

INSTITUT ART ET DROIT

**L'ART CONTEMPORAIN
CONFRONTÉ AU DROIT**

ACTES

du

SEMINAIRE TENU LE JEUDI 8 JUIN 2006

A L'UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS PARIS II

sous le haut patronage de la Délégation aux Arts Plastiques
Ministère de la Culture et de la Communication



Septembre 2006

SOMMAIRE

INTRODUCTION

L'art contemporain entre exigence de droits et contraintes du Droit.....	2
par Gérard SOUSI , <i>Président de L'Institut Art et Droit, Directeur de l'Institut de Droit de l'Art et de la Culture de l'Université Jean Moulin Lyon 3</i>	

PREMIERE PARTIE

Le Droit face à l'exigence de l'art contemporain

Collection d'entreprise et fiscalité	4
par Pierre PRADIE , <i>Avocat, Cabinet Lardin Cabeli Pradié, Membre de l'Institut Art et Droit</i>	
L'art contemporain et l'assurance : une mine de difficultés pratiques	8
par Jacques LEMOINE , <i>Directeur du Département Fine Art, Gras Savoye</i>	
Quels critères pour la remise en dation d'œuvres d'art contemporain ?	11
par Suzanne STCHERBATCHEFF , <i>Secrétaire générale de la Commission des dations</i>	
La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit	13
par Nadia WALRAVENS , <i>Docteur en Droit, Membre de l'Institut Art et Droit</i>	

DEUXIEME PARTIE

L'art contemporain face à la contrainte du Droit

Le corps humain, œuvre d'art ?	17
par Sophie JOLY , <i>Maître de Conférences à l'Université Montpellier I, Membre de l'Institut Art et Droit</i>	
La création contemporaine aux prises avec l'indécence et la religion	27
par Agnès TRICOIRE , <i>Avocat au Barreau de Paris</i>	
L'œuvre d'art revue et corrigée par le droit de l'urbanisme	32
par Philippe BILLET , <i>Professeur à l'Université de Bourgogne</i>	
Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ?	36
par Edouard TREPPOZ , <i>Maître de Conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3</i>	

INTRODUCTION

L'art contemporain entre exigence de droits et contraintes du Droit

Gérard SOUSI

Président de l'Institut Art et Droit - Directeur de l'Institut de Droit de l'Art et de la Culture de l'Université Jean Moulin Lyon 3

L'art contemporain confronté au Droit : cet intitulé a de quoi interpeller le non-juriste. Déjà la dénomination de l'association « Art et Droit » suscite souvent l'étonnement et la question : les deux concepts sont-ils compatibles ?

En effet, le premier évoque plutôt l'absence de règles et l'émotion créatrice et le second plutôt la norme et la rigueur du raisonnement. Et pourtant, aucune œuvre d'art, aucun artiste et aucun professionnel du marché de l'art ne saurait échapper au Droit. Les membres d'Art et Droit le savent bien qui enseignent, pratiquent ou utilisent quotidiennement le droit de l'art et le Droit du marché de l'art.

L'art et le droit sont totalement compatibles : ils sont mêmes indissociables dès lors que l'œuvre d'art circule (achat, exportation, transmission par succession, remise en dation, vol, etc.) et que l'artiste sort de son atelier pour aller contracter (droit d'auteur, vente, relations avec une galerie, transport, etc.).

Cependant, l'intitulé du séminaire va plus loin : ici l'art n'est pas seulement associé au Droit, mais **confronté** au Droit ! Le terme de confrontation évoque certes l'échange, le débat mais aussi l'affrontement, voire le conflit.

Comment expliquer cette confrontation ? Essentiellement par une différence de temps et de rythme. Le temps et le rythme de la création contemporaine ne sont pas le temps et le rythme du Droit. La création contemporaine s'exprime, voire explose, ici et maintenant ; elle peut jaillir en quelques instants et même dans l'instant. A l'opposé, le Droit ne connaît pas le « ready made », se construit laborieusement et n'intervient le plus souvent que tardivement après avoir pris la mesure des situations qui peuvent justifier son intervention. Le Droit ne fait que réguler ou régir un état de fait déjà constaté. Il convient donc de solliciter le Droit, parfois longtemps, et avec insistance, pour qu'il réponde par de nouvelles normes aux besoins exprimés : c'est en cela que l'art contemporain est confronté au Droit.

Parfois, il faut aussi savoir contester le Droit, celui des normes anciennes qui sont devenues inadaptées et sources de contraintes et de blocages au développement d'un art et de son marché. C'est encore en cela que l'art est confronté au Droit !

Ainsi l'art contemporain exige de nouvelles règles de Droit et conteste les contraintes légales qui lui paraissent liberticides. Et voici que surgit le paradoxe : l'art contemporain, dans le même temps, réclame et conteste des règles de Droit, sollicite et repousse le Droit !

Faut-il en déduire que l'art contemporain, appelant ainsi la règle qui le sert tout en rejetant celle qui le dessert, ne veut en réalité que des droits et aucune obligation ? Telle est l'une des grandes questions qui a été présente en filigrane tout au long des travaux de ce séminaire.

Une autre question, tout aussi importante, est celle de savoir par quel type d'instrument juridique il conviendrait d'apporter une réponse aux demandes exprimées par l'art contemporain. Par la Loi ? Ne sont-elles pas déjà trop nombreuses ? N'est-ce pas une solution de facilité pour un résultat d'efficacité non garanti ? La Loi est-elle l'instrument adéquat pour un domaine par définition en évolution rapide et constante ? Est-elle aujourd'hui toujours de bonne qualité ?

Faut-il alors plaider et produire de la jurisprudence pour faire avancer le droit de l'art contemporain ? Mais alors comment ne pas craindre la cristallisation et l'exacerbation de conflits pour un résultat obtenu après de longs mois ou d'années de procédure et qui, de toutes façons, ne satisfera que l'une des parties et encore pas toujours pleinement !

Finalement, le contrat, élaboré par l'échange et le rapprochement des points de vue et qui peut répondre rapidement et concrètement à la demande exprimée, voire empêcher l'éclosion d'un conflit en germe, ne serait-il pas un « ready made juridique » et donc l'instrument normatif le plus adapté à l'art contemporain ? Pourquoi ne pas avoir recours à la liberté contractuelle pour favoriser et protéger cette autre liberté qu'est la création artistique ? Chaque fois que la Loi est absente ou non impérative, pourquoi ne pas en profiter pour explorer toutes les ressources de l'ingénierie contractuelle et donner à l'œuvre d'art contemporain le Droit qui lui convient le mieux ?

Vœu pieu ? Utopie ? Il appartient aux artistes, aux professionnels du marché de l'art et à leurs conseils de répondre.

Que tous les intervenants et participants à ce séminaire soient ici grandement remerciés pour leur précieuse contribution aux débats et réflexions qui ont animé cette demi-journée consacrée au Droit de l'art contemporain.

PREMIERE PARTIE

Le Droit face à l'exigence de l'art contemporain

COLLECTION D'ENTREPRISE ET FISCALITE

Pierre PRADIÉ

Avocat, Cabinet Lardin Cabeli Pradié, Membre de l'Institut Art et Droit

De nombreuses sociétés ont entrepris de constituer une collection d'art contemporain. Dans ce cadre, que prévoit le droit fiscal ? L'acquisition d'œuvres au travers d'une fondation d'entreprise présente des avantages indéniables¹.

L'art contemporain est devenu un sujet de réflexion dans le monde de l'entreprise. Au travers de cette recherche, souvent reliée au mécénat, les sociétés souhaitent :

- renforcer leur image et affirmer des valeurs,
- établir une communication interne singulière,
- et aussi, stimuler leur processus créatif².

Cette attirance pour l'art contemporain conduit généralement les entreprises à acquérir des œuvres, soit de manière isolée, soit dans le but de constituer une collection.

D'un point de vue fiscal, l'achat d'une œuvre se traduit par l'inscription au bilan de l'entreprise d'une immobilisation incorporelle, qu'il n'est pas possible d'amortir faute de pouvoir démontrer l'existence de sa dépréciation irréversible du fait de l'usage, du temps ou des progrès techniques.

Mais pour contourner cet inconvénient, la location d'œuvres est souvent proposée comme alternative à l'achat, dans la mesure où elle engendre à la charge de l'entreprise des loyers déductibles de ses résultats. Cependant, lorsqu'à l'expiration du contrat de location, la société dispose de la faculté d'acquérir l'œuvre moyennant une valeur résiduelle, inférieure à la valeur vénale, cette convention s'expose au danger d'être requalifiée en vente à tempérament, ce qui n'est pas satisfaisant. Une telle prise de risque est d'autant plus regrettable que la loi sur le mécénat offre désormais la faculté de déduire du résultat imposable, sur cinq ans, une somme correspondant au prix d'acquisition des œuvres, et pour les collections les plus importantes, de constituer une fondation d'entreprise afin de bénéficier de la réduction de 60 % d'impôt sur les sociétés.

L'acquisition d'œuvres originales d'artistes vivants

L'article 238 bis A B du Code général des impôts (CGI) prévoit une déduction spéciale en faveur des entreprises qui achètent notamment des œuvres originales d'artistes vivants au moment de l'achat pour les exposer au public.

L'entreprise doit acquérir une « œuvre originale »

Dans sa doctrine administrative¹, l'Administration précise que cette mesure s'applique aux œuvres susceptibles de bénéficier du taux réduit de TVA, lesquelles sont définies à l'article 98 A II de l'annexe III au CGI. Cette

¹ Minutes d'une intervention de l'auteur au cours du colloque « *L'art contemporain confronté au Droit* », organisé par Art et Droit, le

8 juin 2006, à l'Université Panthéon-Assas Paris II.

² Lire à ce propos *Art & Cie, l'art est indispensable à l'entreprise*, sous la direction de José Freches, Dunod, 2005.

définition est complétée par l'annexe I à la 6^e directive, dont les termes sont similaires à ceux du décret précité, mais se réfèrent, en outre, à la nomenclature des produits du tarif douanier commun.

En général, un objet est qualifié d'œuvre d'art s'il a été entièrement exécuté à la main par l'artiste, ce qui exclut l'emploi de tout procédé, quel qu'il soit, permettant de suppléer en tout ou partie à cette intervention humaine.

Cette définition est notamment étendue aux gravures, estampes, lithographies, si l'œuvre est éditée en un nombre limité de tirages, apprécié par rapport aux usages normaux de la profession et aux fontes de sculpture à tirage limité à huit exemplaires et contrôlé par l'artiste.

La photographie d'art est celle prise par l'artiste, tirée par lui ou sous son contrôle, signée et numérotée dans la limite de trente exemplaires, tous formats et supports confondus. En outre, seules les photographies qui portent témoignages d'une intention créatrice manifeste de la part de leur auteur peuvent être considérées comme des œuvres d'art².

Le fiscaliste, amoureux de l'art contemporain, sera déçu de ne pas trouver la vidéo dans cette liste d'œuvres. Toutefois, par tolérance administrative, il est désormais admis que le régime de la TVA des œuvres d'art est applicable aux créations réalisées sur un support audiovisuel ou numérique sous diverses conditions, notamment de tirage limité à douze exemplaires³.

L'artiste doit être vivant au moment de l'achat de l'œuvre

Elle peut être achetée directement à l'artiste ou par l'intermédiaire d'un tiers : galerie, courtier ou société de vente volontaire. En outre, il peut ne pas s'agir d'une première acquisition de l'objet.

L'œuvre doit être exposée au public

Jusqu'à l'intervention de la loi de finances rectificative pour 2005, la déduction était réservée aux œuvres exposées dans un lieu accessible au public, pour la période correspondant à l'exercice d'acquisition et aux quatre années suivantes.

En pratique, une telle condition excluait de très nombreuses entreprises (en particulier les PME) du bénéfice de la mesure. Après avoir été maintes fois sollicité, Bercy a fini par étendre le champ de la mesure et a consacré l'intérêt des entreprises pour l'art contemporain, en inscrivant dans la Loi que l'œuvre doit être accessible au public ou aux salariés, à l'exception de leurs bureaux.

Cette modification est essentielle car elle offre la possibilité d'exposer les œuvres dans les locaux privés de l'entreprise (salles de réunions, restaurants d'entreprise, couloirs, cafétérias...) tout au long de la période de cinq ans requise par le texte.

En outre, il est admis que l'œuvre puisse être placée en dépôt auprès d'une région, d'un département, d'une commune ou de leurs établissements publics.

Les modalités de déduction et de dépréciation de l'œuvre

Pour les œuvres acquises à compter du 1^{er} janvier 2002, la déduction est opérée par cinquièmes sur les résultats de l'exercice d'acquisition et des quatre années suivantes. Elle ne peut pas excéder la limite de 5 ‰ du chiffre d'affaires hors taxes de la société, minorée des versements effectués pour le mécénat.

Cette limite est susceptible de poser une difficulté si la collection est constituée par la holding d'un groupe. Il serait donc souhaitable qu'une mesure législative permette d'apprécier la limite de 5 ‰ au niveau du chiffre d'affaires hors taxes consolidé des sociétés membres d'un groupe d'intégration fiscale.

La base de la déduction correspond au prix de revient de l'œuvre, c'est-à-dire à son prix d'achat augmenté des frais accessoires et diminué, le cas échéant, de la TVA récupérable⁴.

Les frais d'acquisition de l'œuvre (notamment les commissions), qui ne sont pas inclus dans son prix de revient, sont inscrits sur option en charges ou comptabilisés dans le coût d'entrée du bien⁵.

La déduction ainsi opérée est extracomptable et doit être distraite du résultat comptable pour être affectée à un compte de réserve spéciale, figurant au passif du bilan de la société. Cette obligation d'inscription en réserves a

¹ Instruction du 24 octobre 2002, 4C-6-02, n° 80.

² Instruction du 25 juin 2003 – 3C-3-03.

³ Lettre au Comité des galeries.

⁴ Souvent, les galeries appliquent un régime d'imposition à la TVA sur la marge, auquel cas la TVA n'est pas récupérable.

⁵ Article 5.2 du règlement CRC n° 2004.06.

pour effet de restreindre le champ de la mesure aux seules sociétés soumises, de plein droit ou sur option, à l'impôt sur les sociétés, ainsi qu'à celles qui relèvent du régime fiscal des sociétés de personnes.

En pratique, cette restriction exclut de la mesure les professions libérales et les entreprises individuelles. L'œuvre sera inscrite au bilan, comme une immobilisation incorporelle et sera donc exonérée de taxe professionnelle.

Sa possible dépréciation sera régie par l'article 39-1-5^e, 2^e alinéa du CGI, dans les conditions habituelles de déductibilité des provisions, si le coût d'acquisition de l'œuvre d'art est inférieur à 7.600 euros ou sur la base d'un rapport d'un expert judiciaire pour un montant supérieur.

L'éventuelle provision pour dépréciation ne peut être déductible que pour une fraction excédant le montant des déductions déjà pratiquées sur le fondement de l'article 238 bis A-B du CGI.

Cession de l'œuvre

Le montant des déductions doit être réintégré au résultat imposable de la société si l'œuvre n'est plus exposée au public, s'il s'opère une cession de l'œuvre à la suite de sa vente ou de tout autre cause (fusion, apport en société, etc.) et, enfin, en cas de prélèvement sur le compte de réserve spéciale.

Si l'artiste est toujours vivant, le cessionnaire peut alors bénéficier des dispositions de l'article 238 A-B du CGI sur la base de son prix de revient déterminé lors de sa propre acquisition.

Il est regrettable qu'une restructuration puisse être pénalisante, aussi serait-il souhaitable qu'une modification législative intervienne, afin d'écartier la réintégration lorsque la cession est le résultat d'une fusion, scission ou apport partiel d'actif placé sous le régime spécial de faveur des fusions de sociétés ou opérations assimilées.

À l'expiration du délai de cinq ans, l'entreprise collectionneuse peut envisager de céder, à titre gratuit, tout ou partie des œuvres collectionnées, au profit d'une fondation d'entreprise, créée à son initiative.

Cette donation constitue une cession entraînant la réintégration, dans le résultat imposable, des sommes inscrites en réserves. Mais, en contrepartie, le donateur bénéficie d'une réduction d'impôt égale à 60 % du prix de revient d'origine de l'œuvre.

La création d'une fondation d'entreprise

En mars 2005, il existait en France 153 fondations créées par des entreprises, dont 91 fondations d'entreprise, 48 constituées sous l'égide de la Fondation de France, 5 sous l'égide de l'Institut de France et 7 reconnues d'utilité publique.

Pour sa part, la Fondation Cartier¹ a été constituée en 1992, sous l'égide de la Fondation de France.

Les fondations d'entreprise tendent à se développer, en raison de la faculté offerte par l'article 238 bis du CGI, d'accorder le régime fiscal du mécénat aux versements opérés au profit d'une fondation d'entreprise, même si cette dernière porte le nom de l'entreprise fondatrice.

Depuis la modification instaurée par les Musées de France², le programme d'action pluriannuelle d'une fondation d'entreprise a été simplifié d'un point de vue administratif.

En outre, depuis la loi du 1^{er} août 2003, une fondation d'entreprise peut recevoir des dons effectués par les salariés de l'entreprise fondatrice ou ceux des entreprises du groupe auquel appartient cette société.

Dans le domaine de l'art contemporain, la Fondation Colas, l'Espace Paul Ricard³ ou la Fondation Neuflyze Vie pour la photographie contemporaine sont constitués sous la forme de fondations d'entreprise.

L'acquisition d'œuvres d'art au travers d'une fondation d'entreprise comporte des avantages indéniables par rapport à une acquisition opérée directement par l'entreprise.

En effet, dès l'année des versements opérés en faveur de la fondation, ses fondateurs bénéficient de la réduction d'impôt sur les sociétés de 60 % dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires prévue à l'article 238 Bis du Code général des impôts.

¹ NDLR : lire à ce propos l'interview d'Alain-Dominique Perrin en p. XX.

² Loi n° 2002-5 du 4 janvier 2002.

³ NDLR : lire à ce propos l'interview de Colette Barbier, p. XX.

Cette réduction d'impôt doit être comparée à l'économie d'impôt sur les sociétés suscitée par le régime d'acquisition des œuvres d'artistes vivants qui offre une économie d'impôt sur les sociétés de 33,33 %, étalée sur cinq ans.

En outre, la réduction d'impôt de 60 % est définitive. Aussi, la restructuration de la société fondatrice par fusion ou par apport partiel d'actif sera neutre alors que la cession d'œuvres par leur propriétaire, dans les mêmes circonstances, conduira à la réintégration des sommes inscrites à la réserve spéciale.

Toujours dans l'hypothèse d'une fusion entre le fondateur et une autre entreprise, la fondation d'entreprise peut adopter un autre nom, changer la composition de son conseil d'administration voire modifier sa vocation initiale.

En revanche, en cas de dissolution d'une fondation d'entreprise, les œuvres devront revenir à un ou plusieurs établissements publics ou reconnus d'utilité publique et une autre fondation d'entreprise ne pourra pas être attributive de l'actif de la fondation d'entreprise dissoute.

Afin que les fondateurs bénéficient de la réduction d'impôt de 60 %, la fondation d'entreprise devra avoir un but culturel avéré, mais également satisfaire à la condition d'intérêt général considérée remplie si l'activité de la fondation n'est pas lucrative, si sa gestion est désintéressée et si aucun avantage n'est procuré à ses membres. Par ailleurs, la fondation ne doit pas fonctionner au profit d'un cercle restreint de personnes.

En général, les fondations d'entreprise existantes et dédiées à l'art contemporain disposent d'un personnel propre, touchent un public, organisent des prix ou des événements largement médiatisés et acquièrent une notoriété significative.

Les artistes, dont les œuvres sont acquises par une fondation d'entreprise, bénéficient de cette promotion et seront rassurés par la relative stabilité de la propriété des œuvres acquises par une fondation d'entreprise.

En 1983, à la fin de sa vie, le peintre Jean Hélion écrivait dans *Mémoire de la chambre jaune* : « L'art est un espoir d'éternité, s'il n'en est la preuve ».

L'objectif d'une collection dédiée à l'art contemporain n'est-il pas de placer l'entreprise dans une recherche de développement durable et d'innovation ?

