAT, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », *op. cit.*, p. 202.

231 *Ibid.*, p. 203. Voy. aussi p. 201. Dans le même sens, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, p. 11, n° 8. Comp. également la réflexion de N. GOODMAN sur l'impossibilité d'établir un système notationnel pour les œuvres de peinture in *Langages de l'art — Une approche de la théorie des symboles*, trad. de l'anglais par J. Morizot, Nîmes, Éditions Jacqueline Chambon, 1990, spéc. p. 237.

232 Voy. également la critique de la classification de Gaudrat par J. ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art*, *op. cit.*, p. 39, n° 20.

233 Voy. I. CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 121, n° 209 : « La qualité d'œuvre littéraire est [...] acquise par la seule intervention d'un langage, quel qu'il soit. Peu importe en effet qu'il soit obscur, codé ou écrit dans un nouveau système de notation. » Dans le même sens, voy. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 63, n° 34.

diligente en droit de la responsabilité<sup>(234)</sup>, le consommateur moyen en droit de la consommation<sup>(235)</sup>, le consommateur moyen en droit des marques<sup>(236)</sup>, l'utilisateur averti en droit des dessins et modèles<sup>(237)</sup>, l'homme du métier en droit des brevets<sup>(238)</sup>... Ce recours aux abstractions n'est pas l'apanage du droit. On le retrouve en effet dans d'autres domaines, par exemple dans celui de la critique littéraire où apparaissent différentes sortes de « lecteurs types »<sup>(239)</sup>.

Certes, en proposant de recourir à ce type de fiction, l'on déplace en quelque sorte l'imprécision à l'endroit du public. Mais l'on relèvera que le public joue d'ores et déjà un rôle en droit d'auteur. En effet, doctrine et jurisprudence s'accordent à considérer comme condition de la parodie licite<sup>(240)</sup> l'absence de confusion dans le chef du public. On constate par ailleurs que, lorsqu'il s'agit de statuer sur le grief de contrefaçon, les juges sont enclins à prendre en considération la perception du public dans leur

234 Voy. notamment L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, Bruxelles-Antwerpen, Bruylant-Maklu, CED-Samson, 1991, pp. 39-40, n° 21 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., Les Nouvelles, t. I, Bruxelles, Larcier, 1967, n°s 262-263.

235 Voy. la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

236 Voy. notamment C. VANLEENHOVE, « De relevante consument in het merkenrecht — Het mystieke wezen ontsluit », *I.R. D.I.*, 2010, pp. 354 et s.

237 Voy., s'agissant de l'appréciation du caractère individuel et de la contrefaçon, les articles 5, § 1<sup>er</sup>, et 9, § 1<sup>er</sup>, de la directive 98/71 sur la protection juridique des dessins ou modèles, les articles 6, § 1<sup>er</sup>, et 10, § 1<sup>er</sup>, du règlement 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires, les articles 3.3, § 2, et 3.16, § 1<sup>er</sup>, de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle.

X 238 Voy. notamment M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 66-68, n°s 129-132 ; B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 112-113, n° 128.

239 W. ISER, *op. cit.*, pp. 60-61 : « La critique littéraire connaît jusqu'à présent toute une série de types de lecteurs, qui sont toujours interpellés lorsqu'il est question de l'effet ou de la réception de la littérature. Les lecteurs-types sont en fait des constructions au service de la connaissance. Ils se différencient en ceci que parfois l'accent est mis sur la construction plutôt que sur le substrat réel qu'est tel ou tel lecteur, tandis que parfois c'est du substrat que relève la charge de tenir lieu de vérification des hypothèses de départ. [...] Les deux principaux types de lecteur sont : le lecteur idéal et le lecteur contemporain. »

X 240 Voy. notamment A. BERENBOOM, « Parodie », in E. CORNU (coord.), *Bande dessinée et droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 117-118 ; B. MICHAUX, « La bande dessinée et les droits des tiers — Mais quelles sont les limites à la liberté de création ? », in B. VAN ASBROECK (coord.), *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 204-212 ; P. CRUCIFIX et A. STROWEL, « La protection des personnages, des figures dessinées aux héros littéraires », in E. CORNU (coord.), *op. cit.*, pp. 173-174, et la jurisprudence citée ; B. MOUFFE, *op. cit.*, pp. 299 et s. ; D. VOORHOOF, « Parodie, kunstexpressievrijheid en auteursrecht », note sous Bruxelles, 14 juin 2007, *A&M*, 2008, p. 23. Voy. Civ. Bruxelles (sais.), 2 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 932 ; Civ. Bruxelles, 15 février 1996, *A&M*, 1997, p. 319, obs. L. Van Bunnan ; Liège, 6 octobre 1997, *Journ. Proc.*, 1997, n° 336, p. 28 ; Corr. Malines, 3 février 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 31 ; Civ. Bruxelles (cess.), 19 mars 1999, *A&M*, 1999, p. 373 ; Anvers, 11 octobre 2000, *I.R.D.I.*, 2001, p. 137, note V. Castille, *A&M*, 2001, p. 357, note D. Voorhoof ; Corr. Anvers, 25 novembre 2005, T. *Strafr.*, 2007, p. 118, *A&M*, 2008, p. 45 ; Anvers, 2 mai 2006, *A&M*, 2006, p. 257 ; Civ. Bruxelles, 15 novembre 2006, *I.R. D.I.*, 2007, p. 29 ; Bruxelles, 14 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1779, obs. F. de Visscher, *A&M*, 2008, p. 23, note D. Voorhoof ; Gand, 3 janvier 2011, *I.R. D.I.*, 2011, p. 15.



appréciation<sup>(241)(242)</sup>. Étonnamment, la doctrine s'intéresse peu à la question de savoir quel public il convient de prendre en considération<sup>(243)</sup>... Relevons encore, mais sans analyser la question plus avant, que l'article L. 112-4 du Code français de la propriété intellectuelle<sup>(244)</sup>, en recourant dans une hypothèse bien particulière au critère du risque de confusion, inscrit dans la législation même la notion de public, dans le chef duquel doit nécessairement s'apprécier ce risque. Bref, le ver est dans le fruit...

- X 241 Voy. notamment, recourant au critère de l'impression d'ensemble (laquelle s'apprécie nécessairement dans le chef d'un public), Civ. Verviers (cess.), 15 mai 1997, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 336 ; Civ. Bruxelles (cess.), 29 mai 1997, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 207 ; Bruxelles, 5 février 1998, *Ing.-Cons.*, 1998, p. 89 ; Civ. Bruxelles, 10 juin 1998, *I.R. D.I.*, 2001, p. 298 ; Civ. Bruxelles (cess.), 27 novembre 1998, *A&M*, 1999, p. 375 ; Anvers, 30 novembre 1998, *A&M*, 2000, p. 420, note E. Derclaye ; Bruxelles, 21 juin 1999, *I.R.D.I.*, 2001, p. 295 ; Bruxelles, 24 juin 1999, *I.R. D.I.*, 1999, p. 177 ; Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 240, note T. Heremans ; Bruxelles, 11 septembre 2001, *Ing.-Cons.*, 2001, p. 404, *A&M*, 2002, p. 518 ; Bruxelles, 1<sup>er</sup> février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 877, *A&M*, 2003, p. 53 ; Civ. Bruxelles, 5 septembre 2002, *Ing.-Cons.*, 2002, p. 299 ; Anvers, 19 janvier 2004, *I.R. D.I.*, 2004, p. 246 ; Corr. Anvers, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1850 ; Civ. Bruxelles (cess.), 14 juin 2004, *A&M*, 2005, p. 134 ; Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 261 ; Bruxelles, 16 septembre 2005, *Ing.-Cons.*, 2005, p. 370 ; Anvers, 18 octobre 2005, *I.R. D.I.*, 2006, p. 31, *N.J.W.*, 2006, p. 562 ; Civ. Mons (cess.), 18 novembre 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1855, *A&M*, 2006, p. 264 ; Bruxelles, 28 février 2006, *A&M*, 2006, p. 436 ; Liège, 18 décembre 2006, *Ing.-Cons.*, 2007, p. 285 ; Civ. Courtrai (cess.), 17 janvier 2007, *I.R. D.I.*, 2007, p. 153 ; Bruxelles, 27 avril 2007, *I.R. D.I.*, 2008, p. 91 ; Bruxelles, 6 décembre 2007, *A&M*, 2008, p. 40, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 17, *J.L.M.B.*, 2008, p. 918 ; Civ. Bruxelles (cess.), 10 décembre 2007, *A&M*, 2010, p. 191 ; Liège, 8 septembre 2008, *I.R. D.I.*, 2008, p. 403 ; Comm. Anvers, 3 octobre 2008, *A&M*, 2010, p. 277 ; Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22 ; Civ. Bruxelles, 17 décembre 2009, *I.R. D.I.*, 2010, p. 296 ; Comm. Bruxelles (cess.), 23 juin 2010, *Ing.-Cons.*, 2010, p. 621.
- 242 Cette prise en considération du public intervient certainement à d'autres niveaux également. PH. CAMPOLINI et B. MICHAUX relèvent ainsi à propos de la question de l'atteinte à l'esprit d'une œuvre et donc au droit moral à l'intégrité que « la perception potentielle du public est déterminante dès lors que la distorsion éventuelle dépend nécessairement de la manière dont l'œuvre peut être reçue sous sa nouvelle présentation », in « La protection de l'esprit d'une œuvre par le droit moral à l'intégrité », note sous Cass., 8 mai 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 624, n° 10. Les auteurs citent à ce propos trois décisions qui, pour conclure à une violation, se sont fondées, à juste titre selon eux, respectivement sur la « confusion semée dans l'esprit du public » (Civ. Verviers, 26 mars 1996, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 188), la « modification de l'image de l'œuvre dans l'esprit du public » (C.A. Paris, 20 décembre 1990, *R.I.D.A.*, 1992/151, p. 295) et l'« image inexacte qui est donnée de l'œuvre » (C.A. Paris, 11 mai 1965, *J.T.*, 1965, p. 465).
- 243 Voy., tout de même, sur cette question en Belgique, A. PUTTEMANS, « "Vous m'avez volé mon histoire !" (ou : de la contrefaçon des œuvres romanesques) », *op. cit.*, p. 260, n° 18 ; A. STROWEL, « La contrefaçon en droit d'auteur : conditions et preuve ou *pas de contrefaçon sans "plagiat"* », *A&M*, 2006, p. 269 ; M. BUYDENS, « La théorie de la création indépendante consacrée par la Cour de cassation », note sous Cass., 3 septembre 2009, *I.R. D.I.*, 2009, p. 418 ; M. BUYDENS, « La personne de référence dans l'appréciation des atteintes à la propriété intellectuelle : où êtes-vous, Mr. Average ? », in *Liber Amicorum Ludovic de Gryse*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 68. Voy. notre étude, « "Qui veut gagner son procès ?" — L'avis du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur », *A&M*, 2012, pp. 13-29.
- 244 « Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même. Nul ne peut, même si l'œuvre n'est plus protégée dans les termes des articles L. 123-1 à L. 123-3, utiliser ce titre pour individualiser une œuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion. »



Comme nous l'avons dit, ce critère abstrait du public et de sa liberté interprétative nous paraît préférable à celui concret de la précision. Au demeurant, la détermination de la forme d'une œuvre d'art conceptuel est à ce prix. « Ce sont les *regardeurs* qui font les tableaux », disait Duchamp<sup>(245)</sup>.

