

***Le droit et l'objet d'art
Réflexions en marge d'un colloque***

par Alain STROWEL

Le droit et l'objet d'art ***Réflexions en marge d'un colloque***

par Alain STROWEL

*Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis
Avocat au bureau de Bruxelles*

Le droit et l'objet d'art: tel était le thème choisi par l'Association des Diplômés en droit de l'Université Catholique de Louvain pour un colloque qui s'est tenu à Louvain-la-Neuve le 2 décembre 1988 (1).

Le droit et l'objet d'art: il fut, on s'en doute, plutôt question de droit que d'art tout au long de cette journée d'étude. Seul l'exposé introductif de Mme Dora Vallier, qui s'est efforcée de montrer comment était en train de se constituer sous nos yeux un nouveau « système visuel », relevait d'une analyse d'ordre esthétique.

Le droit et l'objet d'art: l'objectif de la journée fut plus précisément de passer en revue quelques-uns des multiples sens de la conjonction « et » reliant les deux termes du titre, autrement dit, de montrer comment, à travers ses diverses branches, le droit appréhende l'art plastique (2).

Cette approche juridique du phénomène artistique fut menée tant du point de vue du droit privé que du droit public.

C'est ainsi que Ph. Coppens et N. Verheyden-Jeanmart, M. Fontaine, R.O. Dalcq et P.-A. Delvaux ont, tout à tour, abordé l'objet d'art sous l'angle du droit des biens, du droit des contrats

(1) *Le droit et l'objet d'art*: tel est encore le titre du numéro spécial 3-4/1988 des *Annales de droit de Louvain*, qui réunit l'ensemble des contributions au colloque.

(2) Une entreprise similaire mais plus complète visant à confronter art et droit a été réalisée dans l'ouvrage collectif sous la direction de K. Rimanque, *Kunst en recht*, Anvers, Kluwer, 1985, 280 p.

et du droit des assurances. Tandis que, du côté du droit public, F. Haumont présentait le système de protection du patrimoine culturel mobilier et F. Jongen les différents modes d'aide à l'activité artistique. Entre ces diverses contributions juridiques, s'intercalait encore un exposé plus technique sur l'expertise scientifique des peintures par H. Verougstraete-Marcq.

Je voudrais, plutôt que de faire un compte rendu détaillé de ce colloque, reprendre dans une première partie la question de l'appréhension juridique de l'objet d'art et formuler quelques réflexions en repartant des contributions centrées autour du droit d'auteur (3) — n'est-ce pas le droit d'auteur qui résume au mieux le regard que le droit pose sur l'œuvre d'art ?

Modifiant ensuite quelque peu ma perspective, j'essaierai de montrer dans une seconde partie comment certains développements de l'art contemporain remettent partiellement en cause les principes classiques du droit d'auteur.

I. L'art vu à travers le prisme du droit d'auteur

Selon F. Rigaux (4), Ph. Coppens et N. Verheyden-Jeanmart (5), le droit d'auteur est imprégné de subjectivisme. Cette constatation générale renvoie, me semble-t-il, à deux traits de notre système de protection des œuvres de l'esprit, que les auteurs précités ne distinguent pas toujours clairement : d'abord au fait que le droit d'auteur est un *droit d'inspiration subjectiviste* ou individualiste ; ensuite, à celui que le droit d'auteur repose sur une *conception subjectiviste de l'art et de la création en général*.

Premièrement donc, le droit d'auteur est un droit subjectif. Non sans rappeler le geste de l'esthétique subjectiviste qui, dans le culte qu'elle voue au créateur, réfère l'œuvre au fond d'expériences vécues par l'artiste et échoue par conséquent à penser la pure immanence de l'œuvre d'art, le droit de la propriété littéraire et artistique, centré autour de la figure du sujet créateur, délimite le(s) droit(s) subjectif(s) de l'auteur mais ne définit pas le statut juridique

(3) Il s'agit du rapport de Ph. Coppens et N. Verheyden-Jeanmart (*La propriété d'une œuvre d'art et les droits moraux de l'artiste*, p. 285 à 352) et des réflexions de clôture de F. Rigaux (*Le droit, à la découverte de l'art*, p. 471 à 489).

(4) F. Rigaux, *op. cit.*, p. 473.

(5) Ph. Coppens et N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 286 à 288.

de l'œuvre d'art en tant que telle (6). L'absence d'un statut légal des œuvres d'art expliquerait que l'aménagement des rapports entre les droits du créateur et ceux du propriétaire de l'œuvre conserve, comme l'ont d'ailleurs bien montré Ph. Coppens et N. Verheyden-Jeanmart, des contours imprécis (7). « L'affaire Somville » l'a encore récemment bien mis en évidence (8).

Deuxièmement, la conception de l'art, ou plutôt de la création artistique, sous-jacente au droit d'auteur est subjective. Si le droit d'auteur évite soigneusement de poser la question de la valeur artistique des œuvres — le critère du mérite ou le caractère artistique n'étant pas une condition de protection (9) —, il exige généralement comme conditions d'application l'existence 1) d'une création 2) originale. De ce fait, le droit d'auteur ne peut pas faire l'économie d'une conception de la création en général, et par conséquent de la création artistique.