L'ART CONTEMPORAIN ET L'ASSURANCE : UNE MINE DE DIFFICULTES PRATIQUES

Jacques LEMOINE

Directeur du Département Fine Art – Gras Savoye

avec la collaboration de **Marie-Sophie ARONICA** et de **Marion SONIER**
étudiantes du master 2 Droit et Fiscalité du Marché de l'Art – Institut de Droit de l'Art et de la Culture de l'Université Lyon 3

Il est difficile d'appréhender l'art contemporain de nos jours par rapport au Droit en général et au droit des assurances en particulier.

En effet, il s'agit d'un art conceptuel reflétant la réflexion intellectuelle de l'artiste à la différence de l'art classique, plus facilement appréhendable par les amateurs d'art, le marché étant institutionnalisé.

L'art contemporain, quant à lui, pose un certain nombre de difficultés au niveau de l'assurance qui va se heurter aux problèmes de la valorisation des œuvres et à leur indemnisation.

Il y a lieu de prendre en compte toutes les composantes de l'œuvre elle-même, sa présentation, sa situation, ses composants périphériques (audiovisuelle, informatique, etc.), et souvent son interactivité sans oublier son évaluation financière.

La valorisation des œuvres

Aujourd'hui, les galeries, les sociétés de ventes volontaires aux enchères publiques, les commandes privées ou publiques contribuent activement à la valorisation d'une œuvre d'art. Ces différents critères ainsi que la cote donnée à une œuvre acquise par un collectionneur reconnu participent à la détermination de la valeur d'une œuvre d'art.

La renommée de l'artiste, le travail de promotion de sa galerie, d'un musée ou d'une ville conditionne la valeur de l'œuvre. Ainsi, l'assurance d'une œuvre d'art contemporaine se pose en termes de « marché » contrairement aux œuvres d'art classiques.

L'indemnisation

L'indemnisation suppose d'aborder l'œuvre d'art d'un point de vue purement financier. Il s'agit de savoir comment indemniser et évaluer les dommages provoqués sur une œuvre d'art contemporaine.

La perte de l'œuvre peut être totale ou partielle. Dans le premier cas, la valeur d'assurance de l'œuvre est remboursée intégralement, dans le second cas, l'assureur remboursera le coût de la restauration et parfois même la dépréciation subie par l'œuvre.

La composition

La composition même d'une œuvre d'art peut être une composition complexe tant au niveau de la structure (soudures, assemblages de boulons, etc.) que du matériau ce qui diffère complètement des œuvres traditionnelles (bronze ou tableaux).

Sur ces points, on s'approche du thème des œuvres dites « fragiles », par exemple l'utilisation de matériaux tels que le papier crépon, les épines de rose, le polystyrène, le carton ou la peinture à l'eau engendre nécessairement des difficultés de conservation dans le temps.

Comment savoir préalablement si la peinture a séché avec le temps ou s'il s'agit de mauvaises conditions hygrométriques s'agissant d'une œuvre exposée à l'intérieur ou en plein air.

La présentation au public (ou l'accrochage) sera lui aussi vérifié car, là encore, nombre de difficultés surgissent de par la nature même de l'œuvre d'art contemporaine. Il est courant de voir ces œuvres présentées sur un socle ou à même le sol, sans barrières de protection. Cette présentation suscite encore des interrogations tant sur les moyens de protection des œuvres que sur les moyens de prévention d'un vol, et surtout d'un dommage accidentel causé aussi bien par les visiteurs que lors des manipulations.

On remarque que non seulement l'exposition complique la technique de l'assurance mais aussi que sa durée d'exposition peut entraîner une dégradation plus ou moins rapide de l'œuvre.

La durée

On dénombre quatre catégories d'œuvres vouées à la destruction à l'issue d'une exposition. Il s'agit des œuvres éphémères, manufacturées, préfabriquées et audiovisuelles.

Les œuvres éphémères

L'utilisation de feuilles, de papier crépon ou de plantes pour la réalisation d'une œuvre d'art sera nécessairement vouée à la destruction. Pour une œuvre réalisée à l'aide de plantes vertes, un entretien régulier est indispensable. Cet exemple est illustré par une affaire où des plantes vertes avaient été restituées à leur propriétaire « mortes ». Fallait-il prendre en charge ou bien invoquer les exclusions du contrat sur l'usure et la détérioration lente des œuvres ? En d'autres termes : l'aléa, principe fondamental du droit des assurances, était-il respecté dès lors que l'aléa n'existait probablement plus à la souscription du contrat d'assurance ? Faut-il indemniser un sinistre prévisible ou invoquer la non-existence d'aléa ?

Les œuvres manufacturées posent, elles aussi, certaines difficultés concernant la valeur de remplacement de l'œuvre en cas de survenance d'un sinistre.

Les œuvres manufacturées

Ces œuvres sont réalisées à l'aide de procédés industriels. Citons l'exemple d'une œuvre industrielle détournée de leur fonction première comme une baignoire, quelle peut être la durée de vie d'une telle œuvre ? et sa valorisation. Par ailleurs, s'agissant d'une œuvre « fongible », la question de la valeur de remplacement intervient. Doit-on considérer cette œuvre comme un simple produit de fabrication « créée » par un artiste ou comme une œuvre d'art ?

Les œuvres préfabriquées ou détruites après leur exposition

Il arrive parfois qu'une ville commande une œuvre pour une occasion particulière comme l'organisation de Jeux Olympiques. La ville demandera donc à l'artiste de lui fournir une œuvre pour un budget déterminé. Dans ce cas précis, la notion même d'œuvre d'art peut être remise en cause ; la ville ne demande pas une simple œuvre d'art mais elle impose un budget précis à l'artiste qui doit créer en fonction de ce budget. Or, l'artiste est censé créer sans se soucier du budget de l'œuvre. Peut-on dès lors considérer cette commande comme une véritable œuvre d'art ? S'agit-il d'une œuvre d'art malgré la contrainte financière ou s'agit-il simplement d'une industrie ? L'art serait-il devenu une industrie si l'on s'accorde à considérer ces produits préfabriqués comme des œuvres d'art ?

Il advient notamment que la finalité de certaines œuvres soit la destruction en fin d'exposition. Ou bien encore qu'elles soient détruites pendant l'exposition du fait de tiers. Sur quelle base devra-t-on évaluer l'indemnité

puisque l'œuvre était initialement vouée à la destruction ? En d'autres termes, peut-on indemniser une œuvre condamnée à la destruction ?

Le cas particulier des œuvres audiovisuelles

Ce type d'œuvre est essentiellement constitué de présentations et de matériel informatique.

Le matériel de présentation

Les œuvres audiovisuelles sont généralement composées d'installations et de présentations. Il est donc primordial de savoir si l'œuvre est constituée de tout ou d'une partie seulement de l'installation ? Faut-il considérer l'informatique et la télévision comme des procédés sensiblement identiques ? Faudra-t-il indemniser une installation informatique comme un vulgaire ordinateur composé de plusieurs pièces électroniques et/ou prendre en compte la valeur de l'œuvre sur le marché de l'art ? Est-il possible de remplacer un matériel, certes substituable par un autre, sans porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre et à son originalité ? Le DVD, pris isolément, devra-t-il être considéré comme l'œuvre en tant que telle ou faudra-t-il considérer l'installation dans son ensemble (DVD, télévision, ordinateur, écran, etc.) comme œuvre d'art ?

La présentation aux visiteurs suscite aussi de nombreuses interrogations au niveau de l'évaluation de l'œuvre et par conséquent à son indemnisation en cas de sinistre.

La présentation aux visiteurs

L'œuvre est accessible au public, elle n'est pas protégée par des barrières ou des vitrines, le niveau de protection est donc minimum. Compte tenu de cette interactivité voulue, peut-on alors considérer tout sinistre comme normal, naturel et surtout aléatoire ? L'artiste met lui-même en avant le fait que l'œuvre ne sera complète que si cette interactivité existe. Dans cette hypothèse, l'œuvre est non seulement constituée par l'installation mais aussi par l'interactivité. Il est donc exclu de protéger « physiquement » l'œuvre. Dès lors, la règle fondamentale de l'aléa peut se trouver faussée dès le départ.

Prenons quelques exemples concrets : un artiste avait créé une œuvre composée de cubes que les visiteurs devaient manipuler. L'usure de l'œuvre était donc prévisible. Cette usure est-elle garantie, faut-il indemniser de la valeur marchande de dés de jeu ? L'usure était-elle incluse dans l'œuvre ? S'agissait-il d'un dommage accidentel devant être pris en charge par l'assureur ? En d'autres termes : l'aléa était-il invocable ?

Un autre artiste avait imaginé une cage remplie d'oiseaux. Pendant l'exposition, les grilles s'étaient détériorées du fait des fientes d'oiseaux. Le sinistre était fort probable. Devait-on remplacer les grilles endommagées par de simples grilles ou laisser l'œuvre telle qu'elle ? L'usure prévisible de la cage devait-elle être dédommée ?

Une autre affaire concernait une installation de jeux de lumière : le générateur était tombé en panne, fallait-il le remplacer par un autre, au prix du commerce, ou était-il considéré comme une composante même de l'œuvre ?

Une autre installation comprenant des tapis roulants avait été endommagée par le poids de trois individus (surcharge). Devait-on entreprendre la réparation d'un simple tapis roulant ou d'une œuvre d'art ? L'artiste pouvait aussi estimer que l'œuvre était détruite, irremplaçable et irréparable. Fallait-il exclure la garantie aux motifs qu'il ne s'agissait que de dommages électriques ? Il faut toutefois rappeler que la majorité des contrats d'assurance exclut ce type de dommage de la garantie.

Toute la problématique de l'art contemporain réside donc dans le fait qu'il s'agit d'un art en partie conceptuel. Pour l'assureur, l'inconvénient persiste dans l'utilisation même de produits de consommation liée à l'élaboration de l'œuvre. Toutes ces interrogations nuisent à un bon règlement des sinistres.

Les sinistres

Il convient d'aborder les sinistres d'un point de vue quantitatif et indemnitaire.

Les chiffres

Beaucoup de sinistres sont déclarés, qu'il s'agisse d'un fait maladroit, volontaire ou irrémédiable. En effet, il arrive que les galeries, musées ou toutes autres entités exposant des œuvres d'art déclarent des sinistres provenant de la matière dans laquelle est conçue l'œuvre d'art. Il s'agira également de dommages causés involontairement par le transporteur, le manutentionnaire ou le visiteur. Les sinistres généralement les plus fréquents sont causés lors du transport des œuvres, arrivent ensuite les dommages suite à l'accrochage ou au décrochage des œuvres et enfin les dommages causés par les visiteurs. En art contemporain plus particulièrement, il s'agit de dommages dus pour la majorité à l'usure de l'œuvre. Dans ces conditions, faut-il considérer l'usure comme un dommage accidentel garanti par le contrat ?

Les différentes valeurs

Il existe des contrats d'assurance dits en valeur « agréée » ou « déclarée ». Ces différentes valeurs constituent la base d'indemnisation lors de la réalisation d'un sinistre.

La valeur « agréée » est fixée par un expert et doit être révisée tous les deux ans afin d'être la plus proche de la réalité des prix d'un marché de l'art fluctuant. En cas de sinistre, il incombe à l'assureur d'apporter la preuve que l'œuvre ne valait pas le prix fixé par l'expert inséré au contrat.

En ce qui concerne la valeur « déclarée », c'est l'assuré qui fixe lui-même la valeur de son œuvre via son bordereau d'achat. Toutefois, à l'inverse de la valeur « agréée », la valeur simplement « déclarée » doit être prouvée par l'assuré lors d'un sinistre. L'article 1375 alinéas 1^{er} et 2nd du Code civil précise ces obligations, il s'agit de présomptions réfragables. Lorsque la valeur est « agréée », il incombe à l'assureur de renverser la présomption, en revanche, lorsque la valeur est déclarée, il appartient à l'assuré de rapporter la preuve de la valeur de son œuvre.

De plus, on remarque que les acteurs du marché de l'art, tels les grands collectionneurs, influent directement sur la valeur d'une œuvre. En effet, ces derniers peuvent faire monter le prix d'une œuvre s'ils l'ont acquise alors même qu'elle n'avait pas été divulguée au public ou encore s'ils l'ont conservée un certain nombre d'années (en général plus de vingt ans) et qu'ils la mettent à nouveau sur le marché. Les maisons de ventes volontaires aux enchères publiques peuvent, elles aussi, faire monter les prix par l'intermédiaire de campagnes publicitaires autour d'une collection prestigieuse. Ces divers facteurs contribuent ainsi à la création de la valeur d'une œuvre d'art.

La fluctuation du marché de l'art se heurte bien évidemment à la rigidité et à la praticité du Code des assurances ainsi qu'à un règlement pragmatique des sinistres. L'aspect conceptuel de l'art contemporain cohabite difficilement avec une pratique plus réaliste de l'assurance.

En assurance, l'art contemporain se trouve confronté non seulement au Droit mais aussi au principe indemnitaire. Les quelques exemples et réflexions ci-dessus doivent nous amener à une analyse pragmatique et préalable des risques encourus « naturellement » par les œuvres afin d'éviter tout litige lors d'un dommage. Il est nécessaire que tous les acteurs concernés puissent avoir une vision claire et partagée des difficultés qu'ils seront amenés à rencontrer avant toute mise en place d'un contrat d'assurance.

QUELS CRITERES POUR LA REMISE EN DATION D'ŒUVRES D'ART CONTEMPORAIN ?

Suzanne STCHERBATCHEFF

Secrétaire générale de la Commission des dations

La dation en paiement

La loi sur la dation dite loi Malraux, n° 68-1251 du 31 décembre 1968, autorise le règlement des droits de succession par remise d'œuvres d'art : « *Tout héritier, donataire ou légataire peut acquitter les droits de succession par la remise d'œuvres d'art, de livres, d'objets de collection ou de documents de haute valeur artistique ou historique.* »

La loi a été confirmée et étendue par les gouvernements successifs, sans être remise en cause par les clivages politiques, et désormais les droits qui peuvent être réglés par remise d'objets d'art sont :

- ◆ les droits de mutation à titre gratuit : droits de donation et droits de succession,
- ◆ le droit de partage,
- ◆ l'impôt de solidarité sur la fortune.

La dation n'est pas à proprement parler un mode d'acquisition parmi d'autres mais un mécanisme fiscal original qui autorise le paiement d'une dette fiscale en nature.

Nature des œuvres

Le but de ce dispositif est de favoriser le maintien des œuvres d'art sur le territoire national. Mais lesquelles ? La seule condition explicite inscrite dans la loi sur la substance des œuvres qui peuvent être acceptées en dation est que celles-ci soient « *de haute valeur artistique ou historique* ».

C'est par une règle interne non écrite, mais appliquée par l'Administration de la Direction générale des impôts, que, de longue date, la Commission interministérielle, chargée de donner au Ministre des Finances un avis sur l'intérêt patrimonial de la proposition de dation, a évité de se prononcer en faveur des œuvres d'artistes vivants.

Les justifications, également non écrites, de cette mesure, étaient d'une part la difficulté d'apprécier l'importance patrimoniale d'une œuvre récente et, d'autre part, la volonté de ne pas intervenir sur le marché de l'art par la sélection des œuvres agréées en dation.

Le Président de la Commission interministérielle, Jean-Pierre Changeux, ne forme pour sa part aucune opposition à recommander l'agrément pour des œuvres d'artistes vivants. C'est ainsi que sous sa présidence, la commission a émis en 1998 un avis favorable pour un important tableau de Pierre Soulages, *Peinture, 14 avril 1949*, œuvre décrite et reproduite en couleurs sur une double page dans le catalogue raisonné de l'artiste par Pierre Encrevé (1994).

La recommandation de la commission d'accorder l'agrément pour cette peinture contemporaine était fondée sur un cas précédent. Deux tableaux de Joan Miró, *Silence*, 1968, et *Danse de personnages et d'oiseaux*, 1968, avaient en effet été acceptés en dation par une décision datée d'avril 1982, alors que l'artiste était encore vivant (celui-ci décédait le 25 décembre 1983).

La Direction générale des impôts refusa toutefois son agrément au tableau de Soulages, considérant que celui-ci était un artiste encore très productif, alors qu'à la fin de sa vie, Miró n'était plus actif et que son œuvre et sa cote étaient bien affirmées.

Cependant, on peut noter que les propositions de dation portant sur des œuvres contemporaines concernent en majorité des artistes vivants à faible notoriété dont la cote n'est pas établie.

C'est ainsi que sur la période 1972-2005, 623 offres de dations ont été traitées : 359 acceptées, 264 refusées, dont 27 portant sur des œuvres d'artistes vivants, qui n'atteignaient pas les critères de haute importance patrimoniale requis pour l'application de la loi.

Si les offres de dation portant sur des œuvres importantes d'artistes vivants sont très rares, le dispositif de la dation a permis de régler une cinquantaine de successions d'artistes, par exemple celles de Martin Barré, Jean Bazaine, Alexander Calder, Marc Chagall, Olivier Debré, Jean Degottex, César Domela, Max Ernst, Eugène Leroy, Alfred Manessier, Joan Mitchell, Pablo Picasso, Maria-Helena Vieira da Silva...

La procédure

L'offre de dation est une démarche volontaire de la part du contribuable. Celui-ci, lorsqu'il décide de recourir à la dation, choisit l'objet qu'il veut remettre en paiement et en détermine la valeur libératoire. Il adresse sa demande à la Recette des impôts chargée du recouvrement des droits concernés.

Le Ministre des Finances accorde ou non son agrément, après réception de l'avis d'une Commission interministérielle présidée par Jean-Pierre Changeux et composée de quatre membres : deux représentants du Ministre de la Culture et deux représentants du Ministre des Finances.

La Commission interministérielle se prononce sur l'intérêt patrimonial des œuvres proposées, au vu de l'expertise préalable et de l'avis des commissions chargées des acquisitions pour les musées.

C'est ainsi que les œuvres du XX^e siècle sont étudiées par la Commission d'acquisition du musée national d'art moderne. Cette instance juge de l'intérêt patrimonial des œuvres proposées aux collections françaises et vote sur leur entrée dans le patrimoine national.

Les résultats de ce vote sont transmis à la Commission des dations et un conservateur rapporteur présente ses conclusions devant la commission, qui en débat.

La commission s'appuie également sur les avis signés d'experts, chercheurs, conservateurs ou acteurs du marché de l'art qu'elle consulte, ainsi que le réclamait la Cour des comptes lors de son contrôle en 1982.

Critères pour les artistes vivants

Si, ainsi que l'a souhaité le Premier Ministre, sont proposées en dation davantage d'œuvres d'artistes vivants, la Commission interministérielle les examinera avec la même vigilante attention que celle qu'elle accorde à l'étude des œuvres d'artistes décédés.

La commission ne juge pas souhaitable de fixer de limites de dates. En effet, des œuvres d'artistes mineurs décédés seraient éligibles à la dation, alors que, par exemple, celles des principaux acteurs du mouvement Cobra, encore vivants, en seraient exclues.

Pour être acceptée en dation, une œuvre d'art doit satisfaire à des critères de « haute importance artistique et/ou historique ». La commission s'assurera donc, plus spécifiquement :

- ◆ de l'authenticité de l'œuvre proposée ;
- ◆ du niveau de notoriété internationale de l'artiste, qui devra être reconnue par les historiens de l'art contemporain ;
- ◆ de la qualité artistique exceptionnelle et/ou de l'importance historique de l'œuvre ;

- ◆ de l'absence ou de la rareté d'œuvres équivalentes dans les collections nationales ;
- ◆ de son niveau de reconnaissance sur le marché international de l'art ;
- ◆ de sa cote.

Bilan de la procédure

Depuis 1972, année de la première application de la loi, cette procédure a contribué de manière significative à l'enrichissement de notre patrimoine.

Sur cette période de 33 ans, la valeur libératoire des biens entrés dans les collections nationales représente une moyenne annuelle de 15,7 millions d'euros, avec des pics à plus de 45 millions d'euros.

Le montant des dations égale et dépasse 6 fois en 20 ans le montant des crédits d'acquisition des musées.

C'est dire l'effort de l'État qui renonce à des recettes fiscales importantes au profit des collections publiques.

Pour cette période, 23 % des dossiers de dation acceptés concernaient des œuvres d'art moderne, qui représentaient 40 % de la valeur totale des biens remis en paiement.

Le musée national d'art moderne a pu effectuer, grâce aux œuvres acquises par dation, de nombreux dépôts dans des musées en régions.