### E. Épilogue : l'art conceptuel dans la jurisprudence

**46. Les affaires *Pinoncelli*, du *Baiser*, *De Jonggehuwden* et *César*.** — Les juridictions françaises ont eu l'occasion de se prononcer dans diverses affaires mettant en cause des œuvres d'art contemporain. Nous avons déjà relaté l'affaire *Spoerri* (voy., *supra*, n° 27). En outre, deux affaires ayant trait à la dégradation d'œuvres intégrant un aspect conceptuel ont eu un certain retentissement. Il y eut les affaires *Pinoncelli*<sup>(246)</sup> où, par deux fois, l'artiste de comportement fracassa à coup de marteau, après avoir rendu l'objet à sa fonction première (c'est-à-dire y avoir uriné), la réplique du fameux *Fountain* de Duchamp, à savoir un simple urinoir<sup>(247)</sup> acheté dans le commerce. Il y eut également l'affaire du *Baiser*, dans laquelle il était reproché à une certaine Rindy Sam d'avoir dégradé volontairement une œuvre de Cy Twombly, récemment décédé, en apposant sur celle-ci un baiser qui laissa une trace de rouge à lèvres sur une partie de l'œuvre<sup>(248)</sup>, en l'occurrence un monochrome blanc consistant en une simple toile recouverte d'un apprêt<sup>(249)</sup>. Ces décisions permettent certainement d'alimenter le débat général de l'appréhension par le droit des pratiques artistiques contemporaines. Nous pensons cependant que, dans la mesure où elles furent rendues sur la base de dispositions pénales et du principe de responsabilité civile, et donc en dehors du champ

245 M. DUCHAMP, Propos recueillis par J. SCHUSTER et publiés dans *Le Surréalisme, même*, n° 2, printemps 1957, pp. 143-145, reproduits in *Duchamp du signe*, *op. cit.*, p. 247.

246 Première affaire : Trib. gr. inst. Tarascon, 20 novembre 1998, *D.*, 2000, Jur., p. 128, *D.*, 2000, Chron., p. 98, note B. EDELMAN, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncely ». Seconde affaire : Trib. gr. inst. Paris, 24 janvier 2006, *D.*, 2006, Jur., p. 1827, note A. TRICOIRE, « Le droit pénal au secours du *ready-made* : n'est pas Duchamp qui veut » ; C.A. Paris, 9 février 2007, *R.L.D.I.*, 2007/27, p. 13, note N. WALRAVENS, « Le *ready-made Fountain*, œuvre de l'esprit ».

247 N. HEINICH distingue cinq caractéristiques de *Fountain* le distinguant d'un urinoir semblable : 1° déplacement dans un contexte artistique, 2° dé-fonctionnalisation (l'objet est placé horizontalement), 3° signature, 4° date, 5° titre (*Le triple jeu de l'art contemporain — Sociologie des arts plastiques*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 28).

248 Suivant la description de B. EDELMAN, il s'agissait d'un « ensemble de dix éléments consacrés à l'œuvre de Platon, avec, au centre, un triptyque, intitulé "Phèdre", composé d'un monochrome blanc immaculé, d'une huile sur toile, blanche, elle aussi, mais éclaboussée de rouge vif, et d'un texte écrit à la mine de plomb et huile sur papier. Le monochrome blanc évoque l'amour platonique, la toile maculée de rouge, l'amour physique », in « Du baiser-vampire à la "dégradation" d'un concept », *D.*, 2008, Jur., p. 588, n° 2.

249 Trib. gr. inst. Avignon, 16 novembre 2007, *D.*, 2008, Jur., p. 588, note B. EDELMAN, « Du baiser-vampire à la "dégradation" d'un concept ».

du droit d'auteur *stricto sensu*, on ne peut en tirer de réels enseignements pour notre propos. Nous les mentionnons donc pour mémoire.

Par ailleurs, la jurisprudence belge a également eu l'occasion d'être confrontée à l'art contemporain. Il y eut cette récente affaire où une série d'œuvres situées dans la ville de Bruges avaient été entourées, dans le cadre d'un projet d'art conceptuel, d'un ruban de signalisation rayé rouge et blanc portant la mention « Kijkverbod » (« Interdiction de regarder »). Les deux auteurs d'une des sculptures (intitulée *De Jonggehuwden*) ainsi marquées avaient agi en justice, estimant qu'il y avait là atteinte à leur droit moral<sup>(250)</sup>. Dans une affaire plus ancienne, une poubelle ayant appartenu au sculpteur César, au fond de laquelle il avait apposé sa signature, avait été vendue pour un million de francs belges par un collectionneur à une société faisant le commerce d'œuvres d'art. L'acheteur avait ensuite estimé que, s'agissant d'une poubelle, même signée, la vente était entachée d'erreur substantielle ou de dol<sup>(251)</sup>. Ici encore, même si l'art contemporain était « partie au procès », les décisions rendues dans ces affaires ne permettent pas d'éclaircir la question qui nous occupe. Nous ne nous y arrêtons donc pas.

**47. Les affaires Christo.** — Il en va autrement des affaires *Christo* qui ont pour la première fois amené les juridictions françaises à se prononcer sur la forme et l'originalité d'œuvres intégrant un aspect conceptuel.

La première affaire concernait l'emballage du Pont-Neuf à Paris par Christo en 1985<sup>(252)</sup>. Le litige opposait l'artiste à deux sociétés de presse qui avaient utilisé des photographies et des films du Pont-Neuf ainsi transformé sans son autorisation. Les sociétés défenderesses alléguaient notamment que l'idée d'habillage d'un monument public constituait une simple idée non susceptible d'appropriation. La Cour d'appel de Paris rejeta l'argument, énonçant 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 cordages 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. »

250 Civ. Bruges, 13 octobre 2004, inédit ; Gand, 15 juin 2006, inédit ; Cass., 8 mai 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 605, note PH. CAMPOLINI et B. MICHAUX, « La protection de l'esprit d'une œuvre par le droit moral à l'intégrité », *A&M*, 2009, p. 102, note F. GOTZEN, « Een Brugse beeldenstorm in een glas water — Cassatie bekijkt het recht op integriteit van de auteur ».

251 Bruxelles (22<sup>e</sup> ch.), 6 octobre 1997, 1995/AR/879, inédit, cité par P. MARTENS, « La Lyre et la Balance — Quand les goûts se disputent au prétoire », in Y. POULLET, P. WÉRY et P. WYNANTS (sous la dir. de), *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 154-155.

252 C.A. Paris, 13 mars 1986, *Gaz. Pal.*, 1986, 1, p. 238, *D.*, 1987, *Somm. comm.*, p. 150, obs. C. Colombet. Voy. aussi, sur cette affaire, J. ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art*, *op. cit.*, pp. 207-208, n<sup>o</sup> 155 ; N. WALRAVENS, « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporaines », *R.I.D.A.*, 1999/181, pp. 107-109.

X

Certains ont critiqué la motivation en ce qu'elle affirme que l'idée de Christo est une œuvre originale<sup>(253)</sup>.

Fort de son premier succès et probablement induit en erreur par la rédaction ambiguë du premier arrêt, Christo intenta une nouvelle action en contrefaçon à l'encontre d'une agence de publicité qui avait conçu une campagne promotionnelle basée sur des photographies d'arbres, emballés à la façon de l'artiste<sup>(254)</sup>. Il fut cette fois débouté au motif que la législation sur le droit d'auteur

« [...] ne protège que des créations d'objets déterminés, individualisés et parfaitement identifiables, 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 [...] ».

Mises en regard l'une de l'autre, ces deux décisions illustrent donc la dialectique traditionnelle du droit d'auteur : *Le Pont-Neuf empaqueté*, en tant qu'œuvre individualisée « par choix de l'objet, des matériaux et de leur assemblage », est protégeable, tandis que le procédé d'empaquetage, en tant que « style ou procédé découlant d'une idée », ne l'est pas<sup>(255)</sup>. La forme est protégée, l'idée ne l'est pas. C'est pourquoi la Cour fédérale allemande a pu, en 2002, considérer que le *Reichstag empaqueté* par Christo et Jeanne-Claude bénéficie également de la protection, en tant qu'« œuvre originale de création individuelle »<sup>(256)</sup>.

Plusieurs auteurs ont salué ces décisions<sup>(257)</sup>. En effet, il est acquis en jurisprudence que le style est exclu du champ de protection du droit d'auteur, car relevant de l'idée<sup>(258)</sup>. Certains auteurs semblent cependant s'être demandé

253 En ce sens, C. COLOMBET, obs. sous C.A. Paris, 13 mars 1986, *D.*, 1987, Somm. comm., p. 150. *Contra* : E. TREPPOZ, « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? », *R.I.D.A.*, 2006/209, p. 95 (l'auteur lit la décision de la Cour d'appel comme une protection accordée à l'idée originale d'empaqueter le Pont-Neuf).

254 Trib. gr. inst. Paris, 26 mai 1987, *D.*, 1988, Somm. comm., obs. C. COLOMBET. Voy. aussi, sur cette affaire, J. ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art*, op. cit., pp. 209-210, n° 156 ; N. WALRAVENS, « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporaines », op. cit., p. 109.

255 Voy. J. ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art*, op. cit., pp. 208-210, n° 156 ; N. WALRAVENS, « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporaines », op. cit., pp. 107-109.

X 256 BGH (Allemagne), 24 janvier 2002, *R.I.D.A.*, 2003/198, p. 317, obs. N. Walravens.

257 Voy. notamment C. COLOMBET, obs. sous C.A. Paris, 13 mars 1986, *D.*, 1987, Somm. comm., p. 150 ; C. COLOMBET, obs. sous Trib. gr. inst. Paris, 26 mai 1987, *D.*, 1988, Somm. comm., p. 201 ; A. STROWEL, « L'œuvre selon le droit d'auteur », *Droits*, 1993/18, p. 84.