Le dispositif de la dation, appliqué aux œuvres d'artistes vivants, permet d'envisager l'entrée d'œuvres d'art contemporaines majeures dans les collections publiques françaises grâce aux critères exigeants requis par la dation en paiement.

LA REMISE EN CAUSE DES NOTIONS TRADITIONNELLES D'AUTEUR ET D'ŒUVRE DE L'ESPRIT

Nadia WALRAVENS

Docteur en Droit – Membre de l'Institut Art et Droit

L'objet du droit d'auteur est de conférer aux auteurs des prérogatives morales et patrimoniales sur leurs œuvres. Cependant, il n'existe aucune définition de l'œuvre, de l'œuvre d'art ni de l'auteur¹. Le droit d'auteur protège l'œuvre de l'esprit pour laquelle nous n'avons toujours pas de définition. Il n'existe donc que des notions remises en cause par les pratiques artistiques contemporaines.

En effet, celles-ci, du fait de leur complexité, rendent leur analyse délicate et leur accès à la protection du droit d'auteur (I) ou la reconnaissance de la qualité d'auteur incertaine (II)².

I. L'ŒUVRE DE L'ESPRIT

Pour bénéficier de la protection du droit d'auteur, l'œuvre de l'esprit doit être concrétisée dans une *forme originale*. S'agissant des œuvres d'art, le droit d'auteur reste conforme à l'approche personnaliste de la création : l'œuvre est la création d'une personne physique, l'auteur, dont elle reflète la personnalité : la forme de l'œuvre doit donc être empreinte de sa personnalité.

Cependant, au regard de l'évolution des pratiques artistiques, on constate un décalage entre le Droit et l'art avec la remise en question des notions de forme (A) et d'originalité (B).

A. LA REMISE EN CAUSE DE LA NOTION DE FORME

L'exigence de concrétisation de l'œuvre dans une forme implique qu'elle soit rendue *perceptible aux sens*.

En dépit du principe légal de distinction entre l'œuvre et son support³, on risque de se trouver confronté à une approche matérialiste de l'œuvre d'art, c'est-à-dire d'exiger une forme tangible, directement perceptible. D'où la difficulté d'appréhender des œuvres qui s'inscrivent dans une démarche d'intellectualisation et de dématérialisation :

¹ L'article L 112-2 CPI donne seulement une liste d'œuvres susceptibles d'être protégées, entre autres « œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie » et « les œuvres graphiques ».

² J'utilise le terme générique d'œuvres d'art « contemporaines » qui comprend également les œuvres d'art modernes avec lesquelles commencent les difficultés.

³ Art. L 111-3 CPI : « la propriété incorporelle est indépendante de la propriété de l'objet matériel ».

1. Intellectualisation

Avec les ready-mades de Marcel Duchamp, l'objet est une nouvelle donnée de la création artistique. Cependant, ce qui importe, ce n'est pas l'objet en lui-même – l'urinoir ou une roue de bicyclette – mais le choix de cet objet par l'artiste dans un contexte qu'il a déterminé et la fonction qu'il lui assigne. Le concept constitue alors la substance de l'œuvre, sa forme tangible importe peu. Il s'agit plutôt de modifier le rapport du spectateur à l'œuvre, d'en avoir une perception autre.

2. Dématérialisation

Avec les œuvres d'art minimal¹ de Dan Flavin, l'artiste utilise comme matériau la lumière colorée qui provient de l'agencement de tubes fluorescents dans un espace qu'il a déterminé. La forme de l'œuvre n'est pas composée uniquement par les tubes fluorescents – son support matériel –, mais par l'espace lumineux coloré qu'ils déploient. L'œuvre se singularise alors par son immatérialité : elle devient un lieu d'expérience perceptible lié au déplacement du spectateur dans l'espace.

Ainsi, pour bon nombre d'œuvres d'art contemporaines, la forme tangible de l'œuvre importe peu : l'idée, le choix, le langage, l'air, la lumière, l'énergie, l'espace environnemental, le temps, la perception, le rapport avec le spectateur et le contexte d'exposition sont constitutifs de la forme de l'œuvre.

De même, on constate la remise en cause de la notion d'originalité.

B. LA REMISE EN CAUSE DE LA NOTION D'ORIGINALITE

L'œuvre originale doit révéler l'activité créatrice de l'artiste, par suite l'empreinte de sa personnalité. Comment appréhender alors des œuvres qui résultent du choix de l'artiste ou dont l'empreinte de la personnalité relève de l'infra-mince ? Ainsi, les ready-mades de Marcel Duchamp et les monochromes de Kazimir Malevitch marquent une rupture avec un art figuratif reflétant directement l'empreinte de la personnalité de l'artiste dans l'œuvre.

1. Pour ce qui est de l'activité créatrice de l'artiste et des choix opérés par l'artiste

Marcel Duchamp choisit un objet tout fait. Au regard du droit d'auteur, nous ne sommes pas en présence d'une œuvre de l'esprit car nous sommes confrontés à cette vision matérialiste de la création qui exige l'implication physique de l'artiste dans la réalisation de l'œuvre : il y aurait absence d'acte créateur. Preuve en est de l'affaire Pinoncelli² : le Tribunal de grande instance de Tarascon adopte une approche matérialiste de la création : sans implication physique de l'artiste dans la réalisation, il n'y a pas d'œuvre.

De même, s'agissant des œuvres de Dan Flavin, pour la majorité de la doctrine, il y a défaut d'activité créatrice, dépourvue d'acte créateur, puisque l'œuvre est constituée d'un objet manufacturé. Cependant, l'idée de l'œuvre, le choix des couleurs, l'agencement dans l'espace et le lieu d'exposition participent du processus créatif et dégagent une poésie propre à son auteur, reconnue par le monde de l'art. Le choix révèle alors l'individualité de l'artiste dans l'œuvre, sa personnalité. Celle-ci ne résulte plus d'une implication physique de l'artiste ; elle relève néanmoins toujours d'une mise en forme de l'idée de l'œuvre. Elle signale ainsi une approche de la création moins matérialiste, qui ouvre la voie à la liberté créatrice de l'artiste.

Or, le droit positif admet le choix comme critère d'appréciation d'originalité pour des plans, des bases de données, des photographies, même des photographies d'œuvres d'art, et reste cependant réticent à l'égard des œuvres d'art contemporaines³. Cependant, on peut signaler une décision récente, rendue par le Tribunal de grande instance de Paris le 23 novembre 2005⁴ : les juges ont adopté une approche plus intellectuelle de l'œuvre d'art et tenu compte des spécificités d'une œuvre *in situ* en replaçant l'œuvre dans son contexte environnemental. Sans aller toutefois jusqu'à utiliser explicitement le critère de choix, on constate néanmoins la prise en compte des éléments intangibles de l'œuvre : la mise en perspective d'un texte dans un contexte environnemental décalé et la modification de la perception qui en découle pour le spectateur.

¹ L'art minimal est caractérisé par des objets de forme sculpturale réduits à leur plus simple expression et constitués de matériaux industriels.

² TGI Tarascon, 20 nov. 1998, *Dalloz*, 2000, jurisp. p. 128-129 ; chron. B. Edelman, « *De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelli* », p. 98-102. A. Tricoire, « *L'épreuve de droit, retour sur l'affaire Pinoncelli* », *Vacarme*, printemps 2001, n° 15, p. 20-21.

³ Excepté CA Paris, 3 déc. 2004, affaire Sorbelli sur l'attribution de la qualité d'auteur et la qualification d'œuvre de collaboration : prise en compte des choix de l'artiste dans la composition et la mise en scène du sujet et des choix de la photographe dans le choix du cadrage, des contrastes et la lumière, *Dalloz*, 5 mai 2005, n° 18, note E. Treppoz, « *L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image* », p. 1237-1240.

⁴ TGI Paris, 23 nov. 2005, *Revue Lamy droit de l'immatériel*, févr. 2006, n° 13, p. 23 ; *Dalloz*, 13 avr. 2006, n° 15, note E. Treppoz, « *La nouvelle Eve* » au « *Paradis du droit d'auteur* », p. 1051-1055 ; *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 16, mai, note N. Walravens, « *Paradis, œuvre in situ, admise dans le champ de protection du droit d'auteur* », p. 6-11.

2. Autre question problématique, l'exigence d'empreinte personnelle de l'artiste dans l'œuvre

Le droit d'auteur reste attaché à l'image d'une œuvre dans laquelle la gestuelle de l'artiste est évidente. Ainsi, pour la majorité de la doctrine, la peinture monochrome n'est pas protégée par le droit d'auteur car il y a absence d'empreinte de la personnalité de l'artiste dans l'œuvre.

Cependant, l'apparition de la peinture abstraite et l'abandon de la représentation dans l'art ont permis l'émergence de l'autonomie de la couleur et de sa pure valeur expressive. Une approche trop hâtive conduirait à considérer ce type de peinture comme froide et impersonnelle. Kazimir Malevitch et Yves Klein ont au contraire démontré que, désormais, la couleur se suffit à elle-même pour exprimer l'émotion qui les anime et invitent ainsi le spectateur à une nouvelle perception du sensible. Leurs œuvres ont suscité l'émotion des spectateurs en raison de la grâce poétique dégagée par cette sensibilité d'une autre nature.

En conclusion sur l'œuvre de l'esprit : ce ne sont pas les concepts du droit d'auteur qui sont à revoir, car une analyse approfondie des créations contemporaines démontre qu'une œuvre d'art résulte toujours de la liberté créatrice de l'artiste, de son individualité, de sa singularité. Il s'agit plutôt d'aborder l'œuvre d'art contemporaine de manière moins matérialiste en tenant compte des éléments intangibles, mais néanmoins perceptibles, qui la constituent.

Une autre notion pose également problème, la qualité d'auteur.

II. L'AUTEUR

S'il n'existe pas de définition de l'auteur, la qualité d'auteur est néanmoins attribuée au créateur de l'œuvre¹, qui doit avoir exercé une activité créatrice, imprimant l'œuvre de sa personnalité.

Cela implique la liberté de création², l'arbitraire de son auteur³ et évoque les notions d'individualité, de singularité, de tempérament de l'artiste. Cela implique par ailleurs la conception et la réalisation de l'œuvre⁴. Ce qui renvoie à l'exigence d'exécution personnelle de l'œuvre par l'artiste, exigence spécifique aux œuvres d'art, qui témoigne de cette approche matérialisée de la création.

Bien qu'une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence consacre plutôt une conception intellectuelle⁵ – considérant qu'instructions et contrôle de l'artiste suffisent à l'exigence d'empreinte personnelle et donc à la qualité d'auteur – on constate cependant une réticence toujours persistante à l'égard de la création contemporaine.

En témoigne l'affaire Spoerri de novembre 2005, dans laquelle la Cour de cassation consacre l'exécution personnelle de l'artiste comme qualité substantielle de l'authenticité d'une œuvre et condition déterminante de la qualité d'auteur⁶. En faisant de la réalisation personnelle de l'artiste une condition déterminante de l'authenticité d'une œuvre, la Cour adopte une approche matérialiste de la création. En effet, donner la prééminence à la réalisation matérielle de l'œuvre consiste à privilégier ses constituants matériels, physiques, au détriment de sa substance. Cette décision n'est pas anodine, puisqu'elle conduit à exclure du marché de l'art une grande partie des œuvres du XX^{ème} et du XXI^{ème} siècles.

En conclusion :

Aujourd'hui, la plupart des œuvres d'art contemporaines sont concernées par ces problématiques :

- **Est-on en présence d'une œuvre de forme originale ?**

¹ Art. L 113-2 et s. CPI.

² Il ne peut y avoir activité créatrice, donc œuvre empreinte de la personnalité de son auteur sans liberté de création.

³ L'arbitraire est ce qui dépend de la seule volonté de l'auteur.

⁴ Art. L 111-2 CPI « Œuvre réputée créée ... du seul fait de la réalisation même inachevée de la conception de l'auteur ».

⁵ Décisions Dubuffet, Cass., 1^{re} civ., 8 janv. 1980, *Dalloz*, 1980, note B. Edelman, p. 89 ; Guino, Cass., 1^{re} civ., 13 nov. 1973, *Dalloz*, 1974, note Colombet, p. 533 ; Vasarely, TGI Paris, 21 janv. 1983, seconde espèce, *Dalloz*, 1984, J. somm. comm., p. 286 ; Dunand, Cass., 1^{re} civ., 13 oct 1993, *Dalloz*, 1993, p. 244.

⁶ Cass. 15 nov. 2005, note O. de Baecque, « Spoerri : petit-déjeuner de travers... Des difficultés des juridictions à déterminer l'authenticité de créations contemporaines par la simple application des règles de droit », *Le Journal des Arts*, 6-19 janv. 2006, n° 228, p. 26 ; J-M. Brugière, « La Cour de cassation piégée par les tableaux de Spoerri ? », *Revue Lamy droit de l'immatériel*,

avr. 2006, n° 15, p. 6-9 ; A. Tricoire, « La Cour de cassation au secours des "victimes" de l'art contemporain : le tableau-piège se referme sur Spoerri », *Dalloz*, 20 avr. 2006, n°16, p. 1116-1120 ; N. Walravens, « Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain ! », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, mars 2006, n° 14, p. 6-11.

- Peut-on déceler dans cette œuvre l'activité créatrice de l'auteur, par suite l'empreinte de sa personnalité ?
- L'artiste peut-il prétendre à la qualité d'auteur ?

Nous l'avons vu pour les monochromes d'Yves Klein et Kazimir Malevitch, les ready-mades de Marcel Duchamp ou encore les œuvres de Dan Flavin et de Daniel Spoerri, mais c'est pratiquement tout l'art contemporain qui est visé.

Bien que reconnues par les acteurs du marché de l'art, leur accès à la protection du droit d'auteur et la reconnaissance de la qualité d'auteur sont incertains.

DEUXIEME PARTIE

L'art contemporain face à la contrainte du Droit

LE CORPS HUMAIN, ŒUVRE D'ART ?

Sophie JOLY

Maître de Conférences ERCIM, UMR CNRS 5815, Université Montpellier I - Membre de l'Institut Art et Droit

Si la représentation du corps humain est au centre de l'histoire de l'art, l'utilisation du corps comme matériau de création apparaît, dans nos sociétés occidentales, intrinsèquement liée à l'art contemporain à partir des années 50. Elle puise ses sources dans les manifestations de gutaï au Japon, les anthropométries d'Yves Klein en France, le « happening » aux Etats-Unis¹, les actionnistes viennois². Aujourd'hui, l'utilisation du corps humain dans la création renvoie essentiellement à ce que l'on appelle communément les performances³.

L'art corporel ou Body art en constitue une des tendances. Il se développe au début des années 70 avec Michel Journiac⁴ et Gina Pane. La performance consistera parfois à exposer le corps, comme Timm Ulrichs qui s'exposera comme « *première œuvre d'art vivante* ». Elle prolonge alors la pratique de l'autoportrait. Elle peut cependant aller plus loin et porter atteinte à l'intégrité du corps humain, avec la performance « *Shoot* » de Chris Burden qui se déroule le 19 novembre 1971⁵ aux Etats-Unis.

¹ Bien qu'Allan Kaprow semble refuser toute filiation. Dans un entretien à Milan le 29 juillet 1991, il dit : « *Je n'ai jamais voulu réaliser un happening dans un musée. Et même si on me demande pour quelque raison de le faire, je dirais non. Ce n'est pas possible. Cela serait une performance. C'est exactement la différence entre une performance et un happening. La performance est en réalité un événement artistique et il se produit devant un public. Cela pourrait être un public pour du Shakespeare, il n'y a aucune différence. Structurellement et philosophiquement, c'est la même chose. Les happenings avaient un temps discontinu, deux, trois mois, six ans, une seconde. Pas de public. Seulement des intervenants (only participation). Et c'est important, pas de références à la culture artistique. Pas de références à la musique, au théâtre, à la littérature. Quand j'ai commencé, c'était difficile de comprendre réellement les implications philosophiques. Mais, au bout de trois et quatre ans, c'était clair. D'un point de vue intellectuel et culturel, mon travail m'a amené de l'art à la vie en général* », in J. Donguy, *Action Docks*, 2003.

² Otto Muehl, un des fondateurs de l'actionnisme, a été également le gourou d'Aktion Analytische Organisation (AAO), doctrine inspirée de Wilhelm Reich, psychanalyste qui prôna la lutte révolutionnaire pour la libération totale, sexuelle et socioéconomique. Des centaines de personnes ont vécu dans la communauté (fermée) AAO et dans ses « filiales ». Le but final était de former des « individus sains et libérés », futurs cadres d'un futur état mondial nouveau. L'artiste a été accusé, à diverses reprises, de viols et d'actes de pédophilie par des anciennes adeptes du mouvement. En 1992, le gourou a été condamné à sept ans de prison pour « actes sexuels avec des adolescentes ».

³ J. Donguy, « *La performance comme catégorie artistique* », *op. cit.*

⁴ Selon Journiac, le corps de l'autre ne se rencontre qu'à travers des rituels qu'il utilise pour interroger, dénoncer, www.journiac.com. Il utilise aussi bien la médiation de son corps et de son sang. En 1969, il réalise *Messe pour un corps*, action au cours de laquelle il fait communier le public avec son sang préparé sous forme de boudin.

⁵ La plus célèbre des performances de Chris Burden sans doute, *Shoot* datant de 1971 le voit, jeune, probablement encore étudiant dans une école d'art américaine, se tenant droit devant un mur blanc. A une quinzaine de mètres devant lui, un

Ainsi, quelle que soit la conception que l'on puisse se faire de l'art – il a souvent été crié à l'imposture¹ – l'histoire de l'art montre que certains mouvements d'art contemporain utilisent le corps humain : Otto Mühl défèque, urine, copule sur scène ; Gina Pane remplace le pinceau par la lame de rasoir et se lacère, en public, le visage ; Michel Journiac offre du boudin à partir de son propre sang aux spectateurs ; Stelarc se suspend le corps par des crochets plantés à même la chair.

De la performance à la réification de la personne, le Droit peut être sollicité. Je ne dis pas qu'il doit l'être. Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'en Droit français, il n'y a pas, à ma connaissance, de contentieux engagé sur le fondement du statut protecteur du corps humain. Les artistes précités font l'objet d'une reconnaissance institutionnelle² : sur le plan sociologique, cela montre la tolérance de notre société. Si certains sociologues ont pu parler d'une « *impunité de l'art* »³, il paraît préférable de souligner que, de fait, ce n'est pas sanctionné mais que notre système juridique comprend dans son arsenal des interdits qui pourraient être opposés à ces mouvements artistiques. L'opportunité d'un tel recours dépasse la seule sphère juridique. Je ne suis pas philosophe. J'essaie simplement d'être juriste et de répondre en tant que tel à la question de la confrontation de la pratique et des textes. Pour illustrer le propos, je partirai de certains exemples concrets qui illustrent tout particulièrement le décalage entre le Droit et l'art et qui montrent que l'interdit pourrait exister.

« Le déterminisme » du juriste universitaire français me conduirait à appréhender la question de manière bipartite en suivant le processus créatif. Le Droit peut en effet intervenir tant au stade de l'acte créatif (I) que de la commercialisation de l'œuvre (II). Cette dichotomie ne permet toutefois pas d'appréhender l'ensemble de la question : il existe un principe dit du respect de la dignité humaine, susceptible d'intervenir dans quasiment toutes les situations (III).

I. L'UTILISATION DU CORPS HUMAIN COMME MATERIAU DE CREATION

Là encore, il convient d'identifier divers situations et processus créatifs qui ne mobilisent pas nécessairement le jeu des mêmes textes. Les réponses juridiques diffèrent notamment selon que l'artiste utilise son propre corps (A) ou celui d'autrui (B).