X 258 Voy. notamment en France, Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 18 octobre 1977, *R.I.D.A.*, 1978/146, p. 114, *Rev. trim. dr. com.*, 1978, p. 566, obs. H. Desbois (un peintre ne peut être plagié lorsqu'on imite « ses procédés, genre et style ») ; Trib. gr. inst. Paris, 3 juin 1998, *Gaz. Pal.*, 1998, 2, somm., p. 689 (qui exclut l'appropriation du « genre cubiste »). En Belgique, voy. notamment Civ. Bruxelles, 2 juillet 1946, *Pas.*, III, 1947 (« Attendu que tout le monde peut reprendre le procédé, la manière, le style d'autrui [...] ») ; Bruxelles, 16 novembre 1960, *Pas.*, 1961, II, p. 287 (« Attendu que l'appelant fait cependant une confusion, non permise, entre la possession d'un style personnel et la création

si le « concept » d'emballer des monuments publics se confond tout à fait avec le style. Ainsi, pour Nadia Walravens, « c'est le style de l'artiste, précisément qui constitue "l'œuvre" »<sup>(259)</sup>. Sans aller aussi loin, Judith Ickowicz souligne qu'« il existe un "style Christo" qui se confond avec les fondements conceptuels de son travail »<sup>(260)</sup>.

Selon certains, l'œuvre en tant que telle, ce n'est pas tant le Pont-Neuf ou le Reichstag empaquetés, mais bien le fait d'avoir empaqueté le Pont-Neuf ou le Reichstag<sup>(261)</sup>. En d'autres termes : le concept.

Si nous appliquons aux affaires *Christo* la définition de la forme que nous avons proposée, il faudrait considérer que, dans chaque cas, l'œuvre partage la même forme conceptuelle : un édifice public<sup>(262)</sup> empaqueté. Quel que soit l'édifice, quel que soit l'empaquetage, tout un chacun parmi le grand public verra la même forme. Dans cette mesure, des arbres emballés ne nous paraissent pas partager la même forme : même si dans les deux cas, il y a recours à un procédé d'empaquetage, le type d'objet empaqueté est différent. L'association entre les deux n'emporte pas qu'il s'agisse de la même forme. Pour le reste se pose la question de l'originalité.

Nous venons d'apprécier la forme de l'œuvre de Christo du point de vue du grand public. Mais s'agit-il du grand public au sens large, composé de tout qui peut prendre connaissance de l'œuvre de manière directe ou indirecte (via les médias) ou faut-il considérer que l'œuvre est destinée aux seuls badauds qui pourront la contempler<sup>(263)</sup> ? Quant à déterminer

---

originale et personnelle protégée par la loi du 22 mars 1886 ») ; Civ. Courtrai, 30 janvier 2001, *A&M*, 2004, p. 265 (le style n'est pas protégé ; le juge souligne que « waar de grens ligt tussen de toegelaten stijlnabootsing en de verboden namaak of plagiaat is uiteraard een moeilijke feitenkwestie [...] ») ; Civ. Bruxelles, 8 juillet 2002 et Comm. Bruxelles, 28 octobre 2002, *I.R.D.I.*, 2003, p. 34, note J.-F. PUYRAIMOND, « Idées et techniques : droit d'auteur et concurrence déloyale » (qui exclut le genre constitué par des « photos instantanées "Polaroid" ») ; Civ. Tournai, 10 mai 2004, *Ing.-Cons.*, 2004, p. 384 ; Mons, 14 juin 2007, *Ing.-Cons.*, 2007, n° 4, p. 592, *J.T.*, 2007, p. 858 (un peintre ne peut être plagié lorsqu'on imite « ses procédés, genre et style »).

259 N. WALRAVENS, « La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporaines », *op. cit.*, p. 111.

260 J. ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art*, *op. cit.*, p. 209, n° 156. L'auteure ne va pas jusqu'à considérer le style comme l'œuvre, mais, en se plaçant sur le plan du parasitisme, elle souligne que l'artiste aurait probablement pu, dans la seconde affaire, soutenir l'argument avec succès. N. WALRAVENS indique également que l'artiste aurait obtenu gain de cause sur le plan du parasitisme, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 408, n° 364.

261 En ce sens, E. TREPPOZ, « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? », *op. cit.*, p. 95.

262 On a souvent présenté le travail de Christo comme l'idée d'emballer des éléments du domaine public (voy. notamment J. ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art*, *op. cit.*, p. 209, n° 156). Nous préférons parler d'édifices, dans la mesure où il ne nous semble pas y avoir de commune mesure entre l'emballage d'un pont ou d'un parlement et un banc ou une poubelle publique.

263 Voy. M. VAIZEY, *Christo*, traduit de l'anglais par A. Swan et R. Marrast, Paris, Albin Michel, 1990 : « Des millions de personnes ont vu indirectement les sculptures de l'environnement faites par

la culture dudit public, il en va là d'une seconde opération. De manière très schématique, soit le public visé par l'artiste n'est pas censé être au fait des subtilités de l'art contemporain et, partant, la forme de l'œuvre est telle que nous l'avons déterminée ci-dessus, soit il dispose de cette culture et est donc conscient du caractère *in situ* des œuvres de Christo. Dans cette seconde hypothèse, la forme se précise. De ce point de vue, le monument public choisi par l'artiste aurait une importance particulière, de sorte qu'on aurait respectivement comme forme le « Pont-Neuf empaqueté » et le « Reichstag empaqueté », plutôt que la forme commune d'un « édifice public empaqueté ». *Quid* alors d'un nouvel empaquetage, visuellement différent, du Pont-Neuf ou du Reichstag<sup>(264)</sup> ? Là encore, la solution se trouve dans la réponse qui sera apportée à la question de l'originalité<sup>(265)</sup>.

Par cet exemple, on constate qu'à côté de la difficulté qui tient à la détermination du public de référence, il est également difficile d'identifier la culture qui est la sienne. Or celle-ci importe grandement, puisque, comme on peut le remarquer, plus le public considéré est spécialisé, plus la forme est précise. Cette observation ne doit pas étonner puisqu'il en va de même x notamment en droit de la responsabilité pour l'appréciation de la faute<sup>(266)</sup>, en droit des marques pour l'appréciation du risque de confusion (plus sévère à l'égard des spécialistes)<sup>(267)(268)</sup>.

**48. L'affaire *Paradis*.** — Si les affaires *Christo* ont été une première occasion pour le droit et l'art conceptuel de faire connaissance, c'est dans

---

Christo grâce à leur révélation par les médias. C'est donc grâce aux médias que des centaines et des milliers de personnes ont pu connaître son travail. [...] Des milliers et des milliers de personnes ont fait partie intégrante de ses œuvres par leur[s] participation et observations directes, grâce à des démarches que seul Christo a explorées [...] » (p. 9) ; « Une œuvre de Christo [...] ne peut exister qu'avec la coopération des gens parmi lesquels elle existe. [...] il a impliqué directement des milliers de personnes dans ses projets, et des millions de personnes ont rencontré son œuvre directement — en traversant le Pont-Neuf quand il était "christoïse" — ou grâce aux médias » (p. 17).

264 Relevons à cet égard que le Pont-Neuf a été fleuri par Kenzo en 1994. Il ne peut cependant s'agir de la même forme dans la mesure où il n'est pas question d'« empaquetage ». La décoration florale du Pont-Neuf a été protégée comme œuvre composite par C.A. Paris, 29 avril 1998, *R.I.D.A.*, 1998/178, p. 278.

265 Par parallélisme avec ce qui a été décidé dans l'affaire *Paradis*, on peut probablement considérer que le choix du lieu participe de l'originalité (voy., *infra*, n° 48). Comme nous l'avons laissé entendre, nous n'envisageons pas d'aborder la question de l'originalité dans cette étude.

266 Voy. notamment L. CORNELIS, *op. cit.*, pp. 39-40, n° 21 ; R.O. DALCQ, *op. cit.*, nos 262-263.

267 En ce sens, voy. notamment C. VANLEENHOVE, *op. cit.*, p. 362, n° 29.

268 On peut songer également au droit des brevets où l'appréciation de l'activité inventive se fait par rapport à un homme du métier d'autant plus spécialisé que la technologie ou le procédé revendiqué est avancé ou complexe, réduisant par voie de conséquence l'ampleur du monopole, voy. B. REMICHE et V. CASSIERS, *op. cit.*, pp. 112-113, n° 128.

la récente affaire *Paradis*<sup>(269)</sup> que la jurisprudence a réellement pris à bras-le-corps le problème de la protection des œuvres d'art conceptuel.

En 1990, l'artiste contemporain Jakob Gautel réalisa une œuvre *in situ* consistant en l'inscription en lettres dorées avec un effet d'usure du mot « Paradis » au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques de l'hôpital psychiatrique de Ville-Evrard. Par cette inscription, l'artiste entendait créer un décalage afin de donner à voir le lieu autrement, comme il l'avait déjà fait à de multiples reprises. En 2002, il découvre que son œuvre a été utilisée sans son autorisation par la photographe Bettina Rheims dans son triptyque intitulé « La Nouvelle Ève », dont les deux panneaux latéraux représentent respectivement une Ève jeune et une Ève vieille, toutes deux dénudées et posant sous l'inscription « Paradis » réalisée par Gautel. Il agit alors en contrefaçon à l'encontre de la photographe et obtient gain de cause, devant les juridictions de fond et en cassation.

Cette affaire a suscité un nombre considérable de réflexions sur l'ensemble desquels il n'est pas possible de revenir dans le cadre de cette étude. De manière générale, la position prise par les juridictions dans cette affaire est approuvée par certains<sup>(270)</sup>, tandis que d'autres la condamnent, parfois avec virulence<sup>(271)</sup>. Il importe de revenir sur la motivation des différentes juridictions sollicitées.

x Le Tribunal de grande instance de Paris avait souligné que

« M. Jakob Gautel est un artiste connu notamment pour être l'auteur d'inscriptions insolites dans les lieux publics en décalage avec leur support pour donner à voir autrement un espace déterminé [...].

L'œuvre litigieuse de M. Jakob Gautel matérialisée par l'inscription "Paradis" peinte en lettres dorées au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir de l'hôpital de Ville-Evrard, en vue de donner un nouveau sens au lieu, relève bien du style artistique susvisé de M. Jakob Gautel, soit de la manière particulière de pratiquer son art, et participe de l'originalité de son œuvre.

269 Trib. gr. inst. Paris, 23 novembre 2005, *R.I.D.A.*, 2006/209, p. 255, obs. A. Kéréver ; C.A. Paris, 28 juin 2006, *D.*, 2006, Jur., p. 1051, note E. TREPPOZ, « "La nouvelle Ève" au "Paradis" du droit d'auteur », *D.*, 2006, Jur., p. 2610, note B. EDELMAN, « Le "Paradis" de la Nouvelle Ève dans l'enfer du droit d'auteur », *D.*, 2006, Somm. comm., p. 2991, obs. P. Sirinelli ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 13 novembre 2008, *D.*, 2009, Jur., p. 263, *D.*, 2009, Chron., p. 263, note B. EDELMAN, « Un arrêt énigmatique », *D.*, 2009, Chron., p. 266, note E. TREPPOZ, « "La nouvelle Ève" au "Paradis" du droit d'auteur, suite et fin ! », *Rev. trim. dr. com.*, 2009, p. 121, obs. F. Pollaud-Dullian, *R.L.D.I.*, 2009/45, p. 10, note D. GALAN, « L'accueil de l'œuvre "Paradis" dans le cénacle du droit d'auteur ou l'enfer de "La nouvelle Ève" », *R.L.D.I.*, 2009/47, p. 13, note N. WALRAVENS, « Consécration de la protection de *Paradis*, œuvre d'Art conceptuel, par la Cour de cassation », *J.C.P. G.*, 2008, II, 12024, note G. LOISEAU, « L'art conceptuel au panthéon du droit d'auteur », *R.I.D.A.*, 2009/219, p. 193, obs. P. Sirinelli, *R.I.D.A.*, 2009/220, p. 81, note PH. GAUDRAT, « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... ».