A. L'UTILISATION DE SON PROPRE CORPS

homme, dont la description de la performance précise qu'il s'agit d'un ami, tire à l'aide d'une carabine 22 Long rifle dans le bras de Chris Burden, à balle réelle. D'autres photographies de cette même performance montrent, entre autres choses, le bras gauche de Chris Burden blessé, du sang en coule de deux trous de part et d'autre du bras. La photographie atteste, en quelque sorte, que le coup de carabine a bien été tiré et que l'auteur de cette performance, a bien été touché par le tir de son ami qui lui avait précisément demandé de tirer dans le bras. Dans d'autres pièces, Chris Burden met pareillement sa vie en danger, des dangers toujours calculés mais qui ne sont pas entièrement abrités des accidents et des impondérables, comme de se piquer simultanément la poitrine avec deux électrodes à très forte tension, ce qui a pour effet de brûler assez sévèrement Chris Burden, tout en le sauvant d'une électrocution certaine selon l'expression reprise dans la description de la pièce. Une autre performance consistera, pendant toute la durée d'une exposition dans un musée d'art contemporain, à s'allonger au milieu d'une pièce et de rester parfaitement immobile. Cette performance prendra fin lorsqu'un visiteur, plus hardi que les autres, après deux semaines d'exposition, s'enquerra auprès de Chris Burden, allongé à terre et silencieux, de savoir si tout va bien et si le visiteur peut faire quelque chose pour lui, Chris Burden de se relever et d'exulter qu'enfin, après deux semaines d'exposition, quelqu'un lui a adressé la parole pour s'assurer qu'il ne courrait aucune danger. Dans les années 60 et 70, les films de performance sont plutôt rares. Ce sera donc essentiellement la photographie qui sera choisie pour maintenir un semblant de muséologie de la performance. Les deux trous pissant le sang dans le bras de Chris Burden pourraient tout aussi bien, sur cette photographie de faible facture, avoir été manipulés et donc feints. En fait, toutes les autres photographies des performances de Chris Burden pourraient être de véritables supercheries – tout comme il est impossible de statuer de façon très tranchée sur la vraisemblance ou non du saut dans le vide d'Yves Klein. Il semble donc que ces performances aient véritablement eu lieu. Puisque, par exemple, au moins l'une d'entre elles a donné lieu à un procès qui doit être dûment consigné quelque part dans les écrits d'une Cour de justice californienne, Chris Burden ayant été, en effet, arrêté sur la voie publique, c'est-à-dire véritablement allongé à même la chaussée enveloppé dans une couverture de survie, signalé aux automobilistes de cette rue par quelque marquage au sol. La police a été alertée très rapidement. Chris Burden a été arrêté puis relaxé parce que le jury n'était pas en mesure de se prononcer sur la faute qu'il avait commise, si toutefois il s'était véritablement mis en danger. In Ph. De Jonckheere, « *Chris Burden, un artiste qui prend des risques* », www.remue.net.

¹ M. Onfray, *Archéologie du présent. Manifeste pour une esthétique cynique*, Paris, Editions Adam Biro/Grasset, 2003, pamphlet non pas contre l'art contemporain mais contre certaines de ses tendances jugées mortifères.

² Voir par exemple l'exposition, *Hors Limites, L'art et la vie 1952-1994* qui s'est déroulée au Centre Georges Pompidou du 9 novembre 1994 au 23 janvier 1995. Exposition *Gina Pane, Terre-Artiste-Ciel*, du 16 février au 16 mai 2005 au Centre Pompidou.

³ Ces auteurs parlent d'une « autonomie pénale » de l'œuvre d'art. J. Soullou, *L'impunité de l'art*, Paris, Seuil, 1995, pp. 18 et 19 ; N. Heinich, *Le triple jeu de l'art contemporain*, Paris, Les Editions de minuit, 1998, p. 166.

L'art contemporain fournit quelques illustrations. Orlan se conçoit en œuvre d'art et a eu recours à la chirurgie non pas à des fins esthétiques mais artistiques¹. Sterlac envisagerait de se faire greffer une oreille sur la cuisse².

Ces processus artistiques se heurtent à des textes dits d'ordre public prévus aux articles 16 et suivants du Code civil. Notamment, selon l'article 16-3 alinéa 1, « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». Selon l'article 16-2, « *le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci* ». Enfin, l'article 16-9 affirme avec force que « *les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public* ».

Diverses dispositions pénales protègent également le corps humain. Les articles 511-2 et suivants du Code pénal incriminent cependant le prélèvement d'organes, de cellules ou de produits contre un paiement quelle qu'en soit la forme³ ou le prélèvement sans le consentement de la personne⁴. Ces textes ont été conçus pour lutter contre le marché du corps humain. Il paraît délicat, en raison du principe de l'interprétation stricte du texte pénal, de les transposer à la création artistique⁵.

B. L'UTILISATION DU CORPS D'AUTRUI

Là encore, l'art contemporain fournit nombre d'exemples. Les textes distinguent selon que le corps est celui de la personne à naître (1), celui de la personne vivante (2) ou celui de la personne décédée (3).

1. Avant la naissance

Zhu Yu se photographie consommant un fœtus mort-né⁶.

En Droit français, selon une jurisprudence constante en droit pénal⁷, l'enfant qui n'est pas né vivant et viable n'est pas une personne humaine. Aucun texte pénal protecteur de la personne n'interdit donc un tel acte. Les textes protecteurs de l'embryon⁸ condamnent le fait d'obtenir un embryon contre paiement, la conception *in vitro* à des fins de clonage. Ils n'ont pas vocation à saisir la présente hypothèse de réflexion. De surcroît, la loi pénale française s'applique sur le territoire français et partant à une performance réalisée en France⁹.

2. Du vivant de la personne

Santiago Sierra proposerait des performances où il mutilerait le corps d'individus rémunérés à cet effet¹⁰.

Diverses infractions pénales sanctionnent les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne¹¹.

Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme rendue en matière de pratiques sadomasochistes peut apporter un éclairage différent des textes français.

Les faits étaient purement sexuels et n'avaient pas de vocation ni de prétention artistique. Ils se déroulaient en Belgique. Un couple entretenait avec d'autres partenaires des pratiques sadomasochistes dont certaines avaient été enregistrées sur des cassettes vidéo : « *On y voyait les prévenus utiliser des aiguilles et de la cire brûlante, frapper violemment la victime, la hisser, lui infliger des chocs électriques, des brûlures et des entailles...* »¹². Le 30 septembre 1997, la Cour d'appel d'Anvers reconnaissait les auteurs de ces actes coupables de coups et blessures volontaires et le mari, ayant fait participer son épouse, coupable d'incitation à la débauche. Leur pourvoi ayant été rejeté par la Cour de cassation belge, ils saisirent la Cour européenne des droits de l'Homme.

¹ www.orlan.net.

² In Entretien de Y. Michaud par E. Leroux, *Le Monde* des 21 et 22 mai 2006.

³ Art. 511-2 et 511-3 du Code pénal.

⁴ Art. 511-3 et 511-5.

⁵ Au-delà de l'opportunité d'un tel recours (la question dépasse largement un débat strictement juridique et une démarche de droit positif), en terme de technique juridique, il reste l'épineuse question de l'« *intérêt à agir* » aux fins de déterminer à qui ouvrir l'action sur le fondement de ces textes. Cf infra II, A.

⁶ www.chinasucks.org/art.htm : quelques performances de Peng Yu et Zhu Yu. Ames sensibles s'abstenir.

⁷ Crim, 30 juin 1999, *Bull. crim.* n° 174. Crim. 2 déc. 2003, *Droit pénal* 2004, obs. Veron.

⁸ Art. 511-15 et s. du Code pénal.

⁹ Article 113-2 du Code pénal.

¹⁰ N'étant pas une « adepte » de cette forme d'expression artistique, je connais mal son travail et je n'ai pas réussi à vérifier ma

source d'information.

¹¹ Tortures et actes de barbaries : art. 222-1 à 222-6-1 du Code pénal.

¹² CEDH, 17 fév. 2005, Aff. K.A et A.D c. Belgique, 17 fév. 2005, Req. n° 42758/98 et 45558/99.

Si la Cour européenne dit, dans son dispositif, qu'il n'y a pas de violation des articles 6, 7 et 8 de la Convention européenne, elle développe, dans les motifs, la notion « d'autonomie personnelle » que l'on est tenté de transposer à l'action de créer. Elle affirme notamment que : « *Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* »¹.

Si l'on retient seulement la fin de la phrase, le droit de disposer de son corps découle de la notion d'autonomie personnelle. Le droit rejoint là le propos des artistes qui entendent disposer librement de leur corps.

Il convient cependant de ne pas oublier le point de départ du raisonnement : le débat se place sur le terrain de la violation de l'article 8 CEDH, c'est-à-dire sur le droit au respect de la vie privée. Cela impliquerait donc de rattacher l'acte de créer au droit au respect de la vie privée. La liberté de créer découlerait dès lors de ce droit.

Dans le sens que donne à celle-ci la Cour européenne, le raisonnement paraît possible. En effet, la notion de vie privée est extrêmement large en droit européen puisque : « **L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel** (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], arrêt du 11 juillet 2002, Recueil 2002-VI, § 90*) **ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8** (*Pretty c. Royaume-Uni, arrêt du 29 avril 2002, Recueil 2002-III, § 61*). **Ce droit implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur** (voir, par exemple, *Burghartz c. Suisse, série A n° 280-B, rapport de la Commission, § 47, et Friedl c. Autriche, série A n° 305-B, rapport de la Commission, § 45*), et ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère privée et est à ce titre protégé par cette disposition (*Smith et Grady c. Royaume-Uni, arrêt du 27 septembre 1999, Recueil 1999-VI, § 89*). **Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps** » (*Pretty, précité, § 66*) »².

En Droit français, la personne ne dispose cependant pas librement de son corps. Elle n'en est pas propriétaire au sens juridique du terme. Toute l'ambiguïté de notre système juridique réside là : le corps humain est entre chose et personne³. Quand bien même les textes qualifient, depuis la loi du 29 juillet 1994, le corps humain de chose hors du commerce, la doctrine discute aujourd'hui encore entre les qualifications de personne et chose⁴ ne serait-ce que parce qu'elle considère que le corps de la personne vivante est la personne⁵. Quand elle qualifie le corps de chose, c'est pour rappeler que le sujet de droit ne peut en disposer librement. La qualification juridique de la dépouille mortelle le montre.

3. Après la mort de la personne

Günther Von Hagens et sa femme ont mis au point une technique de conservation du corps humain, dite « plastination ». Leur démarche leur fait écorcher, couper en rondelles et finalement mettre en scène des corps (femme allongée et enceinte d'un bébé de huit mois ; malformations diverses). Le corps humain devient ainsi une œuvre d'art⁶. L'exposition n'a jamais eu lieu en France⁷. Cela n'empêche pas de s'interroger sur la réaction du Droit français face à une telle pratique.

En droit public, le Code général des collectivités territoriales régit la police des funérailles et des lieux de sépulture. L'article L. 2213-7 dispose ainsi que « *Le maire ou, à défaut, le représentant de l'Etat dans le département, pourvoit d'urgence à ce que toute personne décédée soit ensevelie et inhumée décentement sans*

¹ § 83.

² *Ibid.*

³ Voir notamment J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993 ; Patricia Partyka, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, thèse, Montpellier I, 2004, spéc. n° 520 à 538 ;

n° 552 à 575.

⁴ Voir B. Beignier, « L'ordre public et les personnes », *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 14 : « Le corps humain n'est pas une chose hors commerce tout simplement parce qu'il n'est pas une chose : c'est la personne même ».

⁵ J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps humain, op.cit.*, pp. 30 et s.

⁶ Il est vrai que M. Von Hagens entretient l'ambiguïté entre art et science. V. notamment « *Preservation and Anatomy in Donating Your Body for plastination*, www.koerperwelten.com ; www.bodyworlds.com ; www.koerperspender.de.

⁷ Selon M. Lemoine, des personnes intéressées par la diffusion de l'exposition en France cherchaient à assurer les œuvres de manière à leur conférer une « légalité » sinon juridique du moins sociologique. Avec tous mes remerciements pour cette information fournie lors des débats.

distinction de culte ni de croyance ». L'article L. 2213-8 poursuit : « *Le maire assure la police des funérailles et des cimetières* » La dépouille mortelle est donc fermement rattachée à l'ordre public. La question de la conservation du corps humain y est rattachée. Un contentieux récent s'est développé sur la cryogénéisation : en effet, ces dernières années, le juge administratif a dû se prononcer sur des contestations des refus d'autoriser la congélation des corps des défunts dans des caissons réfrigérés. Jusqu'à maintenant, ces demandes se sont heurtées à un principe d'interprétation strict de la législation funéraire¹. La cryogénéisation n'est pas un mode légal de sépulture.

Il est intéressant de mettre en parallèle la solution rendue avec le travail de Von Hagens. En effet, il semble que le droit public voue le corps du défunt à la disparition² et que l'inhumation et la crémation soient les seuls modes légaux de disparition. Dans ce cadre, la conservation du corps humain est encadrée. L'article R. 2213-2 alinéa 1 dispose notamment qu'« *il ne peut être procédé à une opération tendant à la conservation du corps d'une personne décédée sans une autorisation délivrée par le maire de la commune du lieu de décès ou de la commune où sont pratiquées les opérations de conservation* »³. Dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat estime que le droit au respect de la vie privée et la liberté de penser ne sauraient être invoqués pour mettre en échec cette législation : « *En vertu des articles 8⁴ et 9⁵ de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le choix du mode de sépulture, qui est intimement lié à la vie privée et par lequel une personne peut entendre manifester ses convictions, peut faire l'objet de restrictions notamment dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publics ; les restrictions que prévoient les dispositions précitées du Code général des collectivités territoriales, en n'autorisant, après le décès d'une personne, que l'inhumation ou la crémation de son corps, lesquelles visent à organiser les modes de sépulture selon les usages et à protéger la santé publique, ne sont pas disproportionnées par rapport à ces objectifs et ne méconnaissent pas, par suite, les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. [...]. Les dispositions de l'article R. 2213-2 du Code général des collectivités territoriales n'autorisent pas la conservation du corps décédé par un procédé de congélation mais fixent les conditions dans lesquelles des soins tendant à la conservation d'un corps peuvent être dispensés avant l'opération de mise en bière* »⁶.

Au final, la plastination ne rentre pas dans le cadre légal français⁷...

Les articles 225-17 et suivants du Code pénal sanctionnent également les atteintes au respect dû aux morts⁸. L'article 227-17 al. 1 dispose notamment : « *Toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende* ».

En droit civil, aujourd'hui, c'est moins la nature de chose que l'étendue du droit sur cette chose qui suscite la discussion. Il est communément qualifié de chose sacrée, il reste cependant à faire entrer cette notion dans une catégorie juridique⁹. Le droit des biens offre toute une série de qualifications : chose commune au sens de l'art. 714 du Code civil, chose hors du commerce au sens de l'article 1128 du Code civil.

Force est cependant de constater que la dépouille mortelle¹⁰ fait depuis toujours l'objet de commerce : reliques, momies... Aujourd'hui d'ailleurs ce commerce relève du marché de l'art. Pourquoi dès lors ne pas admettre pour

¹ CE 29 juillet 2002, Leroy, D. 2002, IR, p. 2523.

² En ce sens, J. Michel, « *Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort, (le juge administratif face à la cryogénéisation)* », D. 2005, pp. 1742 et s.

³ Cet article dispose également : « *Pour obtenir cette autorisation, il y a lieu de produire :*

- 1. l'expression écrite des dernières volontés de la personne décédée ou une demande de toute personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles et justifie de son état civil et de son domicile ;*
- 2. une déclaration indiquant le mode opératoire, le produit que l'on se propose d'employer, le lieu et l'heure de l'opération ainsi que le nom et l'adresse de la personne ou de l'entreprise qui procédera à celle-ci ;*
- 3. le certificat du médecin chargé par l'officier d'état civil de s'assurer du décès et attestant que celui-ci ne pose pas de problème médico-légal ».*

⁴ Relatif à la vie privée.

⁵ Relatif à la liberté de penser.

⁶ CE, 6 janvier 2006, M. Martinot, n° 260307, *Recueil Lebon*.

⁷ Il serait intéressant de connaître la position de la Cour européenne sur ce point. A notre connaissance, la question ne lui a pas été posée. Interrogations de la base de données HUDOC, www.coe.int avec les termes cryogénéisation, sépulture, vie privée.

⁸ Livre 2 : Des crimes et délits contre les personnes, chap. V. Des atteintes à la dignité de la personne, Section 4 : Des atteintes au respect dû aux morts.

⁹ V. notamment X. Labbé ss TGI Lille, 10 nov. 2004, D. 2005, pp. 930 et s.

¹⁰ Lors des débats, M. Fingerhut mentionne l'histoire de la dépouille de Saartjie Baartman dont la restitution a donné lieu à une loi spéciale, loi n° 2002-323 du 6 mars 2002, JO, 7 mars 2002. Les travaux législatifs révèlent, en effet, l'ambiguïté,

les œuvres contemporaines une utilisation de la dépouille mortelle ? La commercialisation de l'œuvre se heurte pourtant à différents textes.

II. LA COMMERCIALISATION DE L'ŒUVRE

La notion de commerce¹ paraît indissociable du droit de propriété. En droit positif, il existe deux catégories de droits de propriété : corporel (A) et incorporel (B).

A. UN DROIT DE PROPRIÉTÉ CORPOREL EN PRINCIPE EXCLU

Outre le travail d'Orlan qui a pu vendre des éléments de son propre corps, l'hypothèse extrême de la vente d'autrui à des fins artistiques évoque le roman d'Eric-Emmanuel Schmitt *Lorsque j'étais une œuvre d'art*²... Si le principe d'inappropriation du corps humain, de ses éléments et produits est fermement consacré par la loi (1), sa mise en œuvre peut paraître illusoire (2).

1. Les textes

Le Code pénal, depuis la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, incrimine aux articles L. 225-4-1 et suivant la traite des êtres humains³. Diverses dispositions protègent également le corps humain aux articles 511-2 et suivant du Code pénal.

Selon l'article 16-1 dernier alinéa, « *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ». Cela a pour conséquence que les ventes d'œuvres réalisées à partir du corps humain sont nulles en raison de l'illicéité de l'objet⁴. En principe, l'illicéité de l'objet est sanctionnée par une nullité dite absolue. Sanctionnant la violation de règles qui visent à protéger l'intérêt général, la nullité absolue peut être demandée par tout intéressé. Encore faut-il savoir ce que l'on entend par personne intéressée : cela ne signifie pas pour autant que tout un chacun puisse agir.

2. Une mise en œuvre délicate

Seules les personnes ayant un intérêt à agir⁵ le peuvent. Sont admis à ce titre, les parties au contrat, leurs ayants-cause universels, leurs ayants-cause particuliers, le ministère public⁶. Là encore, l'interdit posé par les textes est clair mais sa mise en œuvre paraît illusoire. En effet, on conçoit mal en pratique le vendeur ou l'acheteur invoquer un tel fondement... cela d'autant que la maxime « *Nemo auditur* » pourrait bloquer le jeu des restitutions⁷... Quant au ministère public, son action reste théorique : à qui sert l'anéantissement du contrat si les parties sont d'accord pour l'exécuter ?

B. UN DROIT DE PROPRIÉTÉ INCORPOREL QUI N'EST PAS TOUJOURS ENVISAGÉ

sinon de l'Etat français du moins de la loi française, notamment lorsque les règles de la domanialité se mêlent à celles du statut du corps humain...

¹ Le commerce de l'art fait l'objet de règles fiscales spéciales. Lors des débats, M. Fingerhut souligne qu'il est jugé qu'un tatoueur ne peut bénéficier des dispositions spécifiques en matière de TVA et de taxe professionnelle. CAA Paris, 8 oct. 1998, req. n° 97-85 et req. n° 97-86, *Revue de Droit fiscal*, 1999, n° 13, p. 541. Avec tous mes remerciements pour les références.

² E.-E. Schmitt, *Lorsque j'étais une œuvre d'art*, Livre de Poche, spéc. p. 237 et s.

³ Défini comme « *le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit* ». Relevons qu'en l'état antérieur du Droit pénal français, la France a été condamnée par la CEDH en raison d'une violation de l'art 4 CEDH : « *La Cour relève que l'esclavage et la servitude ne sont pas en tant que tels réprimés par le droit pénal français* », in CEDH, Aff. Siliadin c. France, Req. n° 73316/01, 26 juillet 2005, § 141.

⁴ R. Cabrillac, « Le corps humain », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, « *Libertés et droits fondamentaux* », Paris, Dalloz, 11 éd., n° 266 et s.

⁵ Art 31 NCPC : « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ».

⁶ Selon l'article 423 du NCPC, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci.

⁷ L'article 1162-3 de l'avant-projet de réforme de droit des obligations élargit la portée du refus de restitution à toute contravention consciente à l'ordre public et aux bonnes mœurs là où, traditionnellement, seuls comportements immoraux se voyaient sanctionnés par la jurisprudence : « *Celui qui a sciemment contrevenu à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou, plus généralement, à une règle impérative, peut se voir refuser toute restitution* ».

La question de l'appropriation du corps humain, de ses éléments et produits, s'est posée en matière de brevet. Elle suscite toujours la polémique. Elle se place sur le terrain de la conformité à l'ordre public aux mœurs et au respect de la dignité humaine. En revanche, le droit d'auteur ignore ce débat.

1. Le silence des textes en droit d'auteur

En effet, la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs constitue une condition de reconnaissance d'un titre de propriété intellectuelle en propriété industrielle mais non en propriété littéraire et artistique, régime qui accueille les œuvres d'art. Les dispositions de l'article L. 112-1 du Code de la propriété s'interprètent généralement en ce sens¹. Il protège « *les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ».

2. Le débat sur la « brevetabilité du vivant »

En revanche, « *ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* »².

Depuis la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, l'article L. 611-18 dispose : « *Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.*

Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet. Ne sont notamment pas brevetables :

- a) *les procédés de clonage des êtres humains ;*
- b) *les procédés de modification de l'identité génétique de l'être humain ;*
- c) *les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ;*
- d) *les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles ».*

Cette transposition de la directive CE 98-44 du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques est controversée. La distinction fond, forme, support, traditionnelle mais non moins discutée, en propriété intellectuelle³ est invoquée. Le brevet porte sur l'invention et non sur le corps⁴. Le texte est marqué par la crainte d'une commercialisation grandissante du corps humain auquel traditionnellement le Droit français tente de s'opposer.

Le contexte international montre que les conceptions diffèrent d'un pays à l'autre mais il n'empêche pas l'émergence de principes communs.

III. LE RESPECT DE LA DIGNITE HUMAINE, UN PRINCIPE « TRANSFRONTIERE »

Les cultures diffèrent et partant les systèmes juridiques également. Ainsi ce qui pourrait paraître porter atteinte à la dignité humaine selon une conception française ne le sera pas dans un autre pays.

Si l'on reprend l'exemple de Zu Yu dont la performance consiste à ingérer un fœtus, cet acte n'a pas la même signification d'une société à l'autre⁵. Cela ne signifie pas pour autant que la Chine soit plus tolérante que la France. Bien que l'expression artistique tende à se démocratiser en Chine, le pouvoir veille encore et entend imposer à la société des règles définissant ce que doivent être les bonnes mœurs : la censure existe bel et bien en matière de créations contemporaines. Les limites à ne pas franchir ne se situent pas toujours en Occident où nous les aurions mises : alors que certains artistes peuvent manger des fœtus, sculpter des cadavres, gare à ceux qui exhibent leur propre corps, qui se montrent nus où qui touchent aux symboles de la République

¹ M. Vivant, « Propriété intellectuelle et ordre public », *Mélanges Foyer*, Litec, 1997, pp. 307 et s. ; J.-M. Bruguière, « Propriété intellectuelle et ordre public » in M. Vivant (dir.) *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, op. cit., n°7 ; S. Joly, « Ordre public et droit d'auteur » in *Propriété Intellectuelle et droit commun*, à paraître.

² Art. L. 611-17 CPI.

³ Intervention de N. Walravens, « *La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit* ».

⁴ T. Lambert, « *Le brevet et la personne, brefs propos sur un double rendez-vous manqué* », D. 2005, pp. 2005 et s.

⁵ V. J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée*, op. cit., pp. 34 et 35 qui ose un parallèle saisissant entre les reliques et le cannibalisme. Morceaux choisis : « *Le fait de vénérer le cadavre au nom de la religion ou de la dignité humaine ne lui confère pas une nature différente de celle qui lui attribue le fait de le manger [...]. L'utilisation alimentaire du cadavre n'exclut pas sa vénération. En effet, c'est bien le cannibalisme qui est à l'origine de cette idée qu'on peut être soigné par le cadavre de l'autre. [...] Pour passer du cannibalisme rituel aux actuels transferts d'organes prélevés sur des cadavres, il faut une doctrine à mi-chemin entre l'univers magico-religieux et la physiologie moderne. Cette doctrine, nous la trouvons dans le christianisme, lorsqu'il entreprend de substituer sa théorie de la guérison à celle qui dominait le paganisme antique* ».

Populaire de Chine ! Ainsi, beaucoup de jeunes artistes qui transgressent ces tabous sont contraints à l'anonymat total, à l'exil ou en viennent à s'exposer uniquement en Occident.

Il peut paraître contradictoire que ce qui est toléré en Chine pourrait être interdit en France au nom du principe du respect de la dignité humaine et que ce qui est interdit en Chine ne l'est pas en France. Le pluralisme culturel explique cependant qu'un Etat ne puisse imposer au reste du monde sa conception nationale. Il y va de la démocratie et la démocratie est précisément née avec les droits de l'Homme. Or, les droits de l'Homme consacrent en droit international et en droit communautaire le principe du respect de la dignité humaine (B).

A. UN PRINCIPE TRANSVERSAL EN DROIT FRANÇAIS

Idée ancienne, la dignité n'a été consacrée que récemment en droit positif français. Il s'applique en droit public (1) comme en droit privé (2).

1. Une composante de l'ordre public en droit administratif

Avec l'arrêt du Conseil d'Etat rendu le 27 octobre 1995¹, l'ordre public, fondement des pouvoirs de police des différentes autorités administratives, s'ouvre à la protection de la dignité humaine. Le lancer de nain est interdit nonobstant le consentement de celui-ci. Est d'abord énoncé le principe selon lequel « *le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public* » suivi de l'affirmation selon laquelle l'autorité de police locale peut « *même en l'absence de circonstances locales particulières* » interdire une « attraction » qui porte atteinte à cette dignité.

La solution est aisément transposable aux performances artistiques utilisant le corps humain.

Le droit constitutionnel² consacre également le principe de la dignité humaine. Il est également reçu en droit privé. Il est parfois rapproché de la notion d'ordre public et/ou de bonnes mœurs³.

2. Un principe consacré en droit privé

En droit pénal, les atteintes au respect dû aux morts figurent dans le chapitre V du livre 2 du Code pénal relatif aux atteintes à la dignité de la personne. Les dispositions relatives à la traite des êtres humains s'insèrent également dans ce chapitre. Au titre de la mise en péril des mineurs, l'article 227-24 condamne « *le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* ».

En droit civil, la dignité a été sinon consacrée du moins formalisée à l'article 16 du Code civil selon lequel la loi

du 29 juillet 1994⁴ garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. La création publicitaire s'est, la première, heurtée à ce principe lors de la campagne de la Société Benetton de l'automne 1993, montrant un torse humain, un bas-ventre et un fessier nus portant HIV POSITIVE⁵. Depuis, il a reçu des applications dans des domaines divers et connaît un tel succès que la doctrine s'interroge et se répond par tribune publiée au Dalloz sur « *le sens de l'inflation de la dignité et sur ses éventuels risques* »⁶. L'usage ainsi fait de la dignité conduirait ou viserait « *à affaiblir la portée et l'efficacité de ce principe* » qui représente le dernier obstacle à certaines évolutions sociales, scientifiques et, donc, juridiques, qui ont pour effet l'instrumentalisation de l'être humain »⁷. En l'état actuel du droit positif, il est susceptible d'être invoqué à tous les stades du processus créatif, de l'acte de créer à la diffusion.

¹ D. 1996, p. 177 note critique G. Lebreton ; JCP. II. 22630, note F. Hamon.

² Déc. n° 94-343 et 344 DC du 27 juillet 1994.

³ S. Joly, *Création artistique et ordre public*, thèse, Montpellier, 1999, n° 451 et s. ; B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, thèse, Paris, PUF, 2005, pp. 125 et s.

⁴ N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil » in M.-L. Pavia et T. Revet, « *La dignité de la personne humaine* », Paris, Economica, 1999, pp. 107 et s.

⁵ Devant la Cour d'appel de Paris, les malades n'alléguant plus une atteinte à la vie privée comme en première instance, soutiennent que les affiches les excluaient des communautés des humains. Les magistrats ont considéré qu'« *en imposant au regard en des lieux de passage public forcé ou dans certains organes de presse, l'image fractionnée et tatouée du corps humain, les sociétés appelantes ont utilisé une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière implacable en leur chair et en leur être, de nature à provoquer à leur détriment un phénomène de rejet ou de l'accentuer ; elles ont de la sorte abusé de leur liberté d'expression* ». CA Paris, 28 mai 1996, D. 1996, p. 617, note B. Edelman.

⁶ J.-M. Bruguière, « *La dignité schizophrène* », Tribune, Dalloz, 2005, p. 1169.

⁷ B. Mathieu, « *De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique* », Tribune, Dalloz, 2005, p. 1649.

Ce principe paraît d'autant plus fort qu'il est également reçu hors du territoire français.

B. UN PRINCIPE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE DROIT COMMUNAUTAIRE

Après la seconde guerre mondiale, le droit international élabore une nouvelle catégorie juridique, la dignité¹ (1). Plus récemment, le principe est consacré en droit communautaire (2).

1. En droit international

L'alinéa 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, adoptée et proclamée le 10 décembre 1948 par l'assemblée générale des Nations-Unies : « *La dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la paix dans le monde* ». Sur le plan européen, la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, ne fait pas explicitement mention de la dignité humaine. Plusieurs textes procèdent cependant de cette volonté de préserver la dignité humaine. Le préambule de la Convention renvoie à la Déclaration universelle des droits de l'Homme. L'article 3 énonce : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains dégradants* ». Les articles 2 et 3 participent également de cet esprit dans la mesure où ils entendent consacrer le droit à la vie et l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé.

D'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, « *la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la convention* »². La Cour européenne fait preuve d'une grande souplesse pour préserver le pluralisme culturel et, partant, les différentes conceptions nationales de la dignité. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas considéré contraire à l'article 2 la jurisprudence française selon laquelle la suppression involontaire à un fœtus n'est pas un homicide involontaire³.

2. En droit communautaire

Le droit communautaire protège également les conceptions nationales de la dignité et les conséquences légales que peuvent en tirer les états membres sur le terrain de l'ordre public, limite à la libre circulation des marchandises et des services.

La Cour de justice des communautés européennes saisie d'une question préjudicielle à ce titre⁴, considère que « *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une activité économique consistant en l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes d'homicides fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait que cette activité porte atteinte à la dignité humaine* »⁵.

Par ailleurs, la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, dans son article 1 dit : « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ». L'article 3 consacre le droit à l'intégrité de la personne, notamment « *l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit* ». Selon l'article 4 alinéa 2, « *Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

Le traité instituant une constitution pour l'Europe intègre cette charte dans sa partie II. Le titre I s'intitule « Dignité » et fait l'objet de diverses dispositions aux articles II-61 à II-65. L'on se souvient toutefois que les citoyens français ont voté, par référendum, « non » à la question de savoir si la France ratifiait ce traité...

La dignité n'en trouve pas moins une assise autre dans l'ordre juridique communautaire, ordre juridique propre intégré aux droits des états membres. Elle n'est pas explicitement mentionnée dans le droit originaire autre que

¹ M.-L. Pavia, « La dignité de la personne humaine », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 11 éd., n° 239 et s.

² CEDH, 29 avril 2002, aff. Pretty c. Royaume Uni, Req. n° 2346/02.

³ CEDH, 8 juillet 2004, affaire VO c. France, Requête n° 53924/00. La question principale de la requérante était celle de savoir si l'absence de recours de nature pénale en Droit français pour réprimer la suppression involontaire d'un fœtus constitue un manquement par l'Etat à son obligation de « *protéger par la loi* » le droit de toute personne à la vie, garanti par l'article 2 de la Convention (§ 74). La Cour considère qu'il n'est pas opportun de s'immiscer dans le débat lié à la détermination de ce qu'est une personne et quand commence la vie : « *Le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats* » (§ 82).

⁴ Est-il compatible avec les dispositions du traité instituant la Communauté européenne relative à la libre prestation de services et à la libre circulation des marchandises que le droit national impose l'interdiction d'une activité économique déterminée – en l'occurrence l'exploitation d'un laserdrome où sont simulés des actes d'homicides – parce qu'elle est contraire aux valeurs fondamentales consacrées par la Constitution ?

⁵ CJCE, 14 oct. 2004, RUDH 2004, pp. 268 et s., spéc. § 41.

le traité instituant une constitution mais il y est cependant fait référence dans un certain nombre d'actes de droit dérivé et en jurisprudence¹.

Dans son arrêt du 9 octobre 2001, prononcé dans l'affaire Pays-Bas/Parlement et Conseil, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser la place de la dignité humaine en droit communautaire. Cette affaire s'inscrit dans le contexte d'un recours en annulation introduit contre la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. La requérante fait valoir, entre autres, que la brevetabilité d'éléments isolés du corps humain résultant de l'article 5 § 2 de cette directive² (dont la transposition a donné naissance à l'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle excluant le corps humain du brevet) équivaudrait à instrumentaliser la matière vivante humaine ce qui serait contraire à la dignité de l'être humain. La Cour estime que les dispositions de la directive « *encadre le droit des brevets de façon suffisamment rigoureuse pour que le corps humain demeure effectivement indisponible et inaliénable et qu'ainsi la dignité humaine soit sauvegardée* »³.

En conclusion, la dignité humaine est une notion juridique dont les contours restent difficiles à cerner. En l'état du droit positif, tant national qu'international et communautaire, il est susceptible d'être opposé à la création utilisant le corps humain. La difficulté à saisir la notion suscite cependant la prudence. Le thème de la « flexibilité » de la norme évoque Carbonnier, qui, dans son infinie sagesse, rappelle, lors d'un discours relatif à « *La protection des droits de l'Homme de l'lettre et de l'artiste devant la Cour de cassation* » prononcé pour le bicentenaire de la Cour de cassation : « *Non ! Il n'est pas vrai que dans l'univers des lettres et des arts, tous les différends, tous les malaises soient justifiables d'un traitement juridique. Il est pour eux d'autres modes de régulation, de pacification, plus efficaces : l'éthique et l'esthétique, la louange ou la satire, l'oubli – l'oubli surtout – tous ces « en-dehors du Droit » qui peuvent à leur manière, aussi bien que le Droit, ouvrir, quand il le faut, des clairières à la liberté* »⁴.

LA CREATION CONTEMPORAINE AUX PRISES AVEC L'INDECENCE ET LA RELIGION

Agnès TRICOIRE

Avocat spécialiste en propriété intellectuelle, Paris

Déléguée de l'Observatoire de la liberté d'expression en matière de création de la Ligue des droits de l'Homme

On rappellera qu'une œuvre est protégée quel que soit son mérite (article L 112-1 du Code de la propriété intellectuelle), que nul ne peut porter atteinte à son contenu, l'auteur jouissant du droit moral au respect de son œuvre (article L 121-1). Or, en 2006, en France, un livre, un film, une exposition peuvent être interdits en raison de leur contenu, avant ou après publication. Ainsi, une œuvre peut être jugée protégeable par le droit d'auteur, mais interdite ou son auteur poursuivi pénalement, comme toute personne ayant concouru à la divulgation. Et ce malgré le droit de divulgation de l'auteur (article L 121-2).

En effet, le principe de la liberté d'expression, consacré depuis plus de deux siècles, dans l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (« *tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* »), dont la formulation écarte sans ambiguïté toute censure a priori⁵, prévoit néanmoins une restriction de taille, l'abus de liberté.

La Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 est le seul texte qui distingue la création de la liberté d'expression, puisque son article 27 affirme, en matière de culture, la liberté du public et la protection des droits pécuniaires et moraux de l'auteur.

¹ En ce sens, C. Stix-Hackl, *cl. op. cit.*, n° 87 à 91.

² L'article 5 dispose :

« 1. Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.

2. Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel.

3. L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène doit être concrètement exposée dans la demande de brevet ».

³ CJCE, 9 oct. 2001, Aff. C-377/98, *Rec.* 2001, p. I-07079.

⁴ In *RIDA* n° 150, pp. 94 et s., spéc. p. 98.

⁵ Henri Leclerc, *Les principes de la liberté d'expression et la Cour européenne des droits de l'Homme*, Légipresse, 1999, II, p. 145.

Le principe même d'une limitation est-il compatible avec la liberté de création ? L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme est-il compatible dans son alinéa 2 avec la liberté de création, lorsque, après avoir affirmé le principe de la liberté d'expression dans son 1^{er} alinéa, il la limite ainsi : « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la Loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.* »

Soumettre les œuvres à des impératifs de contenu comme ceux de la sécurité nationale, de l'autorité territoriale ou de la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale et la protection de la réputation des droits d'autrui est-il nécessaire dans une société démocratique ? Une œuvre peut-elle porter atteinte à la sécurité nationale ? Doit-elle respecter la morale ? et la religion ?

1. Les œuvres d'art et l'indécence

La protection des mineurs est le visage moderne de l'ancien délit d'outrage aux bonnes mœurs.

Bienheureux les habitants du XIX^{ème} siècle qui étaient d'accord sur ce qu'est une œuvre, et dont le consensus fondait aussi la censure : les mœurs devaient être bonnes et servaient souvent de prétexte au combat d'opinions. Ainsi, dans les procès de Baudelaire ou de Flaubert, ce n'est pas seulement ce que l'auteur a le droit d'écrire qui se joue face aux accusations du Procureur Pinard (qui publie par ailleurs, et sous pseudonyme, des poèmes licencieux). Ce qui attire les écrivains devant le Tribunal correctionnel, c'est aussi ce qu'ils n'écrivent pas, c'est l'endroit où ils ne veulent pas aller, c'est l'absence de morale du livre autant que l'amoralité de ses personnages. L'irréductible liberté de l'artiste, que le désir d'autorité contre leur autorité voudrait plier, résiste depuis sa théorisation par le jeune Théophile Gautier en 1934 dans sa préface de *Mademoiselle de Maupin*. Si Flaubert, vingt ans après, fait l'objet des foudres de la justice, c'est qu'il s'érige contre l'instrumentalisation de l'art par la morale, c'est qu'il défend l'art pour l'art.

Et pourtant, paradoxe difficilement dépassable, il est indéniable que ce qu'il propose à la lecture de ses contemporains et de ses contemporaines n'est pas anodin politiquement : le rôle social de l'œuvre, émancipatrice, révolutionnaire, que l'ordre moral veut faire entrer dans le droit chemin politique, résiste y compris aux théories esthétiques de l'autonomie. Le romantisme d'un Victor Hugo ne dissimule jamais son formidable humanisme et ses opinions politiques, ses combats transpirent par tous les pores de sa poésie, ce qu'il revendique d'ailleurs.

Dans les arts plastiques, il faut croire que l'œil se déshabituait vite de ce qu'il a toléré et que les tenants de la peinture vertueuse du XIX^{ème} siècle avaient peu de mémoire. Sinon, aucun scandale n'aurait accompagné l'exposition de *L'Olympia* de Manet en 1865, tant elle est proche d'un tableau du Titien qui date de 1538, la *Vénus d'Urbino*, visible à Florence, à moins que ce ne soit pas le sujet, en réalité, qui ait choqué, mais, tout simplement, l'art de l'exprimer. La forme, si importante pour le juriste pour déterminer s'il y a œuvre, puisqu'elle est le siège de l'originalité, est souvent, par sa nouveauté, une provocation, celle-là parfaitement délibérée et assumée, de l'artiste, qui cherche à déplacer le regard du spectateur.

D'où l'incongruité qu'il y a pour le Droit à prétendre toujours, encore et maintenant, réguler le contenu des œuvres.

Alors que les querelles de critiques sur l'interprétation d'une œuvre durent, pour certaines, depuis plusieurs décennies, voire plusieurs siècles, la justice serait capable de dire objectivement, et une fois pour toutes, ce que l'auteur a voulu dire ? Est-ce à la justice de dire en lieu et place de l'auteur, et parfois contre ses propres déclarations, quelle est « *la pensée qu'il développe en réalité dans l'ouvrage* » ?¹

La censure du parquet : Les articles 227-23 et 227-24 Code pénal

L'article 227-23

Lors des premières discussions de ce texte au Parlement, l'article 227-23 ne visait que les images de mineurs, et non pas les représentations de mineurs, et ne visait à les interdire que lorsqu'elles étaient pornographiques².