270 Voy. notamment l'opinion de D. Galan, d'E. Treppoz et de N. Walravens.

271 Voy. notamment l'opinion de B. Edelman et de Ph. Gaudrat.



L'inscription "Paradis" à l'endroit précis où elle est placée [...] bénéficie donc de la protection du droit d'auteur ».

x En appel, la Cour a considéré que

« [...] l'œuvre *Paradis* s'inscrit dans l'approche conceptuelle que Jakob Gautel a de son art, telle qu'exprimée dans ses écritures [...] [;] l'œuvre litigieuse en constitue, au sens de l'art. L. 112-1 [du Code de la propriété intellectuelle], la matérialisation, 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, combiné à une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastree dans des murs décrépis, dont la peinture s'écaille ».

La Cour de cassation enfin estime 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 ».

Dès lors que la protection du droit d'auteur a été accordée, c'est qu'il existe une forme, originale de surcroît, dans l'œuvre considérée.

Certains ont souligné cependant que la consistance de l'œuvre (et donc de la forme) est indéterminée. L'œuvre ne consiste pas en la seule inscription « Paradis » ; les éléments du lieu (porte, serrure, murs décrépis) en font partie intégrante. Et si l'on élargit le cliché, d'autres éléments alentour pourraient intégrer l'œuvre également, pour peu que l'inscription demeure lisible. Partant, si l'inscription « Paradis » n'est pas lisible, la reproduction des éléments du lieu devrait être autorisée, ce qui est illogique, car s'ils font partie intégrante de l'œuvre, leur reproduction constitue une contrefaçon ; sinon c'est qu'ils font partie du domaine public, ce qui réduirait l'œuvre à la seule inscription, ce qui n'est pas le cas dans le raisonnement de la Cour. L'incohérence est ainsi patente<sup>(272)</sup>.

Assurément, sur le plan des éléments tangibles, l'objection est insurmontable. Mais elle est le fruit d'une conception qui identifie l'œuvre artistique à son support<sup>(273)</sup>. Or l'œuvre de Jakob Gautel intègre une série d'éléments intangibles, donc distincts du support, mais qui participent pleinement de la

272 PH. GAUDRAT, « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... », *op. cit.*, pp. 93-95, n° 11.

x 273 Voy. l'opinion de Ph. Gaudrat qui refuse la possibilité à une œuvre plastique de s'exprimer à travers une forme conventionnelle (*supra*, n° 45). Selon lui, l'œuvre plastique ne peut s'incarner que dans ses éléments tangibles. En considérant l'œuvre de Jakob Gautel uniquement comme œuvre plastique, il nie donc son aspect conceptuel, lequel réside dans les éléments intangibles, mais néanmoins perceptibles de l'œuvre.



forme de l'œuvre. On se rappellera les propos de N. Walravens, déjà reproduits, selon qui

« [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 »<sup>(274)</sup>.

Ainsi, d’aucuns considèrent que le contexte d’exposition de l’œuvre devrait participer de la forme de l’œuvre<sup>(275)</sup>. Ils déduisent d’ailleurs de la motivation des juridictions amenées à se prononcer dans cette affaire une prise en compte effective des éléments de contextualisation. Les juges parisiens de première et seconde instance relèvent en effet respectivement que « [l]’inscription “Paradis” à l’endroit précis où elle est placée [...] bénéficie [...] de la protection du droit d’auteur » et que le lieu de l’inscription fait “partie intégrante de l’œuvre” »<sup>(276)</sup>.

On voit donc comment disparaîtrait l’aporie. Les éléments du lieu, en tant qu’éléments tangibles, font partie du domaine public et sont donc libres d’être reproduits tant que l’inscription « Paradis » n’est pas lisible. Dès qu’elle le devient, ces éléments tangibles réunis participent d’un autre élément, intangible cette fois, à savoir le contexte d’exposition, qui fait partie intégrante de l’œuvre. Et c’est la reproduction de ce contexte d’exposition original qui justifiera une condamnation pour contrefaçon, et non la reprise des éléments tangibles et non originaux du lieu.

Cependant, et c’est là l’erreur dans laquelle auraient versé les juges, les éléments visuels de l’œuvre (inscription, éléments du lieu), s’ils participent du contexte d’exposition, ne suffisent pas à le constituer. Dans le triptyque de Bettina Rheims, aucune référence n’est faite à l’hôpital psychiatrique de Ville-Evrard, à l’ancien dortoir des alcooliques de cet établissement ou à ses sanitaires, données qui seules permettraient la contextualisation de l’œuvre de Gautel. En conséquence, en l’absence de ces éléments, le contexte d’exposition ne serait pas reproduit, de sorte qu’il n’y aurait pas contrefaçon de l’œuvre de Gautel<sup>(277)(278)</sup>.

274 N. WALRAVENS, *L’œuvre d’art en droit d’auteur*, op. cit., p. 397, n° 348.

275 D. GALAN, op. cit., p. 12, n° 6 ; J. ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l’œuvre d’art*, op. cit., p. 211, n° 157 ; N. WALRAVENS, « Consécration de la protection de *Paradis*, œuvre d’Art conceptuel, par la Cour de cassation », op. cit., p. 15 ; N. WALRAVENS, *L’œuvre d’art en droit d’auteur*, op. cit., pp. 401-402, n°s 355-357.

276 En ce sens, D. GALAN, op. cit., p. 12, n° 6.

277 En ce sens, D. GALAN, op. cit., p. 15, n° 16. Dans le même sens, G. LOISEAU doute qu’il y ait reproduction de la réalisation conceptuelle de Gautel dans l’œuvre de Rheims, in « L’art conceptuel au panthéon du droit d’auteur », op. cit.

278 Considérer que les juges ont à bon droit retenu le critère de la contrefaçon revient à considérer la seule reprise des éléments visuels comme contrefaisante, nonobstant leur originalité douteuse (voy. notamment B. EDELMAN, « Le “Paradis” de la Nouvelle Ève dans l’enfer du droit

Suivant cette lecture, le contexte d'exposition fait donc partie intégrante de l'œuvre, donc de sa forme. Reste que cette forme demeure indéterminée, puisque reste irrésolue la question du domaine de protection. La protection concerne-t-elle la seule inscription « Paradis » au-dessus des toilettes de l'hôpital de Ville-Evrard, ou s'étend-elle à une autre inscription en ce même lieu, ou à la même inscription en un autre lieu, ou à toute inscription créant un décalage avec son lieu d'accueil ? Nombre de commentateurs se sont interrogés sur ce point<sup>(279)</sup>. La question reste entière.

Si on applique notre définition de la forme conceptuelle, on pourrait considérer qu'elle consiste en la désignation de 1) l'entrée de 2) toilettes 3) sordides par un 4) mot évoquant un lieu enchanteur. Une inscription comme « Jardin d'Éden », « Béatitude », « Plaisir extrême » ou autre pour désigner l'entrée d'autres sanitaires repoussants partage la même forme. L'œuvre de Jakob Gautel est certes liée à sa localisation dans l'hôpital de Ville-Evrard, mais il s'agit là d'un élément qui participe de l'originalité de l'œuvre, de sa concrétisation particulière. C'est d'ailleurs sur pied de la condition d'originalité que le lieu de l'inscription a été pris en compte par les juridictions de fond<sup>(280)</sup>. La possible familiarité du public destinataire avec les spécificités de l'art contemporain n'empêcherait donc pas que la forme conceptuelle puisse déjà s'envisager en deçà. Dès que les quatre caractéristiques mentionnées ci-dessus sont réunies, l'on est en présence d'une forme, puisque le public ne dispose plus de liberté interprétative à son propos : peu importe l'élément visuel concrétisant chacune de ces caractéristiques, il voit toujours la même chose.

Dans cette mesure, le triptyque de Rheims ne reproduit pas l'ensemble de la forme de l'œuvre de Gautel, dès lors que le public ne peut raisonnablement savoir que la porte représentée conduit à des toilettes. Seul un public hautement spécialisé, constitué uniquement de personnes qui connaissent cette porte de l'hôpital de Ville-Evrard et qui savent où elle mène, aurait pu voir dans l'œuvre de Rheims une porte de toilettes plutôt qu'une simple porte. Si,

---

d'auteur », *op. cit.*, p. 2610, n<sup>os</sup> 4-5) et la consistance indéterminée de l'œuvre que nous dénonçons à l'instant.

279 Voy. P. SIRINELLI, obs. sous C.A. Paris, 28 juin 2006, *D.*, 2006, Somm. comm., p. 2991 ; B. EDELMAN, « Un arrêt énigmatique », *op. cit.*, p. 263, n<sup>o</sup> 15 ; A. KÉRÉVER, obs. sous Trib. gr. inst. Paris, 23 novembre 2005, *op. cit.*, p. 263 (qui semblent tous trois s'arrêter aux seuls aspects formels). Voy. E. TREPPOZ, « "La nouvelle Ève" au "Paradis" du droit d'auteur », *op. cit.*, p. 1051, n<sup>o</sup> 8 ; E. TREPPOZ, « "La nouvelle Ève" au "Paradis" du droit d'auteur, suite et fin ! », *op. cit.*, p. 266 (pour qui la protection s'étend à toute inscription du mot « Paradis » sur une porte sordide de toilettes). Voy. PH. GAUDRAT, « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... », *op. cit.*, p. 157, n<sup>o</sup> 63 (pour qui étendre la protection à toute inscription « Paradis » sur des toilettes revient à protéger l'idée pour sa nouveauté, et non sa réalisation).

280 Cela ressort surtout de la motivation de la Cour d'appel, « le choix du lieu de [l']inscription » marquant l'œuvre de « l'empreinte de la personnalité de son auteur ».

maintenant, apparaissait sur la porte de Rheims un idéogramme désignant les toilettes, la situation serait alors tout autre. Dans cette hypothèse, le débouché de l'entrée en question ne serait plus occulte pour le public moyen, de sorte qu'il y aurait identité de forme entre l'œuvre de Rheims (abstraction faite de l'Ève ajoutée) et celle de Gautel aux yeux de ce public.

Aussi, dans le cadre de l'appréciation de la contrefaçon, il s'agira d'identifier une forme conceptuelle commune aux deux œuvres. Pour définir celle-ci, il convient de déterminer la forme conceptuelle de l'œuvre première et de l'œuvre seconde. Le public du point duquel il convient de se placer n'est cependant pas nécessairement identique pour l'appréciation de chacune de ces deux formes, de sorte qu'il faudrait théoriquement raisonner en trois temps. D'abord, il s'agira d'identifier la forme conceptuelle de l'œuvre première aux yeux de son public de référence (lequel reste à déterminer). Ensuite, la même opération sera réalisée pour l'œuvre seconde, du point de vue cependant de son public propre. Enfin, l'on déterminera la forme conceptuelle commune par comparaison des résultats obtenus lors des deux premières opérations.

Il y aura contrefaçon uniquement si la forme conceptuelle commune ainsi identifiée est reconnue originale et empruntée à l'œuvre première. En l'espèce, probablement la forme conceptuelle que nous pensons commune aux deux œuvres (inscription, au-dessus d'une porte sordide, d'une locution désignant un lieu enchanteur) n'est pas originale. Dans cette hypothèse, il n'y aurait pas alors contrefaçon de la forme conceptuelle.

Rappelons enfin que l'absence de contrefaçon de la forme conceptuelle n'emporte pas qu'il ne puisse y avoir contrefaçon de la forme externe. Dans une œuvre conceptuelle, ces deux formes ne se confondent pas et il peut donc y avoir contrefaçon de l'une sans contrefaçon de l'autre.

**49. Les affaires des *Tables d'Yves Klein*.** — Deux récentes affaires<sup>(281)</sup> mettant en cause l'œuvre d'un des plus célèbres artistes contemporains nous permettent admirablement de montrer en quoi notre modèle est susceptible de recevoir quelque écho dans la jurisprudence.

281 Trib. gr. inst. Paris (3<sup>e</sup> ch.), 1<sup>re</sup> section, 9 novembre 2010, M. Klein *et a.* c. Sté Samain et Ricard, n° 09/11773, inédit ; C.A. Paris, pôle 5, 2<sup>e</sup> ch., 7 janvier 2011, M. Klein *et a.* c. Sté Objekto *et a.*, n° 09/16251, inédit. Ces deux décisions font l'objet de deux commentaires de N. WALRAVENS-MARDARESCU, « Les tables d'Yves Klein, peintre de l'*Immatériel*, protégées par le droit d'auteur », *R.L.D.I.*, 2011/70, pp. 6 et s. ; « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *R.L.D.I.*, 2011/74, pp. 6 et s. La seconde de ces décisions fait également l'objet d'un commentaire de J.-M. BRUGUIÈRE dans la chronique « Droit d'auteur et droits voisins », *P.I.*, 2011, pp. 176-177. Nous n'avons pris connaissance de ces décisions que bien après l'exposé oral effectué dans le cadre du colloque. On va le voir, dans une certaine mesure, celles-ci viennent conforter notre modèle théorique.

Toutes deux concernent une table créée par Yves Klein en 1961 répondant à la description suivante : « une grande table basse, de forme rectangulaire, supportée par un piétement dissimulé pour que seul apparaisse le plateau de verre sur lequel est répandue une “couleur matière” monochrome — un bleu outremer ou bleu IKB —, en poudre, recouvert d’une structure en verre transparent, l’ensemble de ces caractéristiques ayant pour effet de présenter et de mettre en exergue cette étendue de pigment de poudre »<sup>(282)</sup> (*Table bleue*). Cette même table est également déclinée avec du pigment rose et des feuilles d’or<sup>(283)</sup> (*Table dorée*).

Alors qu’une rétrospective de l’œuvre d’Yves Klein était organisée au Centre Pompidou, d’octobre 2006 à février 2007, les ayants droit de l’artiste ont découvert que diverses sociétés (dont l’une gérant d’ailleurs une boutique située dans le musée) commercialisaient une table basse comparable, dénommée « Pigmento », et présentée comme un hommage à l’artiste. En 2008 par ailleurs, ils découvrirent une table lumineuse semblable à la *Table dorée* composée de feuilles d’or de l’artiste. Les ayants droit ont, dans les deux cas, agi en contrefaçon et en concurrence déloyale devant les tribunaux parisiens.

Dans la première affaire (*Table bleue*), le Tribunal de grande instance de Paris accueille l’action en concurrence déloyale, mais rejeta l’action en contrefaçon. La Cour d’appel prit le contre-pied et accueillit la seconde action, tandis qu’elle rejetait la première. Dans la seconde affaire (*Table dorée*), le Tribunal de grande instance de Paris fit pareillement droit à l’action en contrefaçon.

Dans l’affaire de la *Table dorée*, l’existence d’une forme n’était pas contestée. Dans l’affaire de la *Table bleue* par contre, les sociétés qui avaient commercialisé la table « Pigmento » avançaient que la protection revendiquée ne portait que sur le processus de création d’Yves Klein, à savoir « une idée, un principe ou un concept (un plateau ou coffre contenant des pigments purs en poudre) » non protégeables par le droit d’auteur. La Cour d’appel a cependant considéré 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 ».

Quelle est alors la forme de cette œuvre ? Dans son commentaire, N. Walravens-Mardaescu considère, suivant l’approche qui est la sienne et que nous avons exposée *supra* (n° 34), que l’œuvre est constituée d’éléments

282 Paris, pôle 5, 2<sup>e</sup> ch., 7 janvier 2011, M. Klein *et a.* c. Sté Objekto *et a.*, n° 09/16251, inédit.

283 N. WALRAVENS-MARDAESCU, « Les tables d’Yves Klein, peintre de l’*Immatériel*, protégées par le droit d’auteur », *op. cit.*, p. 6.

tangibles — « un plateau coffre de forme rectangulaire contenant un pigment monochrome bleu outremer et recouvert par une plaque de verre, posé sur un piétement métallique »<sup>(284)</sup> — et intangibles — l'« énergie poétique intrinsèque » de la couleur matière<sup>(285)</sup>, l'« atmosphère singulière » dégagée par les tables, l'« expérience perceptive du spectateur »<sup>(286)</sup> —. Elle salue alors l'approche globale de l'œuvre pratiquée par les juges, et particulièrement leur prise en considération des éléments intangibles, qu'elle déduit des termes employés par les juridictions parisiennes. Ainsi, dans l'affaire de la *Table dorée*, cela ressortirait des mots

« [...] la combinaison d'éléments connus, agencés de manière à laisser voir à l'observateur un "océan de couleur" [...] qui donne à l'ensemble une originalité certaine qui démonte l'empreinte de la personnalité de son auteur »

Et, dans l'affaire de la *Table bleue*, de ce que l'ensemble des caractéristiques de la table 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 »<sup>(287)</sup>.

À notre estime cependant, N. Walravens-Mardaescu leste les propos des juridictions parisiennes d'un poids qu'ils n'ont pas. Si, avec elle, nous pouvons admettre que les juges ont pris en considération une certaine perception par le spectateur (voy. *infra*), nous ne pensons pas qu'il s'agisse de la perception de l'« énergie poétique » qui se dégage de ces tables. Nous avons d'ailleurs déjà émis certaines réserves quant à l'introduction dans la notion de forme de ce type d'éléments (voy., *supra*, n° 35). On peut en outre se demander si, dans l'opinion des juges, cet élément n'intervient pas plutôt dans la définition de l'originalité. Enfin, l'on voit à nouveau mal où se situent les contours de la forme : *quid* d'une « perception de l'énergie poétique » identique induite par un dispositif différent ? Ou d'une « représentation de la couleur considérée » organisée par une autre mise en scène ? Nous préférons dès lors l'analyse que fait J.-M. Bruguière de l'arrêt de la Cour d'appel : « Tout le dispositif semble [...] organisé afin de mettre en valeur, en scène cette idée de couleur matière. Il y a donc bien une forme originale qui mérite protection »<sup>(288)</sup>. La forme, c'est le dispositif<sup>(289)</sup>.

284 N. WALRAVENS-MARDAESCU, « Les tables d'Yves Klein, peintre de l'Immatériel, protégées par le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 8.

285 *Ibid.*

286 *Ibid.*, p. 9.

287 *Ibid.*

288 *Op. cit.*, p. 177.

289 Pour une critique de la notion de dispositif, voy. *supra*, n° 37.

Allons encore un pas plus loin cependant et demandons-nous si ces deux affaires ne viennent pas, dans une certaine mesure, confirmer notre construction théorique de la forme conceptuelle<sup>(290)</sup>.

Tout d'abord, l'on constate que la cour d'appel, en réponse à l'argument suivant lequel les ayants droit de l'artiste postulaient la protection d'une idée, se réfère à l'idée de **structure** (voy. *supra*). Ce qui est protégé, c'est la structure, telle qu'identifiée par N. Walravens-Maradescu comme constituée des éléments tangibles de l'œuvre et que J.-M. Bruguière nomme dispositif. Cela paraît évident lorsque l'on a égard à l'appréciation de la contrefaçon par les juges. Ainsi, dans l'affaire de la *Table dorée*, le tribunal a constaté la reprise de

« [...] l'association de la couleur avec les feuilles de métal dans une table basse constituée d'un même coffre en Plexiglas transparent, de dimensions sensiblement similaires et posé sur le même type de piétement »<sup>(291)</sup>.

De même dans la seconde affaire où la cour a constaté la reprise dans la table « Pigmento » de l'ensemble des caractéristiques<sup>(292)</sup> de la table d'Yves Klein<sup>(293)</sup>.

Ensuite, toute idée de **liberté**, telle que nous l'envisageons, n'est pas exclue. La motivation de la Cour d'appel nous paraît aller dans ce sens, lorsqu'elle considère, toujours dans l'appréciation de la contrefaçon, que

« [...] les quelques différences relevées par les premiers juges tenant à la présence — au demeurant à peine visible — d'une forme carrée émergeant du pigment, à la structure d'encadrement du plateau en carbone gris graphite ou encore aux dimensions du plateau, *ne sont que des variantes d'exécution qui n'affectent aucunement la reprise des mêmes caractéristiques originales* » (nous soulignons).

Dans le même ordre d'idées, le tribunal a constaté, dans l'affaire de la *Table dorée*, que les différences n'étaient pas visibles de l'observateur (par exemple, s'agissant de la texture de la feuille d'aluminium employée dans la table contrefaisante par rapport à celle de la feuille d'or dans la table d'Yves Klein)<sup>(294)</sup>.

290 Nous disons « confirmer » dans la mesure où c'est de manière tout à fait indépendante que nous avons construit notre modèle théorique. Ce n'est que bien plus tard que nous avons pris connaissance de ces deux décisions.

291 Cité par N. WALRAVENS-MARDARESCU, « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 8.

292 Table basse, forme géométrique simple, grand plateau, piétement dissimulé, dimensions similaires, pigment pur monochrome réparti librement sur la surface du plateau, vitre transparente qui enferme le pigment.

293 N. WALRAVENS-MARDARESCU, « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *R.L.D.I.*, 2011/74, p. 8.

294 Cité par N. WALRAVENS-MARDARESCU, « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *R.L.D.I.*, 2011/74, pp. 9-10.