¹ Lindon / Le Pen, Cour d'appel de Paris 11^{ème} Chambre A – du 13 septembre 2000 – inédit.

² Séance du 3 octobre 1991, Sénat, débats parlementaires, p. 2652.

Le terme « image » ne souffre pas d'ambiguïté. Il s'agit de l'image d'un enfant capturé par un moyen technique comme la photographie, la vidéo ou le film. « Il est évident que le législateur a eu en vue les images des mineurs prises in vivo, ainsi que l'évoquent d'une part les mots « fixer » et « enregistrer » se référant directement à la photographie et au cinéma et, d'autre part, le fait que ce soient les mêmes mots que ceux qui sont employés à propos de l'atteinte à l'intimité de la vie privée, où il s'agit bien d'une appréhension directe »¹.

En 1998, le législateur ajoute le délit matériel de « représentation ». Que signifie ce terme ? Charles Jolibois, auteur de cet amendement, explique qu'il s'agit de réprimer les images virtuelles². Le terme de représentation de l'article 227-23 peut-il s'appliquer à une représentation artistique ?

Rappelons que les nouvelles dispositions du Code de procédure pénale, issues également de la loi du 17 juin 1998, et qui donc ont été pensées en même temps que ce terme de « représentation » par le législateur, obligent à soumettre, avant tout jugement au fond, les personnes poursuivies pour un délit fondé sur les articles 227-23 ou 227-24 du Code pénal, à une expertise médicale, l'expert étant interrogé sur l'opportunité d'une injonction de soins dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire (article 706-47), et permettent une expertise pour évaluer le préjudice subi par les victimes mineures (article 706-48).

Les apologues de la répression jusque dans le cœur des œuvres seraient-ils prêts à demander que les écrivains, les cinéastes et les artistes « déviants » soient soumis à une expertise médicale ? Va-t-on créer des camps de redressement psychiatrique pour réhabiliter les auteurs de troubles ?

Va-t-on pouvoir poursuivre toutes les œuvres déjà en circulation depuis trois ans, voire faire de cet article un délit continu, ou qui se répètera à chaque nouvelle diffusion de l'œuvre, ce qui permettrait par exemple de brûler toutes les œuvres « pornographiques » de Balthus ?

L'article 227-24

L'origine nauséabonde de cet article et la jurisprudence antérieure :

Le décret-loi du 29 juillet 1939 qui figurait dans un chapitre 3 du Code pénal intitulé délicatement « Protection de la race » punissait « *tous imprimés, tous écrits, tous dessins, objets ou images contraires aux bonnes mœurs* », et devint l'article 283 du Code pénal figurant dans le chapitre « Crimes et délits contre les personnes » punissant l'outrage aux bonnes mœurs d'un mois à deux ans de prison et d'une amende de 360 à 30.000 F.

Extrait dans le domaine d'application de l'article 283 du Code pénal « *toute manifestation de la pensée ou de l'image qui, sans mériter la qualification d'obscène, et sans être spécialement licencieuse, fait appel, par son caractère offensant pour la pudeur, à la recherche systématique d'une excitation érotique, aux instincts et aux appétits les plus grossiers de l'être humain* »³.

L'élargissement des motifs de répression :

L'article L 227-24, qui figure désormais dans la partie concernant les mineurs, n'était pas prévu dans le projet gouvernemental du nouveau Code pénal et a été ajouté par la Commission mixte à l'initiative de la Fédération des Familles de France⁴. Il réprime les délits par voie de presse⁵ beaucoup plus largement que l'outrage aux bonnes mœurs : sont désormais pénalement répréhensibles les messages violents, pornographiques ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine lorsque ces messages sont susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur.

Avant l'article 227-24, le fait que la victime de l'outrage aux bonnes mœurs fut un mineur était une circonstance aggravante de l'infraction et doublait les peines normalement applicables. L'article 227-24 en fait un élément matériel du délit et sanctionne donc non plus le message en raison de sa seule nature, mais la violence que peut constituer, à raison de son contenu, le message, pour un mineur.

Peut-on en déduire pour autant que « *nous voyons ainsi que la protection de la liberté d'expression, déjà fortement garantie par le législateur de 1881, a été renforcée, sous certains aspects, par l'évolution de la législation récente* »⁶ ?

¹ In Droit pénal spécial - Michèle-Laure Rassat, Précis Dalloz, 1997, p. 554, n° 565.

² Sénat, séance du 30 octobre 1997, Journal Officiel, p. 3145.

³ Blin, Chavanne et Drago, *Traité du Droit de la Presse*, Paris, 1969.

⁴ Frédéric Gras, *Droit de la Presse - LITEC* – Fasc. 280, page 4, voir ses développements sur les travaux parlementaires, in *ibid.*

⁵ Cf. débats parlementaires et notamment le Rapport Jolibois – J.O. 7 juillet 1992, p. 2486.

⁶ Mazars, précité p. 184.

Les femmes ayant grandi, ce sont les enfants qui sont désormais « présumés innocents », pour reprendre le titre d'une exposition au CAPC, musée d'art contemporain de Bordeaux, qui a fait l'objet d'une plainte toujours non réglée. La réintroduction du délit de représentation pornographique de mineurs, et du délit d'exposition des mineurs à la pornographie, permet à des associations familiales, ou bien intégristes catholiques, ou bien d'extrême-droite, de poursuivre les auteurs des œuvres et ceux qui les exposent. Le critère retenu, la pornographie, fluctue au gré de la jurisprudence et de la juridiction saisie. Ainsi, en matière de censure de films, on se demande aujourd'hui devant le Conseil d'État si la scène de sexe est simulée ou pas, et, au-delà, même si elle est simulée, si elle est mise en scène dans un dessein artistique ou bien dans celui de provoquer la stimulation sexuelle chez le spectateur. Voilà donc que le critère de l'art, de la valeur de la création, qui a déserté depuis longtemps le droit d'auteur dans des conditions que l'on pourrait d'ailleurs aujourd'hui rediscuter, revient par la porte de la censure pour aider le juge administratif ou le juge pénal à trancher la délicate question : est-ce de l'art ou de la pornographie ?

Le goût du public

Les édiles locaux s'appuient souvent sur les attentes du public (ou sa prétendue impréparation) pour censurer des expositions qu'ils ont pourtant commandées à des artistes qu'ils ont choisis, directement ou sur délégation. Fort heureusement, les Tribunaux administratifs¹, en sanctionnant l'Administration quand elle ne respecte pas ses engagements, accorde aux artistes victimes de ce type de comportement des réparations financières. Ainsi en a-t-il été de Gloria Friedmann et du Conseil Général du Var, et d'Aude Dupasquier Grall contre l'Université de Toulouse. Mais quand une œuvre est conçue pour le lieu qui la commande, comme « *Un monde à la fois* » de Jean-Marc Bustamante, dès lors que la commune ferme le lieu à l'artiste et décommande l'exposition, la censure est irrémédiable, car le public ne verra jamais l'œuvre. Et la condamnation de la ville de Carpentras par le Tribunal administratif de Marseille ne peut que ce que peut la justice administrative, c'est-à-dire accorder de l'argent. On aimerait qu'elle puisse contraindre la personne publique qui dérape à tenir ses engagements, afin que le public puisse juger, librement, de ce qu'on doit ou non lui montrer. Exactement comme en matière de religion.

2. La liberté de créer et la religion

Il n'y a pas de délit de blasphème dans la loi française (1881). L'insulte à un groupe de personnes à raison de leur religion, introduite récemment par le législateur dans le but de lutter contre les discriminations, permet-elle de sévir contre l'iconoclasme et contre l'atteinte au sentiment religieux ?

La polysémie des œuvres s'y oppose. La demande de censure au nom d'une interprétation exclut nécessairement les autres. Nous sommes là face à une contradiction.

Ainsi, à propos de l'affiche du film *Amen* de Costa Gavras, le Président du Tribunal de grande instance de Paris² répondit à une demande de censure diligentée par l'association d'extrême-droite que, « *contrairement à ce que (l'A.G.R.I.F.) soutient, l'affiche ne représente pas une « croix catholique prolongée d'une croix gammée » ; que, en réalité, ainsi que le font justement observer les défendeurs, l'amalgame entre la croix chrétienne et la croix gammée n'est nullement patent, quelles qu'aient pu être les intentions du concepteur de l'affiche réalisée par Oliveira Toscani ; qu'en effet, il apparaît bien plutôt que la svastika nazie représentée sur l'affiche réalisée par Oliveira Toscani est incomplète et n'est pas une « croix gammée », au sens propre du terme, sa branche inférieure n'étant pas coudée mais déployée vers le bas* ».

Ici, le juge ne recherche pas l'intention de l'auteur mais au contraire il l'écarte, au nom d'une interprétation de l'affiche selon son contexte, à savoir le film qu'elle annonce (dont l'illustration querellée n'est pourtant pas un simple extrait) et l'histoire évoquée par le film.

Le juge écarte aussi l'analyse des plaignants, la qualifiant de « *lecture fermée* » qui seule « *peut donner à y voir l'amalgame dénoncé entre la chrétienté et le nazisme et à y projeter une volonté de scandaliser les sentiments religieux de toute une population* ». Là encore, il ne devrait peut-être pas l'écartier de la sorte. Cette lecture est possible et il n'y a pas de raison de douter que l'A.G.R.I.F. la fasse sincèrement. Mais ce n'est pas la seule lecture possible.

Il y en a déjà trois dans le champ judiciaire : celle de l'auteur, celle de l'A.G.R.I.F. et celle du cinéaste et du producteur (qui évoquent l'ambiguïté de l'affiche). Et il y a toutes celles que peuvent faire ceux qui regardent l'affiche. Dès lors et, pour ce seul motif, le juge ne peut entrer en voie d'interdiction.

¹ Jean-Marc Bustamante / Commune de Carpentras, TA Marseille 18 mai 1999, Aude Dupasquier Grall / Université de Toulouse, TA Toulouse 21 janvier 2003, Gloria Friedmann / Conseil Général du Var, TA Nice 23 septembre 2005.

² Ordonnance du 21 février 2002, Légipresse n°190, avril 2002, p. 43.

En revanche, le juge des référés avait-il à proposer une autre interprétation, une « *lecture ouverte de l'affiche* » qui « *permet d'y découvrir une volonté de briser la croix nazie, symbole de totalitarisme, et de replanter en terre, comme pour la réhumaniser, la croix que continue de porter toute une communauté* » ? Le juge ne sort-il pas de son rôle quand il se transforme en exégète d'un symbole fictionnel ? Ne sort-il pas du champ judiciaire pour entrer dans celui de la fiction et de l'analyse picturale, et ne peut-on déceler dans sa « *lecture ouverte* » des convictions religieuses qui n'ont pas à figurer dans une décision de justice rendue au nom du peuple français ?

Ne fallait-il pas répondre à l'A.G.R.I.F que l'affiche était l'œuvre d'un auteur, libre, dès lors que ne lui est pas contesté ce statut, de donner à voir une œuvre certes allusive au réel mais comportant une représentation fictionnelle susceptible d'interprétations diverses ? Que, dès lors, il n'était pas possible de donner gain de cause à la demanderesse, qui demandait que sa propre interprétation soit privilégiée au détriment de tout autre analyse de l'œuvre, avec pour sanction de ce privilège d'interprétation une interdiction de l'affiche ?

En la matière, la liberté d'expression doit prévaloir sur les demandes d'interdiction, dès lors que l'œuvre permet diverses interprétations, celle de son auteur n'ayant pas plus d'autorité que celles des regardeurs, comme le appelait Marcel Duchamp ?

Dans l'affaire dite de la Cène, une affiche publicitaire de François et Marithé Girboux fut d'abord condamnée, en première instance, pour avoir dévoyé l'œuvre de Léonard de Vinci qu'elle réinterprétait librement.

Ici, les plaignants n'étaient plus un groupuscule d'extrême-droite, mais une association, Croyances et Libertés, constituée par les Evêques de l'Eglise de France, ayant pour objet de défendre le « *droit au respect des croyances* » et « *les dogmes, les principes et la doctrine de l'Eglise ainsi que ses institutions* ». Elle avait saisi le juge des référés au motif que la publicité pour les vêtements Girboux constituerait une « *représentation choquante de la Cène, dans laquelle tous les personnages sont des femmes à l'exception d'un homme à la pose des plus lascives et des plus suggestives* ».

La Cour d'appel, à laquelle on avait fait valoir que Léonard de Vinci n'était pas représenté à l'audience, ne fonda pas sa confirmation de la condamnation de l'affiche sur l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre de ce dernier, mais sur la parodie de la Cène, « *ultime repas que Jésus fit avec ses apôtres, la veille de sa passion, et dans lequel il institua, d'après l'enseignement de l'Eglise catholique, le sacrement de l'eucharistie qui consacre le pain et le vin pour en faire substantiellement le corps et le sang de Jésus-Christ, en mémorial du sacrifice de sa propre vie consenti par le fils de Dieu pour le rachat des péchés et le salut du monde* ».

Cette motivation se passe de tout commentaire. Cette décision de référé ne fait ni plus ni moins qu'instaurer un délit de blasphème en 2005, là où le législateur l'a toujours refusé depuis 1881. La Cour de cassation est saisie.

L'auteur de la photographie, Brigitte Niedermair, indiquait quant à elle¹ qu'elle était choquée par le jugement : « *Je n'ai jamais voulu offenser qui que ce soit. J'ai simplement voulu utiliser la beauté pour communiquer. C'est une image féministe, un message de paix pour les femmes. Un hommage à l'art et à la femme* ». On devrait tenir compte, dans les enceintes judiciaires, de la parole des artistes.

L'ŒUVRE D'ART REVUE ET CORRIGÉE PAR LE DROIT DE L'URBANISME

Philippe BILLET

Professeur à l'Université de Bourgogne – Dijon, le 10 septembre 2006

La rencontre entre l'art, la création artistique et le droit de l'urbanisme a commencé par l'esthétique, pour autant que l'on puisse en juger par l'article 118 de la loi du 13 juillet 1911 avait fait de la « *conservation des perspectives monumentales* » un motif permettant au Préfet de justifier le refus du permis de bâtir, et dont Hauriou a pu relever que le contrôle du juge sur ce point relevait « *d'une pure et simple appréciation de fait* » : « *le juge ne définit pas la perspective monumentale ; il se borne à décider, comme aurait pu le faire un arbitre artistique* »². On passera rapidement sur la mauvaise fortune des « *plans d'embellissement des villes* » issus de la loi dite Cornudet du 14 mars 1919, dans sa version modifiée par une loi du 19 juillet 1924 concernant les plans d'extension et d'aménagement des villes³. Son échec a laissé subsister pendant quelques décennies le dogme du « *laisser faire – laisser aller* », jusqu'à ce que les documents d'urbanisme et le permis de construire et autres

¹ Libération (12 et 13 mars 2005).

(²) V. note sous CE, 4 avr. 1914, Gomel : S. 1917, 3, 25. Reproduit in M. Hauriou, *Notes d'arrêts*, La mémoire du droit 2000, T. II, p. 377.

(³) V. M. Félix, *Extension et aménagement des villes. Etude de la loi des 14 mars 1919, 19 juillet 1924*, Paris, Librairie Rousseau, 1926.

autorisations ou déclarations préalables viennent encadrer définitivement l'occupation des sols. Peu importe les modifications ultérieures, l'esprit demeure : le droit de l'urbanisme est d'abord et avant tout un droit de l'occupation des sols et n'a pas d'autres prétentions – *a priori* – que de n'être que cela. Il existe bien certaines dispositions qui se piquent d'esthétique, mais elles restent marginales. Le droit de l'urbanisme est en effet un droit de police et on sait combien les rapports entre police et esthétique sont contrariés, même s'agissant d'une police spéciale, tantôt but légal¹, tantôt ne concourant pas au respect de l'ordre public². Le droit de l'urbanisme reste finalement assez ignorant des choses du beau en général et des choses de l'art en particulier. Il en régit cependant la production mais l'art reste l'arlésienne du droit de l'urbanisme : on en parle beaucoup, mais on ne le voit que très peu. On ne l'entr'aperçoit en effet qu'une seule fois, sous l'article R. 421-1, 6° du Code de l'urbanisme, qui inscrit l'œuvre d'art au titre des travaux nécessitant un permis de construire. Et c'est tout, ou à peu près, car pour le reste, il faut la deviner sous toute une série de dispositions générales qui ne la visent que par incidences. L'œuvre d'art est donc en errance dans les méandres du droit de l'urbanisme, désincarnée, sans corps particulier qui permettrait de l'identifier clairement (I). Lorsqu'on la rencontre cependant, c'est dénaturé par la règle de droit (II).

I. UNE ŒUVRE D'ART DESINCARNEE

L'œuvre d'art n'est mentionnée qu'une seule fois en tant que telle par le Code de l'urbanisme. Mentionnée seulement et pas définie. L'œuvre d'art se retrouve sans contours matériels, sans corps (A). Elle se retrouve également sans repère moral, sans âme. Il ne s'agit pas ici d'observer qu'elle est exclusive de toute intervention de la police de l'ordre public en cas de risque d'atteinte aux bonnes mœurs, mais de constater que le droit moral sur l'œuvre est exclu du droit de l'urbanisme (B).

A. UNE OEUVRE D'ART SANS CORPS

S'il évoque l'œuvre d'art, le Code de l'urbanisme ne la définit pas, pas plus qu'il ne définit les statues et autres monuments soumis au même régime qu'elle. L'article R. 421-1 précise en effet que « *En vertu du quatrième alinéa de l'article L. 421-1 n'entrent pas dans le champ d'application du permis de construire, notamment, les travaux ou ouvrages suivants [...] : 6. Les statues, monuments ou œuvres d'art, lorsqu'ils ont une hauteur inférieure ou égale à 12 mètres au-dessus du sol et moins de 40 mètres cubes de volume* ».

La chose est entendue et cette absence de définition semble ne jamais avoir posé de problème, du moins de ce que l'on peut en conclure de la jurisprudence en ce domaine. Pourtant, la question mérite d'être posée en raison des conséquences juridiques de la qualification ou non d'œuvre d'art d'un ouvrage, condition d'application de l'article

R. 421-1 6°, et du contrôle administratif qui peut peser sur lui, le cas échéant, en fonction de ses caractéristiques. S'il ne s'agit pas d'une œuvre d'art en effet, l'ouvrage se trouve soumis soit au régime du permis de construire, soit au régime de la déclaration de travaux, soit, enfin, échappe à tout contrôle administratif préalable, à tout le moins au titre du Code de l'urbanisme.

De façon très pragmatique, on sait qu'il y a œuvre d'art à la lecture de la jurisprudence, lorsque la juridiction admet l'application de l'article R. 421-1, 6°, et rien de plus. Il est en effet difficile de disposer d'autre repère, faute pour le juge administratif d'avoir tenté de définir ce qu'il entendait par là. De ce point de vue, le Code général des impôts n'est d'aucun secours, même si l'œuvre d'art s'y retrouve encadrée par le régime de la TVA, de l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les grandes fortunes : M. Pradié nous a enseigné les subtilités fiscales de la définition de l'œuvre d'art, sans que cela soit d'un quelconque secours pour le droit de l'urbanisme³. Le Code de la propriété intellectuelle n'est pas plus éclairant : l'article L. 112-1 précise bien que sont protégées « *toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le régime, la forme d'expression, le mérite ou la distinction* », mais la formulation retenue fait que seul le critère de l'originalité doit être retenu pour définir l'œuvre d'art, autrement dit la création d'une œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de son auteur. Le critère est cependant difficilement opérant en droit de l'urbanisme, en raison du caractère hétéroclite de la jurisprudence, qui retient notamment l'effort personnel de création et le souci de recherche esthétique qui caractérise son originalité⁴. On devine très vite l'écueil qui guette le juriste : tout ouvrage, toute création pourrait être revendiqué comme œuvre d'art en vue de l'exemption de permis de construire. Telle œuvre originale d'un architecte (en tout cas de son point de vue), telle intention artistique exprimée et revendiquée pourra être considérée comme une œuvre d'art. Le Code de l'urbanisme n'a pas tranché cependant, renvoyant au juge le soin d'exprimer sa propre conception

(1) V. CE, 2 août 1924, Leroux : *Rec.*, p. 780.