De même il se réfère à la « même impression d'ensemble » entre les deux tables<sup>(295)</sup>.

L'idée qui semble sous-tendre ces motivations nous paraît résider dans l'absence de liberté interprétative dans le chef de l'observateur : à chaque fois, il voit la même chose, la structure se présente à lui de manière identique et peu importe les matériaux ou les moyens employés pour la concrétiser.

Enfin, la notion de **public** intervient également, comme on peut le voir dans les extraits de la motivation des juridictions reproduits ci-avant. La question de savoir de quel public il s'agit reste cependant entière, unique référence étant faite à « l'observateur », sans plus de précisions<sup>(296)</sup>.

Autrement dit, il ne nous paraît pas présomptueux de voir dans ces deux décisions une première indication de ce que notre modèle peut permettre de saisir adéquatement l'art contemporain. D'autant que ces deux décisions ont été saluées par la doctrine, singulièrement celle favorable à la protection de l'art contemporain<sup>(297)</sup>.

Quelques observations pour terminer.

Premièrement, le lecteur aura remarqué que, pour trouver confirmation de notre modèle dans ces deux décisions, nous empruntons à la motivation relative, d'une part, à la question du caractère protégeable de l'œuvre, et, d'autre part, à la question de la contrefaçon. Cette manière de procéder nous paraît légitimée par le rapport dialectique qu'entretiennent droit et contrefaçon, qui, suivant l'expression de Jean Dassel, constituent « l'avertissement et le revers d'une même médaille : leurs pourtours se rejoignent »<sup>(298)</sup>. Or, dans la mesure où ce sont précisément les contours de l'œuvre qui déterminent

295 *Ibid.*, p. 9.

296 Nous l'avons dit, la question du public à prendre en considération doit faire l'objet d'une étude, qui dépasse le cadre de cette contribution. Cependant, relevons d'emblée que définir la forme par référence au point de vue de l'observateur est conceptuellement inconcevable, puisque cela supposerait que l'œuvre n'existerait que par rapport à ceux qui l'ont vue... C'est pourquoi nous préconisons le recours à une figure abstraite (voy. *supra*).

297 N. WALRAVENS-MARDARESCU, « Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 11 : « [...] les décisions rendues dans ces affaires démontrent que les tribunaux parviennent à apprécier la contrefaçon en toute orthodoxie et que le droit d'auteur permet une protection effective des œuvres d'art contemporain » ; J.-M. BRUGIÈRE, *op. cit.*, p. 177 : « Lentement, mais sûrement, les œuvres d'art contemporain accèdent à la protection du droit d'auteur. Le discours d'inadaptation du droit privatif doit donc être relativisé. »

298 J. DASSEL, « La protection des arts appliqués à l'industrie en droit belge », rapport au 6<sup>e</sup> congrès de droit comparé, *Rev. dr. intern. comp.*, 1962, p. 249, n<sup>o</sup> 26. Voy. également A. BRAUN et J.-J. EVRARD, *Droit des dessins et modèles au Benelux*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 141, n<sup>o</sup> 182 ; H. VANHEES, *Het Beneluxmodel*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 113, n<sup>o</sup> 258. Pour le dire autrement et plus clairement encore : les actes que l'auteur peut interdire sont précisément ceux qui constituent une atteinte à son droit. Droit et contrefaçon sont donc inextricablement liés.



l'étendue du droit, on voit bien le lien qui unit les critères intervenant dans l'appréciation de la contrefaçon et la définition de l'œuvre<sup>(299)</sup>.

Deuxièmement, le lecteur ne doit pas non plus s'étonner des emprunts faits à la motivation relative à la contrefaçon pour l'identification de la forme. Le modèle que nous proposons est en effet abstrait, à tel point que c'est par le recours à un exemple que nous l'avons exposé. C'est donc souvent par comparaison que l'on établira la forme conceptuelle d'une œuvre<sup>(300)</sup>.

Troisièmement et dernièrement, il semble que, dans l'affaire de la *Table dorée*, le juge ait apprécié la contrefaçon d'une manière qui se rapproche quelque peu de celle que nous proposons, comme en témoigne sa motivation :

« [...] la combinaison d'éléments connus, agencés de manière à laisser voir à l'observateur un "océan de couleur" [...] qui donne à l'ensemble une originalité certaine qui démonte l'empreinte de la personnalité de son auteur [...].

[...] l'association de la couleur avec les feuilles de métal dans une table basse constituée d'un même coffre en Plexiglas transparent, de dimensions sensiblement similaires et posé sur le même type de piétement, engendre une même impression d'ensemble par rapport à la table "Yves Klein" [...].

[...] si tous les artistes peuvent s'inspirer d'une idée et adapter un sujet déjà traité par un autre, l'utilisation de lumière de leds et de l'aluminium ne suffit pas à faire de la table lumineuse une création autonome par rapport à l'œuvre première d'Yves Klein ».

299 On peut d'ailleurs rapprocher ce raisonnement de l'idée traditionnelle issue du droit romain suivant laquelle le droit de propriété s'incorpore dans son objet matériel pour se confondre avec lui (voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, n° 552 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I<sup>er</sup>, n° 1513). Car, si la contrefaçon définit les limites du droit et que celui-ci se confond avec son objet (qu'il ne faut pas confondre avec le support), alors nécessairement la contrefaçon définit les limites de l'objet. Sans qu'il soit besoin de retracer l'histoire de la nature du droit d'auteur, l'expression « propriété littéraire et artistique » devrait à elle seule suffire à fonder l'analogie...

300 La définition de la forme conceptuelle par comparaison relève de l'application *in concreto* de notre modèle. Elle n'est pas sans soulever un problème épineux. Ainsi qu'on l'a relevé plus haut (n° 48), l'appréciation de la contrefaçon devrait théoriquement intervenir en trois temps. Cette méthode peut cependant apparaître difficilement praticable. Aussi serait-il plus simple d'établir la forme conceptuelle par comparaison. Mais qu'en est-il alors du public de référence ? Suivant la définition que l'on retiendra, il pourrait être tout à fait hypothétique de considérer un public commun.

X Dans notre étude précitée, nous sommes arrivés à la conclusion (provisoire) que le public de référence devait être le « public, doté d'une certaine culture, à qui l'œuvre est destinée et qui en prend connaissance avec une attention normale » (p. 26, n° 15). Cette définition exclut, dans bien des cas, la possibilité d'envisager un public commun et, partant, la possibilité d'identifier la forme conceptuelle commune par comparaison. Le problème est-il insoluble ? Peut-être pas. On pourrait imaginer d'apprécier la forme conceptuelle commune, toujours par comparaison, en se plaçant du point de vue d'un public abstrait constitué des caractéristiques communes aux publics destinataires respectifs des deux œuvres en comparaison. Ce faisant, l'on résoudrait la contradiction que l'on décèle dans la jurisprudence, laquelle fonde en un seul public destinataire deux publics distincts

X (voy. notre étude, n°s 12-13, pp. 22-25 ; pour un exemple particulièrement flagrant en jurisprudence, voy. Bruxelles, 6 décembre 2007, *A&M*, 2008, p. 40, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 17, *J.L.M.B.*, 2008, p. 918).

On constate donc que le juge, après avoir défini la forme de l'œuvre première et décrété son originalité, constate que cette forme est commune aux deux œuvres (non sans une certaine prise en considération du public<sup>(301)</sup>) et empruntée par l'œuvre seconde à l'œuvre première. Il conclut donc logiquement à la contrefaçon, nonobstant la présence d'éléments additionnels (un dispositif lumineux).

**50. Les affaires des *Contactes peints de William Klein*.** — C'est un autre Klein — Américain celui-ci, mais qui vit et travaille à Paris, comme son homonyme en son temps — qui vient encore alimenter la réflexion juridique sur la forme d'une œuvre d'art conceptuel<sup>(302)</sup>. C'est aussi avec lui que nous concluons ce panorama de jurisprudence, s'agissant à notre connaissance de la dernière affaire en date.

William Klein est notamment connu pour ses « contacts peints », qui marient la peinture et la photographie. Ses « contacts peints » consistent en des « tirages de photographies sous la forme de planches-contacts agrandies », sur lesquelles l'artiste « [entoure], [recadre] les photographies et [barre la vue voisine avec des laques de couleur vive »<sup>(303)(304)</sup>.

La série des contacts peints de William Klein, si elle se compose d'œuvres parfaitement individualisées, s'articule néanmoins autour d'un concept unitaire (c'est le propre d'une série) et original, qui consiste, aux dires de l'artiste, en la combinaison des photographies et « de la trace picturale apposée sur le support, à savoir un encadrement principal, une croix (visible en entier

301 C'est la référence à l'« impression d'ensemble », laquelle s'apprécie nécessairement dans le chef d'un public. Selon notre modèle (sous réserve de ce que l'on a envisagé à la note précédente), le juge y recourt cependant à contretemps, puisqu'il intègre le point de vue du public au moment de l'appréciation de la contrefaçon dans le cadre d'une comparaison entre les deux œuvres. Ce faisant, il fait coïncider les publics de l'œuvre première et de l'œuvre seconde, alors que nous avons souligné qu'ils ne se confondent pas nécessairement (voy. *supra*).

302 Trib. gr. inst. Paris, 3<sup>e</sup> ch., 7 mai 2010, M. W.K. c. Sté Métropole Télévision et a., n<sup>o</sup> 08/17884, inédit ; C.A. Paris, pôle 5, ch. 2, 23 septembre 2011, W. Klein c. Sté M6 Web et a., n<sup>o</sup> 10/11605, inédit. Ces deux décisions font l'objet de deux notes d'observation de L. COSTES, « Précisions sur l'originalité de "contacts peints" », *R.L.D.I.*, 2010/61, p. 20 ; « "Contacts peints" de William Klein : confirmation de l'absence de contrefaçon », *R.L.D.I.*, 2011/75, p. 21. Cette affaire fait par ailleurs l'objet des deux commentaires plus conséquents : A. MAFFRE-BAUGÉ, « Quand des "contacts peints" frappent à la porte du Paradis... », *R.L.D.I.*, 2011/71, p. 6 ; N. WALRAVENS-MARDARESCU, « Les contacts peints de William Klein parasités et non contrefaits », *R.L.D.I.*, 2012/78, p. 6. À l'instar des décisions rendues dans les affaires des *Tables* d'Yves Klein, nous n'avons pris connaissance des affaires des *Contactes peints* de William Klein que postérieurement à notre exposé oral dans le cadre du colloque.

303 Description donnée par N. WALRAVENS-MARDARESCU, in « Les contacts peints de William Klein parasités et non contrefaits », *op. cit.*, p. 6.

304 Contact : tirage (tirage par contact, tireuse par contact). Mode de tirage dans lequel le film vierge défile en contact étroit avec l'élément développé, l'impression à la lumière s'effectuant émulsion contre émulsion [*contact printing*, *contact printer*], in V. PINEL, *Dictionnaire technique du cinéma*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2008, p. 65.

ou non) barrant la vue immédiate voisine et une croix de Saint-André cerclée placée dans un coin de l'image »<sup>(305)</sup>.

Après avoir découvert qu'une émission sur M6 proposait « la réalisation de tableaux-photos résultant de la reproduction d'une photo tirée sur un support de grande taille de manière répétitive, sur laquelle est apposé un dessin de couleur vive qui encadre la photographie et barre la précédente ou la suivante »<sup>(306)</sup> et que ces tableaux-photos étaient par ailleurs disponibles sur le site Internet d'Art Print sous le commentaire « unique, original et contemporain, hommage à William Klein, les tableaux cinéma vont faire de vous une star », l'artiste décide d'agir en contrefaçon ainsi que pour parasitisme<sup>(307)</sup>.

L'argument tiré des agissements parasitaires, repoussé en première instance, fut accueilli en appel. Par contre, tant devant le premier juge que devant le second, l'action en contrefaçon a été rejetée au motif 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 »

et que

« [...] le droit d'auteur ne saurait protéger un style, quand bien même serait-il propre à l'artiste et identifierait son auteur, mais protège une forme particulière qui est l'expression de l'effort créatif de l'auteur et qui se trouve dans une œuvre définie [...] »<sup>(308)</sup>.

La motivation n'est pas sans rappeler celle du Tribunal de grande instance de Paris dans son jugement du 26 mai 1987 rendu dans la seconde affaire *Christo* (voy., *supra*, n° 47). Et à nouveau, elle constitue un rappel des principes du droit d'auteur : telle œuvre de Klein est protégeable, son style pictural envisagé de manière abstraite, non.

Ce qui est intéressant dans cette affaire, c'est que, précisément, Klein n'estime pas revendiquer la protection d'un style, mais bien d'une forme individualisée, d'un « ensemble graphique unique »<sup>(309)</sup>, et ce, « indépendamment

305 Voy. C.A. Paris, pôle 5, ch. 2, 23 septembre 2011, *R.L.D.I.*, 2012/78, p. 6, note N. Walravens-Mardarescu.

306 En première instance, l'artiste définissait ainsi les caractéristiques originales de son œuvre : « [...] la combinaison de plusieurs éléments : le choix d'une photographie parmi une bande contact 24 x 36 ; le fait de garder un fragment de cette bande et de l'agrandir ; l'apposition de trace picturale sur ce support photographique composé d'une croix de Saint-André cerclée placée dans un coin de l'image centrale ».

307 Voy. N. WALRAVENS-MARDARESCU, in « Les contacts peints de William Klein parasités et non contrefaits », *op. cit.*, p. 6.

308 C.A. Paris, pôle 5, ch. 2, 23 septembre 2011, *W. Klein c. Sté M6 Web et a.*, n° 10/11605, inédit. Par ces termes, la Cour d'appel fait sienne la motivation du Tribunal de grande instance.

309 N. WALRAVENS-MARDARESCU, « Les contacts peints de William Klein parasités et non contrefaits », *op. cit.*, p. 8.

de la déclinaison qui a pu [en] être faite par l'artiste dans le cadre de son travail créatif qui peut ne pas se limiter à une œuvre unique »<sup>(310)</sup>. Autrement dit, Klein considère que constitue une forme — originale pour le surplus — la combinaison d'une photographie et des éléments picturaux — tels qu'identifiés ci-avant — qui lui sont propres. Il importe alors peu que cette forme soit commune à une pluralité d'œuvres singulières. Suivant notre terminologie, on voit donc que l'artiste revendique la protection d'une **structure**.

N. Walravens-Mardarescu, qui estime convaincant le raisonnement de l'artiste, en fait la lecture suivante :

« Dans cette [...] hypothèse, on est alors en présence d'une œuvre dans l'œuvre. Autrement dit, il y a deux œuvres dans un contact peint : le contact peint, œuvre appréhendée dans sa globalité, puis la combinaison d'éléments graphiques, constitutive d'une partie de l'œuvre, mais autonome et protégeable en elle-même. [...] il ne s'agit pas de protéger la combinaison d'un contact peint envisagée de manière abstraite, isolée d'une œuvre définie, mais bien telle qu'elle est déclinée dans une œuvre précise et déterminée, dans tel ou tel contact peint »<sup>(311)</sup>.

Nous ne pouvons que souscrire à cette lecture en ce qu'elle correspond trait pour trait à celle que nous faisons de manière générale de l'art conceptuel : il existe dans toute œuvre conceptuelle une forme *conceptuelle* et une forme *externe*, la seconde n'étant — fréquemment dans la démarche de l'artiste conceptuel — qu'une déclinaison particulière, contingente et purement visuelle de la première<sup>(312)</sup> (voy., *supra*, n° 40). Mais, surtout — et c'est le point le plus important —, on voit que notre point de vue, développé sous un angle théorique et proprement juridique, semble coïncider avec le point de vue de l'artiste. Aussi, nous nous plaisons à penser que notre modèle, dans une certaine mesure, pourrait éventuellement être en phase avec la pratique artistique contemporaine.

La Cour d'appel ne partage toutefois pas cet avis, quoiqu'encore une fois, l'imbrication des conditions de forme et d'originalité vienne quelque peu perturber la lecture et la compréhension de son arrêt. En effet, la cour énonce que

310 C.A. Paris, pôle 5, ch. 2, 23 septembre 2011, W. Klein c. Sté M6 Web et a., n° 10/11605, inédit.

311 « Les contacts peints de William KLEIN parasités et non contrefaits », *op. cit.*, pp. 8-9.

312 Voy. en particulier la position de Sol LEWITT : « L'apparence d'une œuvre reste secondaire. En se matérialisant, elle doit ressembler à quelque chose. Peu importe la forme définitive, cela doit commencer par une idée. [...] En elle-même, la forme n'a qu'une importance très limitée. [...] Matérialisée ou pas, l'idée en elle-même vaut autant comme œuvre d'art que le produit fini » (« Alinéas sur l'art conceptuel », *op. cit.*, pp. 910 et s.) ; « 10. Les idées seules peuvent être les outils de l'œuvre, elles sont une suite d'étapes qui peuvent éventuellement trouver quelque forme. Il n'est pas nécessaire que toutes les idées soient matérialisées » (« Positions », dont le texte initialement publié dans *The Journal of Conceptual Art* (aujourd'hui *Art-Language*), vol. 1, n° 1, Coventry, mai 1969, est reproduit (traduit en français) in C. HARRISON et P. WOOD, *op. cit.*, p. 913).

X « [...]force est de constater que l'originalité de ces œuvres ne consiste pas en une combinaison *du* support graphique et d'*une* trace picturale apposée sur le support, constituant l'encadrement principal, une croix barrant la vue immédiatement voisine, une croix de Saint-André et une flèche, de même couleur, comme le revendique l'auteur, mais en une combinaison de ce support photographique *particulier* avec la forme *spécifique* des traces de couleur qui représentent diverses figures géométriques (ou non) entrelacées et superposées, selon un jeu de cercles, de rectangles, de lignes brisées, le plus souvent sans trait continu de même épaisseur ».

Ce faisant, elle rappelle peut-être que la protection ne peut s'envisager que pour une œuvre précise (forme), et non pour un procédé abstrait (idée), tout comme elle estime peut-être que l'objet de protection revendiqué, de par sa généralité, ne satisfait pas à la condition d'originalité, renvoyant implicitement à une exigence de précision, exigence qui pourtant, à en croire le professeur Gautier, interviendrait dans la définition de la forme<sup>(313)</sup>...

Sauf à s'arrêter à des formules stéréotypées telles que « le droit d'auteur ne protège pas le style » ou « le droit d'auteur ne protège que des œuvres individualisées », il apparaît finalement difficile de retirer de véritables enseignements de cette décision.

D'autant que l'œuvre de William Klein avait précédemment fait l'objet d'une décision de justice en sens tout à fait opposé. En effet, dans un litige qui l'opposait au styliste anglais John Galliano à qui il reprochait d'avoir « reproduit de façon quasi servile non seulement le principe des ses "contacts peints" mais encore la forme des inscriptions de laque soulignant les photographies », le Tribunal de grande instance de Paris, statuant en référé, avait fait droit à sa demande<sup>(314)</sup>. Si la motivation prête le flanc à la critique en ce qu'elle pêche par manque de rigueur<sup>(315)</sup>, le tribunal n'en a pas moins admis le caractère protégeable de la

« [...] composition caractéristique des "contacts peints" [...] »,

indépendamment des photographies elles-mêmes<sup>(316)</sup>. La composition pour laquelle la protection était revendiquée était décrite par l'artiste comme consistant en la combinaison des caractéristiques suivantes :

313 P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., pp. 55-60, n<sup>os</sup> 31-33. Voy. *supra*, n<sup>o</sup> 43, note 227.

314 Trib. gr. inst. Paris (réf.), 28 mars 2007, *D.*, 2007, Jur., p. 2448, note A. TRICOIRE, « Du bon usage du référé en droit d'auteur ».

315 En ce sens, voy. la note sous la décision d'A. Tricoire.

316 Ceci ressort de l'attendu envisagé dans son entièreté : « Attendu qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que les publicités litigieuses reproduisent la composition caractéristique des "contacts peints" dans l'ensemble des éléments qui en définissent l'originalité par rapport aux seules photographies elles-mêmes, telle que ci-dessus définie ».

- « – contact agrandi d'un fragment d'une pellicule 24 x 36 avec mention des numéros de vues tels qu'inscrits en marge de perforation du film ;
- traces de laque entourant chacune des prises de vue ;
- marques de laque rouge en forme de ligne brisée sous et sur la bande sélectionnée, formant une flèche dirigée vers le centre de l'image ».

Le juge, qui a donc admis la protection, a pris soin de préciser que

« [...] ces éléments, qui constituent une constante dans l'œuvre peinte de William Klein, ne procèdent pas d'une idée non protégeable, mais bien une [*sic*] création de forme portant la marque de sa personnalité propre ; [...] le fait que cette composition ait été déclinée à de nombreuses reprises est indifférente ».

Qu'est-ce qui justifie que, dans un cas, il y ait contrefaçon et dans l'autre, non ? Et plus précisément, en quoi y aurait-il revendication de la protection d'une forme d'un côté, d'une idée de l'autre ? À l'analyse, aucune de ces deux affaires ne permet véritablement de cerner en quoi la combinaison d'éléments graphiques caractéristiques des « contacts peints » de William Klein relève ou non de la forme. À nouveau, c'est le degré de précision qui semble justifier telle ou telle solution, sans que le seuil à atteindre soit clairement défini.

Nonobstant la difficulté de tirer des enseignements de ces deux affaires, l'on se livrera tout de même au jeu des conjectures, quant à ce qui aurait pu diriger l'opinion des juges.