(2) CE, sect., 18 févr. 1972, Ch. synd. des entreprises artisanales de la Haute-Garonne : *Rec.*, p. 153 ; *AJDA* 1972, p. 250, chron. Labetoulle et Cabanes.

(3) V. communication *supra*.

(4) V. communication *supra*.

de l'œuvre d'art. Dans sa configuration urbanistique, l'œuvre d'art est donc hors norme, sans repère juridique ni même physique particulier. C'est également une œuvre sans repère moral.

B. UNE ŒUVRE D'ART SANS AME

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le délit en droit de l'urbanisme est une infraction intentionnelle¹ qui fait intervenir un élément moral, psychologique : l'intention coupable, autrement dit, la conscience chez le coupable d'enfreindre des prohibitions légales qu'il est censé connaître. Ce qui implique que poursuivre l'artiste pour violation des dispositions des règles d'urbanisme générales ou fixées dans un document d'urbanisme ou pour violation du régime de l'autorisation d'occupation des sols, suppose de rapporter qu'il avait conscience qu'il était en train de commettre une infraction. Ce n'est cependant pas de cet élément moral-là dont il s'agit ici, mais de la confrontation entre le droit moral de l'artiste et le droit de l'urbanisme. La tentation est grande en effet de soutenir la liberté de la création artistique pour prétendre s'affranchir des règles qu'il fixe, ou de s'opposer à la destruction d'un ouvrage artistique qui serait en situation infractionnelle au nom du droit moral de l'artiste sur son œuvre.

Le droit de l'urbanisme ignore cependant ce droit moral, qui lui oppose l'ordre public, sans idée d'esthétique. La Cour de cassation comme le Conseil d'Etat ont tranché en des termes très fermes en introduisant cependant quelques nuances. Ainsi, à propos des « colonnes de Buren » implantées dans la cour d'honneur du Palais Royal, le Conseil d'Etat a estimé que si, pour justifier sa décision de maintien de l'œuvre, « le Ministre de la Culture et de la Communication a invoqué, dans un communiqué publié le 5 mai 1986, son souci de respecter le droit moral de l'artiste à l'achèvement de son œuvre et si les requérants soutiennent que ce droit ne pouvait prévaloir sur les règles d'ordre public résultant de la législation de l'urbanisme ou de la protection des monuments historiques et des sites, il ne résulte pas de l'instruction que le Ministre se soit cru tenu, pour ce seul motif, de prendre la décision attaquée »². De son côté, la Cour de cassation a estimé, à propos de la « Tour Arman », structure en béton d'un volume de 600 mètres cubes et d'une hauteur de 18 mètres, « que le moyen, en ce qu'il reproche à l'arrêt d'avoir ordonné une mesure de remise en état sans s'être expliqué sur les conclusions du prévenu faisant état de la possibilité d'un conflit entre lui et l'auteur de l'œuvre, en droit d'invoquer son inviolabilité conformément aux dispositions de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, ne peut être retenu ; qu'en effet, dès lors que l'œuvre a été édiflée au mépris des règles d'ordre public édictées tant par la législation sur la protection des sites que par le Code de l'urbanisme, le droit moral de l'auteur ne saurait faire échec à l'exécution des mesures prévues par la loi en vue de mettre fin aux conséquences des infractions pénales constatées »³.

Le droit moral sur l'œuvre s'incline donc devant l'ordre public, l'intérêt privé à la protection de la création est absorbé par l'intérêt général à maintenir l'ordre défini par le droit de l'urbanisme. L'artiste ne peut donc pas, ne peut donc plus faire ce qu'il veut, ni laisser s'exprimer librement sa puissance créatrice. Il doit respecter un cadre juridique donné qui, d'une certaine façon, le conduit à dénaturer sa création.

II. UNE ŒUVRE D'ART DENATUREE

L'œuvre d'art revisitée par le droit de l'urbanisme est une œuvre de géomètre, faite de volume, de hauteur et de perspectives (A). C'est également une œuvre d'esthète, qui doit confronter l'aspect extérieur des ouvrages à édifier ou à modifier au caractère et à l'intérêt des lieux et à la conservation des perspectives monumentales. C'est, de ce fait, une œuvre policée, dont l'expression doit passer par un contrôle administratif préalable, sur la base d'un cahier des charges particulier : les règles générales d'urbanisme et, le cas échéant, le règlement d'urbanisme issu du document d'urbanisme applicable sur la zone assiette du projet (B).

A. UN ART DE GEOMETRE

L'article R. 421-1, 6°) du Code de l'urbanisme a été conçu par le pouvoir réglementaire comme un compromis entre la liberté de l'artiste et le nécessaire regard des pouvoirs publics lorsque l'œuvre prend une certaine ampleur matérielle. Le code détermine ici une *dispense* de permis de construire (C. urb., art. L. 421-1) et non une *exemption* d'un tel permis (C. urb., art. L. 422-1) : les constructeurs sont affranchis de toute procédure préalable alors que l'*exemption* implique la mise en œuvre d'une procédure de déclaration de travaux. Comme le confirme, au chapitre « Les travaux exemptés : champ d'application du régime déclaratif », la circulaire du 25 juillet 1986 relative aux simplifications administratives apportées en matière d'autorisation et de déclaration de construire : « Le décret n° 86-72 du 15 janvier 1986 pris pour l'application de cette disposition [l'art. L. 421-1] institue, dans le Code de l'urbanisme, un nouvel article R. 421-1 qui fixe une liste des travaux et ouvrages

(1) Crim. 12 juill. 1994 : Bull. crim. n° 280.

(2) CE, 28 déc. 1992, Cusenier et al. : Dr. adm. 1993, comm. 81 ; JCP N 1993, II, p. 155 ; JCP G 1993, IV, p. 71, n° 612.

(3) Crim., 3 juin 1986 : Bull. crim. n° 194 ; D. 1987, jurispr. p. 301, note B. Edelman.

exclus du champ d'application du permis de construire et qui ne relèvent donc, au titre de l'urbanisme, ni d'une déclaration ni d'une autorisation ». Il convient en effet de ne pas confondre « *d'une part, le régime d'exemption du permis de construire, applicable à des travaux entrant dans le champ d'application de cette autorisation mais qu'il n'a pas été jugé opportun de soumettre à la formalité plus contraignante du régime d'autorisation et, d'autre part, les travaux et ouvrages exclus du champ d'application du permis de construire mentionnés à l'article L. 421-1, alinéas 3 et 4 du Code de l'urbanisme* ». Il résulte de ces éléments que si les œuvres d'art en cause vérifient les caractéristiques visées par l'article R. 421-1, 6°) du Code de l'urbanisme, leur réalisation échappe à toute contrainte administrative préalable (permis de construire ou déclaration de travaux) alors que si elles ne vérifient pas les caractéristiques visées par cet article, leur réalisation est soumise à un permis de construire préalable. Elles ne relèvent en tout cas pas du régime de la déclaration préalable : comme le souligne Liet-Vaux, « *les dispenses de permis ne sont pas tenues en échec par la formule générale de l'article R. 422-2, rubrique « m » du Code de l'urbanisme [sur la déclaration], sinon les réformes intervenues en 1986 par décret auraient eu pour effet d'élargir le champ d'application légal des autorisations préalables* »¹.

Il faut naturellement que les critères qui ont été fixés par l'article R. 421-1, 6°) du Code de l'urbanisme, dans les termes sus-rappelés, soient vérifiés. Ces deux critères de la hauteur et du volume sont cumulatifs, ainsi que cela ressort expressément tant du texte (« *hauteur inférieure ou égale à 12 mètres au-dessus du sol et moins de 40 mètres cubes de volume* ») que de la jurisprudence : « *le décret du 15 janvier 1986 pris pour l'exécution de ladite loi n'exclut les statues, monuments et œuvres d'art du champ d'application du permis de construire que lorsqu'ils ont une hauteur inférieure à 12 mètres au-dessus du sol et moins de 40 mètres cubes de volume* »². Ainsi, la réalisation d'une statue en béton armé peinte d'une hauteur de « *22 m sans couronne – 25 m avec couronne* » nécessitait un permis de construire, et pas seulement l'aménagement intérieur dans la statue³. La contrainte reste minime cependant : moyennant, le cas échéant, une démarche administrative, l'artiste reste relativement libre.

Les choses ne sont pas si simples cependant, et les données en appel de l'affaire dite de « *la Demeure du Chaos* » sont une illustration d'une certaine complexité : au Procureur de la République et à la commune partie civile qui soutenaient que l'immeuble dans sa totalité devait être considéré comme une « *œuvre d'art monumentale* » dès lors qu'il sert de support matériel à de multiples œuvres d'art produites par des artistes différents, les prévenus ont opposé, ce qu'ils n'avaient pas fait devant le Tribunal correctionnel, l'individualisation juridique des œuvres la composant, demandant à ce que ces œuvres soient traitées comme des individualités. Le projet est bien global (rassembler dans un même lieu et sur un même bâtiment des œuvres qui participent de la même philosophie) sans pour autant que le support absorbe lesdites œuvres jusqu'à leur faire perdre leur caractère d'œuvre autonome par rapport aux autres œuvres⁴. Dès lors, plutôt que de confronter les critères cumulatifs à la réalisation globale, qui appelait nécessairement le permis de construire non sollicité, ils ont mis en avant la vérification des critères de dispense de permis, œuvre par œuvre, chacune devant être prise individuellement.

Au-delà de la géométrie, et cumulativement, ce sont les prescriptions d'urbanisme qui se profilent comme autant de contraintes pesant sur la conception et la réalisation de l'œuvre.

B. UN ART POLICE

Les caractéristiques géométriques de l'œuvre déterminent seulement le point de savoir si l'artiste doit ou non se soumettre à une autorisation administrative préalable. Son œuvre doit, en outre, respecter le cadre prédéterminé que fixent les règles d'occupation des sols telles qu'elles ont été fixées dans un document d'urbanisme et/ou les règles générales définies par le règlement national d'urbanisme, selon que ces règles sont supplétives (« *ou* ») ou d'ordre public (« *et* »). Comme le distingue fort judicieusement Jessica Makowiak, il est des cas où le droit décrète *a posteriori* l'esthétique (cas des dispositions relatives au permis de construire, comme l'article R. 111-21)⁵ et d'autres où il la décrète *a priori* (cas des documents d'urbanisme, qui participent directement à la création

(1) G. Liet-vaux, Champ d'application du permis de construire et de la déclaration, Juris-classeur administratif n° 450-10, § 86. Cette solution est logique, sans quoi il n'y aurait aucun fondement à distinguer les opérations ne relevant ni du permis de construire en-dessous d'un certain seuil ni d'une déclaration préalable (R. 421-1) s'il fallait les faire relever d'une déclaration préalable en-dessous du seuil requis pour nécessiter un permis de construire (R. 422-2).

(2) Crim., 3 juin 1986, préc.

(3) Crim., 19 sept. 2000, pourv. n° 99-85377, à propos de la statue du messie cosmoplanétaire édifée par la secte du Madarom.

(4) Sur les réalisations en cause et les éléments de première instance, v. La Demeure du Chaos. Catalogue raisonné T. 1., Musée l'Organe 2006.

(5) L'article R. 111-21 du Code de l'urbanisme précise en effet que « *Le permis de construire peut être refusé ou n'être accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions, par leur situation, leur architecture, leurs dimensions ou l'aspect extérieur des bâtiments ou ouvrages à édifier ou à modifier, sont de nature à*

en « fixant » les règles)¹. Quoi qu'il en soit, dans un cas comme dans l'autre, l'artiste doit se faire l'exégète de la règle de droit et l'autorité administrative qui délivre le permis de construire devient arbitre des élégances, sous le contrôle du juge administratif, devant apprécier si l'œuvre projetée peut ou non être implantée dans la zone. Voire participer de la création artistique en soumettant sa réalisation à des prescriptions spéciales, comme l'y autorise plus particulièrement l'article R. 111-21 du Code de l'urbanisme. Il faut également compter sur un quatrième intervenant, le requérant, qui va confronter sa propre conception de la règle de Droit et de l'art, voire même un cinquième, pour peu qu'un autre voisin saisisse le juge civil au titre des troubles anormaux de voisinage que lui causerait l'œuvre. Au-delà de la règle de Droit qu'il faut interpréter, chacun n'a finalement à opposer comme critère que sa propre sensibilité artistique : comment apprécier par exemple l'atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants ? Cela tient au fait, comme le relève Mme Morand-Deville, que « des standards sont posés comme points de repère, servant de critères partiels à l'esthétique dont ils ne seraient qu'une composante »².

Le Droit encadre donc l'œuvre d'art, tout en laissant une certaine marge de manœuvre... ou, si on préfère, d'interprétation, ce qui, finalement, caractérise toute création artistique.

LE DROIT D'AUTEUR, LIMITE A LA CREATION CONTEMPORAINE ?

Edouard TREPPOZ

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Bien que discuté par une partie de la doctrine³, l'application du droit d'auteur à la création contemporaine semble aujourd'hui s'imposer⁴. La jurisprudence montre alors, de façon remarquable, l'utilité, mais surtout la pertinence du droit d'auteur comme mode de protection pour la création contemporaine. On pense évidemment à la série jurisprudentielle à propos de l'emballage par Christo et Jeanne Claude. Dernièrement, deux affaires sont venues rappeler que le droit d'auteur peut protéger une performance⁵ ou même une inscription⁶, à condition d'être originales.

Pour autant, cette application du droit d'auteur est peut-être une fausse bonne nouvelle pour les artistes contemporains. Protéger une œuvre par le droit d'auteur suppose en effet que cette œuvre ne puisse plus être librement utilisée par d'autres artistes. La protection par le droit d'auteur limite alors d'autant le domaine public et donc les sources d'inspiration et de création pour des artistes. De ce point de vue, le droit d'auteur peut apparaître non plus comme une chance pour les artistes, mais comme une contrainte, comme une limite à leur création. Deux exemples judiciaires le montrent. Jeff Koons, artiste star de la scène contemporaine, a été jugé contrefacteur du photographe Rogers pour son œuvre *String puppies*⁷. Plus récemment, c'est une photographie de Bettina Rheims qui a été qualifiée de contrefaçon pour avoir reproduit l'œuvre de Jacob Gautel⁸. La protection par le droit d'auteur possède son revers : elle limite à la création !⁹

Pour autant, ce risque mis en évidence d'une limite de la création par le droit d'auteur pourrait apparaître comme une élucubration de juristes, que viendrait contester le critique d'art en citant les nombreuses réinterprétations de tableaux célèbres par Picasso (la série *Des Ménines* inspirée par Velázquez ; *Le Déjeuner sur l'herbe* d'après Manet) ou encore Bacon (avec *Le Pape Innocent X* toujours de Velázquez) et plus récemment encore les copies par Sherrie Levine ou Elaine Sturtevant de Matisse, Klein, Léger, Duchamp,

porter atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales ».

(1) J. Makowiak, *Esthétique et droit*, LGDJ 2004, coll. « Bibl. droit de l'urbanisme et de l'environnement », T. 7., pp. 202 s.

(2) J. Morand-Deville, *Esthétique et droit de l'urbanisme*, in *Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 434.

³ Lucas (A. & H.-J.), *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 2001, n° 49 ; Lalignand (O.), *La problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur*, RRJ, 1989, p. 606, note 73 ; Strowel (A.), *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences*, LGDJ Bruylant, 1993, p. 411, note 83 ; Edelman (B.), sous TGI de Tarascon, 20 novembre 1998, D., 2000.98, n° 8 ; Cherpillod (Y.), *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC, 1985, n° 218 reconnaissant qu'un apport créatif pourrait néanmoins résulter de la mise en scène et dans le même sens Gaudrat (Ph.), *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, Mélanges Françon, Dalloz, 1995, p. 211.

⁴ Voir notamment : Walvarens (N.), *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, Economica, 2005 et Treppoz (E.), *Quelle(s) protection(s) pour l'art contemporain ?*, RIDA, juillet, 2006, à paraître.

⁵ CA de Paris, 3 décembre 2004, D. 2005.1237, note E. Treppoz.

⁶ TGI Paris, 23 novembre 2005, D. 2006.10051, note E. Treppoz.

⁷ Roger v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir.)

⁸ TGI Paris, 23 novembre 2005, D. 2006.10051, note E. Treppoz.

⁹ Sur cette question : Werra de (J.), *Liberté de l'art et droit d'auteur*, Medialex, 2001, p. 147 et Geiger (Ch.), *Liberté de l'image et droit d'auteur*, Legipresse, n° 223, juillet/août 2005, p. 84.

Warhol¹... Or, aucune de ces appropriations, pourtant parfois connues de l'artiste copié, ne semblent donner lieu à contentieux, du moins lorsque l'appropriation porte sur le travail d'artistes contemporains². La liberté de copier s'érigerait ainsi en règle autonome de l'art contemporain, refoulant le droit étatique. Le propos doit être doublement nuancé. D'abord, de manière presque banale, le monde de l'art contemporain n'échappe pas à la judiciarisation de notre société. Ensuite, de manière plus intéressante, cette autonomie du monde de l'art secrétant ses propres règles n'est possible que dans un monde homogène et étanche. Lorsque l'œuvre appropriée est celle d'un photographe étranger à ce monde³, il porte l'affaire devant les tribunaux judiciaires. Le constat est le même lorsque les artistes se font copier non pas par des artistes de leur monde, mais par des photographes ou des publicitaires. L'artiste saisit les tribunaux⁴. Dans les deux cas, la présence d'acteurs extérieurs au monde de l'art contemporain, soit comme victime, soit comme fauteur, facilite la saisine des tribunaux et donc l'application du droit étatique. Se pose alors, comme dans l'affaire récemment jugée par le Tribunal de grande instance de Paris, la question des limites apportées par le droit d'auteur à la création contemporaine. La réponse du Droit français est alors claire : l'appropriation, sans l'autorisation de l'auteur, est une contrefaçon. Pour autant, cette réponse n'est pas satisfaisante. Il faut alors se demander *de lege ferenda* si certaines œuvres, en raison de leur notoriété, ne pourraient pas être librement utilisées. La nature juridique de l'appropriation (I) appellerait une incidence négative de la notoriété sur la protection (II).

I. LA NATURE JURIDIQUE DE L'APPROPRIATION

La nature juridique de l'appropriation est double. En premier lieu, elle s'analyse, le plus souvent, en une œuvre originale et plus particulièrement, en une œuvre composite. Dès lors, et cela constitue la seconde face de l'appropriation, elle est, sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre initiale, une contrefaçon. L'originalité de l'appropriation (A) est alors sans conséquence sur sa nature contrefaisante (B).

A. L'ORIGINALITE DE L'APPROPRIATION

La présence de l'originalité au travers de l'appropriation

L'originalité de l'appropriation s'impose lorsque l'auteur se livre à une réinterprétation d'une œuvre célèbre. On pense au *Déjeuner sur l'herbe* de Picasso ou au *Pape Innocent X* de Bacon. Le peintre s'approprie la composition de l'œuvre initiale, mais lui substitue sa propre expression. Un peu comme un traducteur, Picasso décline le *Déjeuner sur l'herbe* dans une autre langue, celle du cubisme. Cette « traduction » satisfait alors à la condition d'originalité justifiant sa protection par le droit d'auteur. Le propos se complique face non plus à des réinterprétations, mais à des copies. Lorsque Sherrie Levine re-photographie des reproductions de Walker Evans et Edward Weston, fait-elle œuvre créatrice ? La réponse est sans doute positive. En effet, la jurisprudence se montre très accueillante pour les photographies de tableaux, comme en témoigne l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 septembre 2001⁵. Dès lors, si des photographies documentaires de tableaux de Picasso sont des œuvres protégées par le droit d'auteur, des photographies de reproductions doivent être traitées de la même manière, surtout lorsque ces photographies s'inscrivent dans un travail critique sur la notion de rareté. Seules ces dernières marquent véritablement la personnalité de l'auteur. Le constat se doit d'être identique pour les travaux ultérieurs de Sherrie Levine abandonnant la reproduction mécanique pour l'aquarelle. Là encore, ses copies d'œuvres de grands maîtres sont des œuvres protégées par le droit d'auteur. Là encore, la position de la jurisprudence, même si elle n'est pas sans susciter des critiques, est claire. Ces copies, malgré le caractère relatif d'une telle originalité, sont des œuvres protégées par le droit d'auteur⁶.