Dans son commentaire sous la décision rendue dans l'affaire *Klein c. Galliano*, A. Tricoire écrit que « [l]a curiosité du raisonnement [du juge] tient [...] à un renversement de syllogisme juridique : l'originalité semble déduite du caractère, acquis pour le juge, de la contrefaçon »<sup>(317)</sup>. Si l'on rappelle l'idée suivant laquelle droit et contrefaçon sont conceptuellement liés (voy., *supra*, n° 49), la démarche ne doit pas tant étonner. Mais sans aller jusqu'à déduire du constat de contrefaçon l'originalité de l'œuvre de Klein, l'on est porté à croire qu'en réalité, le juge a plus que probablement dû opérer un rapprochement visuel certain à la vue concomitante des « contacts peints » de Klein et des publicités de Galliano. Dans les deux cas s'est présentée à sa perception une structure identique, par rapport à laquelle toute **liberté** interprétative était probablement inexistante : dans une certaine mesure, il a vu la même forme. Dans son commentaire à propos de l'autre affaire Klein, N. Walravens-Mardaescu relève d'ailleurs que, « [l]orsqu'on regarde un des tableaux-photos, il est indéniable qu'on l'identifie immédiatement aux contacts peints et qu'on a l'impression de voir du

317 « Du bon usage du référé en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 2448.



“mauvais” William Klein »<sup>(318)</sup>. Le fait que, dans la première affaire, la matérialité des faits n’était pas contestée, mais qu’il était simplement opposé à la demande qu’elle postulait la protection d’une idée et non d’une forme, nous conforte dans notre sentiment. Mais, et on l’admet aisément, il s’agit là de pure spéculation.

Cependant, un autre élément purement factuel nous incline à penser que cette idée d’identité de perception ou d’absence de liberté interprétative ne doit pas être si éloignée que cela de la réalité. L’élément de fait dont question, c’est la proximité dans le temps des actes contrefaisants ou « inspirés » de l’œuvre de Klein par Galliano et par M6 et Art Print avec la rétrospective consacrée au premier par le Centre Pompidou (décembre 2005-février 2006), les actes critiqués étant intervenus immédiatement après. Comme l’indique N. Walravens-Mardarescu, ce n’est pas un hasard<sup>(319)</sup>. Tout comme ce n’était pas un hasard que les tables contrefaisantes de celles d’Yves Klein soient apparues sur le marché à la suite de la rétrospective qui lui fut consacrée en ce même Centre Pompidou<sup>(320)</sup> (voy., *supra*, n° 49). Et ce n’était pas plus le fruit du hasard qu’une agence de publicité se soit inspirée du Pont-Neuf empaqueté par Christo peu de temps après que cet empaquetage eut connu un retentissement médiatique considérable<sup>(321)</sup> (voy., *supra*, n° 47)... Au-delà de la notoriété de l’artiste pillé, c’est à chaque fois le souvenir vivace d’une œuvre connue du **public** qui a motivé l’acte contrefaisant ou l’agissement parasitaire. Et dans tous les cas, la sanction est tombée, soit sous l’angle du droit d’auteur, soit sous celui de la responsabilité civile. Seule l’affaire *Christo* constitue une exception. Rappelons toutefois que l’artiste n’avait agi que sur la base du droit d’auteur et que plusieurs commentateurs pensent qu’il aurait certainement obtenu gain de cause sur le plan du parasitisme<sup>(322)</sup>.

Ce qui nous semble motiver tous ces agissements, c’est le parallèle perceptif qui s’établit entre les créations, parallèle qui est d’autant plus facile à établir que les projecteurs ont été braqués peu de temps avant sur l’un des éléments de la comparaison. On imagine d’ailleurs mal que présenter un « tableau cinéma » comme un « hommage à William Klein » puisse avoir un quelconque intérêt si aucun rapprochement visuel ne peut être établi entre

318 N. WALRAVENS-MARDARESCU, « Les contacts peints de William Klein parasités et non contrefaits », *op. cit.*, p. 11.

319 « Les contacts peints de William Klein parasités et non contrefaits », *op. cit.*, p. 11.

320 *Ibid.*

321 S. DURRANDE, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d’auteur, Droit d’auteur et concurrence déloyale », fasc. 1116, 11, 2010, p. 26, cité par N. WALRAVENS-MARDARESCU, « Les contacts peints de William Klein parasités et non contrefaits », *op. cit.*, p. 12.

322 *Voy., supra*, n° 47, note 260.

ledit « tableau cinéma » et les « contacts peints »<sup>(323)</sup>, sauf à véritablement miser sur la crédulité du public. Et si, à chaque fois, le juge, par le recours à tel ou tel moyen juridique, a entendu faire cesser lesdits agissements, c'est que probablement ce parallèle perceptif s'est imposé à lui comme une évidence. Cela étant dit, rappelons que l'on ne se prononce ici que sur la question de la forme, et non de l'originalité.

Aussi, si l'on admet avec nous que la forme d'une œuvre ne peut s'envisager indépendamment d'une perception et doit donc être appréciée du point de vue d'un public donné, en considération de sa culture propre, peut-être peut-on voir dans ces décisions une indication de ce que cette idée, sans être expressément formalisée, est dans l'air. Certes, l'on se situe là aux confins de l'art divinatoire et peut-être s'agit-il de pure fabulation de notre part. Mais, en fin de compte, le magistrat lui-même, sous la robe austère de la Justice, n'est-il pas également membre du public ?

\* \* \*

## V. – Conclusion

En donnant vie au lecteur, Roland Barthes nous a montré la voie à suivre<sup>(324)</sup>. Mais, surtout, il nous a incidemment conduit à Marcel Duchamp, lequel nous a accompagné et inspiré tout au long de notre réflexion. Rose Sélavy m'amuse<sup>(325)(326)</sup> !

Car c'est DUCHAMP qui nous a permis pleinement d'envisager l'optique qui fut la nôtre dans cette étude.

D'une part, il disait vouloir s'éloigner de la physicalité de la peinture, de ce qu'il appelait la « peinture rétinienne ». Il voulait remettre la peinture au service de l'esprit, s'adresser à l'intellect<sup>(327)</sup>. Ce faisant, il a permis de véritablement distinguer l'œuvre de son support, ce qui n'avait jamais été évident en matière plastique<sup>(328)</sup>. À sa suite, l'art conceptuel l'a illustré de la

323 Relevons d'ailleurs que, si, en première instance, Klein avait été débouté de sa demande sur pied du parasitisme, c'était au motif que le terme « hommage » écartait tout risque d'amalgame dans l'esprit du public, ce qui vient accréditer la thèse suivant laquelle un rapprochement visuel s'imposait.

324 Si les implications de « La mort de l'auteur » de BARTHES vont bien au-delà de ce que nous en retirons, nous tenions à le mentionner expressément, dans la mesure où c'est à la lecture de ce texte que s'est imposé à nous comme une évidence notre axe de recherche.

325 Lisez « ma muse ». Vu le plaisir de Duchamp pour les calembours, nous ne pouvions manquer de nous y adonner également, à titre de clin d'œil.

326 Rose Sélavy était un pseudonyme féminin employé par Duchamp.

327 *Duchamp du signe*, op. cit., pp. 171-172 et p. 183.

328 Voy., dans le même sens, N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, op. cit., p. 96, n° 67 : « L'analyse des œuvres d'Art minimal nous invite à une autre approche de la forme, en définitive

manière la plus radicale qu'il soit, en ne considérant plus l'objet physique comme étant l'œuvre proprement dite, mais uniquement son occasion<sup>(329)</sup>. En droit d'auteur, nous avons traduit cela en faisant la distinction entre la forme externe et ce que nous avons appelé la forme conceptuelle.

D'autre part, en voulant s'adresser à l'intellect, Duchamp avait aussi compris qu'il ne pouvait pas isoler l'artiste de son public. Dès lors que « ce sont les *regardeurs* qui font les tableaux », il n'était plus question de nier la contribution du public au processus créatif, ce qu'illustrent à merveille les créations actuelles. En droit d'auteur, nous avons traduit cela par la prise en considération du public en tant que récepteur de la création de l'auteur.

Ainsi, loin de le mettre à mal, l'art contemporain apparaît comme un facteur de développement du droit d'auteur. Et en cela, il assure son salut plus qu'il ne le tourmente.

Intégrer la notion de public, c'est pourvoir le droit de la propriété littéraire et artistique d'un outil formidable.

Dès lors qu'il s'agit d'une figure abstraite, elle est mobilisable à souhait, au gré des circonstances propres à chaque espèce. Elle pourrait permettre d'anticiper sur ces cas concrets, contribuant de ce fait à la sécurité juridique et favorisant ainsi la liberté de création.

La notion est par ailleurs évolutive, de sorte qu'elle devrait permettre au droit d'auteur d'appréhender les défis futurs que poseront les pratiques artistiques à venir. Car l'art s'affranchira toujours des barrières et des limites dans lesquelles on tentera de l'enserrer. L'art est par essence libertaire, le droit, le lieu de tous les conservatismes. L'art est souple, le droit rigide. Seul un outil flexible comme la notion de public permettra au droit de suivre la création sur les chemins tortueux où l'art l'emmènera.

Enfin, intégrer le public dans la définition de la forme, l'inscrire dans les fondations mêmes de l'édifice du droit d'auteur, c'est s'autoriser à le faire intervenir aux étages supérieurs et peut-être ainsi éclairer d'un jour nouveau d'autres zones d'ombre du droit d'auteur.

Une dernière précision.

---

pas si éloignée du droit, si l'on respecte l'esprit de la loi. En effet, l'œuvre d'Art minimal est tout d'abord constituée d'un ou plusieurs objets très concrets, le support de l'œuvre. Mais l'objet ne peut à lui seul être considéré comme œuvre. Car son intégration dans l'espace d'exposition et la relation instaurée avec le spectateur participent aussi à l'immanence de l'œuvre. »

329 J.-M. SCHAEFFER, *Les célibataires de l'art — Pour une esthétique sans mythes*, Paris, Gallimard, 1996, p. 34.

Les résultats auxquels nous sommes parvenu dans cette étude ne sont nullement définitifs. Notre tentative de réponse charrie quantité de questions et, au premier chef, celle de la définition du public de référence. Il s'agit d'un « work in progress » et il n'est pas exclu qu'une série de prises de position audacieuses soient abandonnées dès demain.

Quoi qu'il en soit, nous demeurons persuadé que la voie dans laquelle nous nous engageons peut s'avérer riche d'enseignements. Dans le même temps, nous ne doutons pas que substituer à la figure du créateur la trinité auteur-œuvre-public (car rappelons que notre démarche n'entend nullement effacer l'auteur du schéma) se heurtera à un certain conformisme. Elle commande en effet d'abandonner certains présupposés sur le droit d'auteur, qu'elle propose de voir autrement.

En un sens, cette vision du droit dispute à l'art contemporain son caractère séditieux. Et qu'on se le dise, en droit comme en art, l'avant-garde ne se rend pas !

★ ★ ★

LARCIER