La qualification de l'appropriation d'œuvre composite

Plus précisément, elle s'analyse en une œuvre composite. L'œuvre composite suppose que l'œuvre nouvelle – ici la copie – s'incorpore dans un œuvre préexistante – ici, l'œuvre appropriée –, incorporation qui doit s'effectuer sans collaboration de l'auteur de l'œuvre première. L'auteur utilise comme matériau de création une ou des créations préexistantes justifiant de parler d'originalité dérivée. L'œuvre est alors créée par plusieurs

¹ Sur cette question lire : Millet (C.), *L'art d'appropriation devant les tribunaux*, in Copyright / Copywrong, 2003, p. 122.

² Seule l'appropriation par Sherrie Levine des photographies d'Edward Weston et de Walker Evans a donné lieu à un procès qui s'est soldé par un accord à l'amiable. On citera néanmoins, récemment, l'affaire opposant J. Gautel à B. Rheims, sur laquelle TGI Paris, 23 nov. 2005, D. 2006.1051, note E. Treppoz.

³ Outre l'affaire précitée opposant Sherrie Levine aux photographes Edward Weston et Walker Evans, on citera Jean Pierre Leloir dans l'affaire Rancillac ou Art Rogers dans l'affaire Koons (Roger v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir.)). Sur ces exemples, voir : Millet (C.), *L'art d'appropriation devant les tribunaux*, in Copyright / Copywrong, 2003, p. 115.

⁴ On citera l'affaire opposant Christo à un publicitaire (TGI Paris, 26 mai 1987, Dalloz, 1988, SC, p. 201, obs. Colombet.) et dernièrement l'affaire opposant les artistes suisses Fischli & Weiss à un publicitaire (sur laquelle : McClean (D.), *Does UK copyright law better protect foxes than hedgehogs ?* Fischli & Weiss and the Honda advert, conférence donnée lors du colloque Droits d'Images à Genève le 3 décembre 2004).

⁵ CA Paris, 4^e ch., 26 septembre 2001, JCP, E, 2002.329 note Caron et PI, 2002, n° 3, p. 46 obs. Sirinelli.

⁶ Civ., 1^e, 9 nov. 1993, D., 1993, SC, 91, obs. Colombet et Civ., 1^e, 5 mai 1998, D. aff., 1998, p. 1007.

auteurs dont les prestations s'étalent dans le temps, à la différence de l'œuvre de collaboration ou de l'œuvre collective où la pluralité d'auteurs est simultanée. Conformément à l'article L. 113-4 du Code de propriété intellectuelle, l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve de droits de l'auteur de l'œuvre préexistante. Ainsi, toute exploitation faite à défaut de l'autorisation de l'auteur de l'œuvre préexistante constitue une contrefaçon¹. Sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre appropriée, l'appropriation est une contrefaçon.

B. LA NATURE CONTREFAISANTE DE L'APPROPRIATION

La nature contrefaisante de la reprise est alors indifférente à l'originalité de la reprise. Pour autant, toute reprise n'est pas nécessairement une contrefaçon. Il se peut d'abord que l'œuvre appropriée ne soit plus protégée par le droit d'auteur. Seul le droit moral peut alors permettre de contester une telle appropriation². Il se peut ensuite, que la reprise d'une œuvre protégée ne porte pas sur des éléments originaux de cette dernière. Enfin, exceptionnellement, le droit d'auteur peut autoriser des reproductions non autorisées par l'auteur. Ce sont ces deux derniers éléments que nous envisagerons.

Les contours de la contrefaçon

Face à la reprise intégrale d'une œuvre sans l'autorisation de l'auteur, la contrefaçon est patente. La situation se complique lorsque la reprise n'est que partielle. On pense par exemple aux réinterprétations de tableaux célèbres. La difficulté porte alors sur le tracé de la frontière entre la contrefaçon punissable et le plagiat autorisé³. La difficulté est l'une des plus redoutables du droit d'auteur, sans doute, parce que ce tracé doit prendre en compte deux objectifs antagonistes que sont : la protection de la création et la liberté de la création. Classiquement, l'on enseigne que l'idée est libre, alors que la forme sous condition d'originalité serait protégée. Dès lors, toute reprise d'éléments de forme originaux s'analyserait en une contrefaçon. Une doctrine récente propose néanmoins de soumettre cette ligne de partage à la seule originalité⁴. Dès lors, la reprise ne serait contrefaisante que si elle porte sur des éléments originaux de l'œuvre. La jurisprudence semble accrédi-ter cette position dans les deux affaires Christo. En effet, l'idée banale – emballer des objets – n'est pas protégée⁵ ; alors que l'idée originale – emballer le Pont-Neuf – peut l'être⁶. C'est au final la concrétisation de l'idée qui justifie la protection par le droit d'auteur, comme l'a récemment noté le Tribunal de grande instance de Paris dans une affaire relative au droit contemporain⁷. Ce refus de protéger les idées banales constitue la condition même de l'existence des créations futures. S'il peut apparaître *a priori* sympathique de plaider en faveur d'une plus grande protection, notamment pour mieux protéger les idées, il ne faut jamais oublier que ce surplus de protection se retournera au final contre les artistes, en limitant leur activité créatrice. Les juges ont ainsi pu faire preuve de sagesse en refusant de protéger le style cubiste par le droit d'auteur⁸, ce dernier relevant du fond commun de la création. Tout autre solution aurait en effet conduit à considérer comme contrefaisant l'un des plus beaux dialogues créatifs de la peinture moderne. On le voit la délimitation des contours de la protection doit se faire avec prudence afin de satisfaire ces deux intérêts antagonistes que sont protection et liberté de la création.

L'absence d'exception

Pour autant, la reprise d'un élément original n'est pas toujours une contrefaçon. Elle peut exceptionnellement être autorisée par le biais d'une exception du droit d'auteur. Ainsi, la Cour constitutionnelle⁹ allemande a reconnu que « l'intérêt de l'artiste à la libre utilisation doit prévaloir sur les simples intérêts financiers des titulaires de droits », faisant primer la liberté artistique sur le droit d'auteur. Le constat est nettement plus décevant en Droit français. Trois exceptions sont alors envisageables. L'exception de courte citation d'abord : on sait quelle est de peu d'intérêt en matière artistique en raison de l'interprétation stricte retenue par la Cour de

¹ CA Paris, 4^e ch., 13 janvier 1993, Juris Data n° 1993-020603.

² Rapp. l'affaire relative à la suite des Misérables : CA Paris, 4^e, 31 mars 2004, D. 2004.2028.

³ Renouard (A.-C.), *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux arts*, Paris, 1839, T II, « Il est impossible de fixer une limite précise à laquelle s'arrête la contrefaçon punissable, à laquelle commence le plagiat toléré ». Pour une même conclusion en copyright : voir *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d. 119 (2d Circ. 1930) : « Nobody has never been able to fix that boundary and nobody ever can. »

⁴ En ce sens : Gautier (P.-Y.), *ibidem* ; Edelman (B.), *Création et banalité*, D. 1983, chronique, 73 et Le Tourneau (Ph.), *Folles idées sur les idées*, CCE, février 2001, chr. n° 4, p. 8.

⁵ TGI Paris, 26 mai 1987, D., 1988, SC, p. 201, obs. C. Colombet.

⁶ CA de Paris, 13 mars 1986, D., 1987, SC, p. 150, obs. C. Colombet.

⁷ TGI Paris, 23 nov. 2005, D. 2006.1051, note E. Treppoz.

⁸ TGI Paris, 3 juin 1998, Gaz Pal, 2^e sem., 1998, somm., p. 689-690 : « Il s'agit plutôt d'un style ou d'une école qui relève du fonds commun de la création et de la connaissance humaine ».

⁹ BverfG, 20 juin 2000, Germania 3, GRUR, 2001, p.149. Voir Werra de (J.), *Liberté de l'art et droit d'auteur*, Medialex, 2001, p. 147.

cassation¹. Les reproductions à caractère accessoire ensuite : la Cour de cassation a ainsi considéré que « la représentation d'une œuvre se fondant dans l'ensemble architectural de la Place des Terreaux dont elle ne constituait qu'un élément »² était licite, car accessoire. La difficulté porte alors sur la qualification de ces hypothèses d'appropriation artistique d'accessoire³. L'appropriation est le plus souvent délibérée, excluant dès lors l'application d'une telle exception. Reste alors la parodie ! Le but d'une telle exception est d'émettre une appréciation critique sur une autre œuvre, le plus souvent en faisant rire, mais pas toujours⁴. Deux conditions sont exigées : l'absence de confusion et l'intention humoristique ou satirique. On pense alors à *La Joconde* affublée d'une moustache par Dali. On pense aussi à l'appropriation d'images de la culture populaire par les artistes du Pop Art. Utile, cette exception est néanmoins limitée ; un grand nombre d'appropriations par les artistes contemporains ne relevant pas du genre parodique.

On peut dès lors affirmer que l'appropriation, à partir du moment où elle porte sur des éléments originaux, reste, par principe, en Droit français, contrefaisante. Indéniablement, le droit d'auteur s'affirme comme une limite à la création. Il faut alors dépasser ce constat et se demander avec un artiste si certaines images devenues des « icônes » ne devraient pas être libres de droit⁵. La question conduit à s'interroger sur une possible incidence négative de la notoriété (succès) sur la protection.

II. L'INCIDENCE NEGATIVE DE LA NOTORIETE SUR LA PROTECTION

Si la notoriété conduit le plus souvent à renforcer la protection comme en témoigne le traitement particulier réservé aux marques notoires, il se peut de manière exceptionnelle que la notoriété, ou plus exactement l'excès de notoriété, conduise à un affaiblissement, voire à une déchéance de la protection. C'est cette « *servitude de la gloire* »⁶ que nous tenterons de mettre en évidence au-delà du droit d'auteur (A), pour s'interroger sur sa pertinence en droit d'auteur (B).

A. L'INCIDENCE NEGATIVE DE LA NOTORIETE AU DELA DU DROIT D'AUTEUR

L'incidence négative de la notoriété au-delà du droit d'auteur peut être facilement mise en évidence tant en droit des marques qu'en droit de la personnalité.

Notoriété et marques

En droit des marques, on pense nécessairement à l'article L. 714-6 du CPI frappant de déchéance les signes devenus la désignation usuelle du produit. Un auteur a pu alors opportunément parler de « *dégénérescence des marques par excès de notoriété* »⁷. L'excès de notoriété banalise le signe. Devenu la désignation usuelle du produit, le signe n'assume plus son rôle distinctif, justifiant sa déchéance. La notoriété acquise par le signe conduit alors à sa perte. Sans doute, faut-il préciser que le droit sanctionne non pas tant l'excès de notoriété que la passivité du titulaire de la marque face à un tel excès de notoriété comme le montre la jurisprudence *Pina Colada*⁸. Surtout, cette solution n'est nullement transposable au-delà du droit des marques, tant elle se justifie par la fonction particulière du signe. Ce dernier est protégé s'il est distinctif à l'origine et si cette distinctivité demeure au cours de l'exploitation.

Notoriété et droit de la personnalité

¹ Voir notamment : AP, 5 novembre 1993, JCP, 1994.II.22201 Françon. On peut alors regretter que cette jurisprudence n'ait pas été combattue par le législateur à l'occasion de la transposition de la directive de 2001 ; comme l'y incitait les juridictions du fond (CA Paris, 2 février 2005, CCE, 2005, com, n° 79, « *La reproduction intégrale d'une photographie en petit format peut être qualifiée de courte citation.* »)

² Civ, 1^e, 15 mars 2005, RLDI, 2005.134, Geiger ; D., 2005.J.1645, note Ph. Allaëys ; JCP, 2005.II.10072, note Th. Lancrenon et CCE, 2005, comm. 78, note C. Caron.

³ Kostic (G.), *La représentation de l'œuvre d'un tiers dans une publicité*, D., 1999.Ch.503, n° 12 et Daleau (J.), note sous Civ., 1^e, 12 juin 2001, D., 2001.2517. Sur l'imprécision d'un tel critère parfois apprécié matériellement et parfois intellectuellement.

⁴ Durrande (S.), *La parodie, le pastiche et la caricature*, Mélanges Françon, Dalloz, 1995, p. 137.

⁵ Voir l'intervention d'Olivier Blanckart lors du colloque « *Droits d'images* » qui s'est tenu à Genève les 3 et 4 décembre 2004. Vielle (A.), JDA, 2005 ???.

⁶ Selon l'expression de Sarraute (R.), *Le respect de la vie privée et les servitudes de la gloire*, Gaz. Pal., 1966, 1, doct. p. 12.

⁷ Pérot-Morel (M.-A.), *La dégénérescence des marques par excès de notoriétés*, Mélanges Bastian, Litec, 1974, p. 49.

⁸ CA Paris, 4^e ch, 19 octobre 2001, D., 2003.SC.131, obs. Durrande ; PI, 2002, n° 3m p. 94, obs. E. Joly et CCE, 2002, comm.

n° 115 note Caron. Sur la même affaire Com, 28 avril 2004, RLDA, 2004, sept., § 4620, obs. Vasa.

En droit de la personnalité, un courant important de la doctrine française s'accorde pour reconnaître que la notoriété d'une personne limite ces droits de la personnalité¹. Pour certains, « *tout personnage dit public abdiquerait son droit à l'image lorsqu'il est dans le cadre de ces fonctions publiques* »². Il a été en conséquence jugé que la fille de Jean Monnet ne pouvait, sur le fondement du droit à l'image, s'opposer à la reproduction du portrait de son père sur des pièces de monnaie³. Dans le même esprit, la protection de la vie privée se trouve nécessairement limitée pour les personnes publiques. C'est ainsi que pour la Cour de cassation une princesse ne peut s'opposer à une publication relatant sa difficile rupture : la révélation portant non pas sur la vie privée, mais sur des faits publics⁴. Il ne s'agit nullement pour la Cour de dénier la protection par les droits de la personnalité à la personne célèbre⁵, mais de constater, dans certains cas, que la notoriété conduit à un affaiblissement de la protection. Cette incidence négative de la notoriété se retrouve en droit comparé. On citera la loi italienne du 22 avril 1941, art. 97 al. 1 selon laquelle « *le consentement de la personne représentée n'est pas nécessaire quand la reproduction de l'image est justifiée par la notoriété de cette personne* ». On citera aussi la loi allemande de 9 janvier 1907 admettant la libre disponibilité des images des personnalités absolues de l'histoire contemporaine. Il s'agit, là encore, de reconnaître que la notoriété peut aboutir à un inflexionnement de la protection. Certes, cette position allemande a été sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'Homme⁶. Néanmoins, la condamnation porte sur l'imprécision entourant la qualification « *de personnalité absolue de l'histoire contemporaine* » et non sur l'incidence négative de la notoriété. Il faut alors s'interroger sur une telle incidence en droit d'auteur.

B. L'INCIDENCE DE LA NOTORIÉTÉ EN DROIT D'AUTEUR

Notoriété et droit de la concurrence

A priori, le droit d'auteur n'accorde aucune place à la notoriété, que ce soit pour renforcer ou affaiblir la protection. Néanmoins, l'application du droit de la concurrence avec la théorie des *facilités essentielles* conduit à relativiser ce constat. Issue du Droit américain, cette théorie conduit à octroyer des licences forcées lorsqu'un produit est jugé indispensable pour l'accès à un marché pertinent. Or, on sait que cette théorie a été appliquée, tant par la Cour de cassation⁷ que par la Cour de justice des communautés européennes⁸, à des œuvres protégées par le droit d'auteur. Il s'agit, dès lors, par l'application du droit de la concurrence, de remettre en cause l'exclusivité du droit d'auteur en raison du succès rencontré par l'œuvre. C'est l'excès de succès qui rend l'œuvre indispensable, justifiant le jeu de la théorie des facilités essentielles. Pour autant, cette prise en compte de la notoriété serait sans incidence dans notre matière. En effet, les conditions même d'application de cette théorie la limiteraient aux biens informationnels, tels que les logiciels ou les bases de données⁹. Le noyau dur du droit d'auteur serait dès lors sauf, aucune œuvre d'art n'étant indispensable pour l'accès à un marché. On peut s'interroger sur cette présentation faisant du droit de la concurrence l'instrument d'une épure, souhaitée par beaucoup, du droit d'auteur. D'abord, la réalité économique et concurrentielle de la création contemporaine conteste cette prétendue étanchéité du « vrai » droit d'auteur au droit de la concurrence. Ensuite, à supposer que le droit d'auteur ait protégé le style cubiste, il n'aurait peut-être pas été aberrant de qualifier ce style d'indispensable à « *l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs* »¹⁰. Comme quoi le droit de la concurrence ne lutte pas tant contre l'excroissance du droit d'auteur que contre l'excès de protection, ce qui n'est pas totalement pareil.

De lege ferenda

Au-delà du jeu particulier du droit de la concurrence, il faut s'interroger *de lege ferenda* sur la possibilité, comme en matière de droits de marques et de droits de la personnalité, de sanctionner les excès de notoriété par un amoindrissement de la protection. La proposition n'est pas si provocatrice pour qui relirait Locke à la lumière de la doctrine contemporaine américaine. On sait que l'auteur du *Second Traité du Gouvernement* est à l'origine de la conception *jusnaturaliste* du droit d'auteur avec cette phrase : « *Le travail de son corps et l'ouvrage de ses*

¹ Voir par exemple : Stoufflet (J.), *Le droit de la personne sur son image*, JPC, 1957.I.1374, spéc. n° 12 et récemment Loiseau (G.), *Des droits patrimoniaux de la personnalité*, Mc Gill Law Journal, 1997, p. 319 et spéc., p. 337.

² Bigot (C.), *Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information*, D., 1999, ch., p. 235.

³ CA de Paris, 1^{er} ch., 10 nov. 1992, RIDA, avril 1993, n° 156, p. 232.

⁴ Civ 1^{er}, 3 avril 2002, Legipresse, oct., 2002, n° 195, III, p. 170, note Loiseau ; D., 2002.3164, note Bigot et CCE, 2002, comm. 158, obs. Lepage.

⁵ Civ., 1^{er}, ???

⁶ CEDH, Affaire Von Hannover c. Allemagne, (*Requête n° 59320/00*), 24 juin 2004, Dalloz, 2005. ??, note J.-L. Halperin.

⁷ Com., 12 juillet 2005, CCE, 2005, comm. 149 obs. Caron et comm. 160 note Decocq ; JCP, 2005.II.10121, note Poumarède et PI, 2005, n° 17, p. 481, obs. Lemarchand.

⁸ CJCE, 29 avril 2004, IMS Helath, CCE, 2004, comm., n° 69 ; D. 2004.J.2366, note Sardain ; Legipresse, 2005, n° 220, III, 57, note Bergé ; Prop. Ind., 2004, com. 56, note Kamina et PI, 2004, n° 12, p. 821 note Benabou.

⁹ Sur laquelle voir notamment : Lemarchand (O.), Fréget (O.) & Sardain (F.), *Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence*, PI, janvier 2003, p. 11 et suiv.

¹⁰ CJCE, 29 avril 2004, IMS Helath, op. cit.

mains, pouvons-nous dire, lui appartiennent en propre ». On connaît peut-être moins la limite que John Locke apportait à cette affirmation : « *du moins là où ce qui est laissé en commun pour les autres est en quantité suffisante et d'aussi bonne qualité* ». Or, pour un auteur américain¹, cette limite justifierait que certaines œuvres en raison de leur importance puissent être libres d'accès. La position consiste alors à reconnaître une incidence négative de la notoriété sur la protection. A n'en pas douter, un tel affaiblissement ne pourrait prendre la figure d'une déchéance de protection difficilement conciliable avec les exigences du désormais fameux triple test. Une forme de licence forcée serait davantage envisageable. L'auteur de l'œuvre jugée excessivement notoire ne pourrait plus s'opposer à l'utilisation de son œuvre, sauf à supposer une atteinte au droit moral. On le voit, si la prise en compte de la notoriété au stade du droit d'auteur est théoriquement envisageable, elle demeure très hypothétique laissant, en Droit français, le conflit entier entre liberté créatrice et droit d'auteur.

Peut-être, la solution est-elle en train d'être apportée par les artistes utilisant les *commons creatives* pour transformer le droit d'auteur en instrument de liberté. Mais c'est déjà une autre question !

¹ Gordon (W.), Yale Law Journal, 1993, 102.1533.