« Dans la définition traditionnelle, subjective, du droit d'auteur », écrit I. Cherpillod (10), la notion de création paraissait claire : « une personne physique, l'auteur, tirait de son fond une expression certes inspirée par des éléments empruntés au monde sensible, mais qui acquerrait un caractère individuel par le fait même de la création personnelle ». L'œuvre apparaît alors comme le fruit de cette création, et son originalité découle de l'empreinte laissée par la personnalité de l'auteur. En marge de cette conception dominante, certains auteurs ont défendu une deuxième acception des notions de création et d'originalité, que l'on peut, à la suite d'I. Cherpillod, qualifier d'objective. Selon celle-ci, l'œuvre, que l'on envisage elle-même, indépendamment de la personnalité de son auteur, est originale lorsqu'elle a la propriété d'être « unique statistiquement », ou, à tout le moins, lorsqu'elle revêt un degré supérieur de nouveauté (11). Dès lors que l'on place la nouveauté objective au centre de la notion de création, ce n'est plus l'acte psychologique

(6) En ce sens : C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 1988, p. 299.

(7) C. Colombet, *Note sous Cour d'Appel de Paris*, 10 juillet 1975, in *D.*, 1977, jurispr., p. 345 et 346.

(8) Voir à ce sujet : A. Strowel, *L'affaire Somville : une question de droits ou une pesée des intérêts ?*, in *Journal des procès*, n° 148, 7 avril 1989, p. 8 et s.

(9) Voir à ce propos : C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1981.

(10) I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, Cédicac, 1985, p. 115 et 125.

(11) *Ibidem*, p. 62 et 133 et s. I. Cherpillod s'appuie en outre sur les théories de M. Kummer et de F. Perret.

par lequel l'auteur donne naissance à l'œuvre, mais le fait d'apporter à la collectivité un bien nouveau qui constitue le critère décisif pour l'octroi de la protection (12).

On voit donc bien le renversement de perspective que le passage d'une conception subjective à une conception objective de la création impliquerait. Si la majorité de la doctrine adopte encore toujours aujourd'hui une approche subjective, celle-ci est cependant sérieusement ébranlée par certaines percées nouvelles dans le domaine artistique.

II. Le droit d'auteur remis en cause par l'art contemporain

Après avoir été découvert — F. Rigaux dirait conquis ou colonisé (13) — par le droit, l'art, plus exactement certaines tendances de l'art contemporain : anti-art, land art, art conceptuel, intervention de l'aléatoire, ont infléchi les catégories traditionnelles du droit d'auteur, à commencer par la notion d'œuvre conçue comme émanation d'une personnalité (14) et la dichotomie « forme-idée », qui en découle, comme je voudrais le montrer maintenant.

*Les œuvres à caractère conceptuel :
conceptual art, land art et anti-art*

La doctrine, relayée par la jurisprudence, considère traditionnellement que le droit d'auteur ne confère de droit exclusif que sur la forme de l'œuvre, les idées ou le contenu échappant à toute appropriation privée. Première remarque. Cette thèse découle et est indissociable d'une conception subjective de l'originalité. C'est ainsi qu'un auteur a pu écrire que « c'est la forme seule qui est protégée parce que *seule* elle peut revêtir un caractère *personnel*, et prendre une disposition matérielle, fruit du travail, susceptible d'appropriation » (15), affirmation qui ne manque pas de susciter une certaine perplexité (16). On peut en effet, tout en avalisant une vision subjective de la création, se demander si les idées ne peuvent pas elles aussi revêtir un caractère subjectif. Et voilà posé le délicat problème de la protection des œuvres scientifiques ou des idées publicitaires (17). Par contre, on ne voit pas, dans l'hypothèse où est adoptée une notion objective de l'originalité, telle que présentée ci-dessus, comment justifier la distinction forme-idée et exclure les idées de la protection, puisqu'il faut bien admettre que ces dernières peuvent être « uniques statistiquement » ou parvenir à un degré supérieur de nouveauté.

Deuxième remarque, relative à la mise en œuvre du principe de la distinction formée-idée. Aussi longtemps que l'on entend par « forme » toute manifestation exprimée et par « idée » une représentation imaginaire imperceptible aux sens, il paraît évident que le droit d'auteur ne protège — comment pourrait-il en être autrement ? — que la forme (18). L'est nettement moins l'affirmation selon laquelle l'idée, qui s'est « haussée » au niveau de l'expression, n'est pas protégée non plus. Autrement dit, le principe qui enseigne que les idées sont de « libre parcours », pour reprendre l'expression de H. Desbois (19), laisse toute entière la question de savoir si les idées contenues dans une œuvre concrète sont protégeables ou non.

Or, de nombreuses œuvres de l'art contemporain se caractérisent tout autant par le fait A) qu'une idée, une question ou un procédé se trouve placé en leur centre, que par le fait B) qu'on ne peut y lire directement la marque de la personnalité de leur auteur.

A) Déjà chez René Magritte, il faut reconnaître que l'idée forme souvent l'essentiel du tableau (20). Qu'en est-il alors, dans le

(15) L. Poincard, *La propriété artistique et littéraire*, Paris, 1910, p. 165 cité par I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 63.

(16) A commencer chez certains artistes. Ainsi Donald Judd : « On ne peut employer sûrement le mot forme, parce que la distinction fond/forme est un faux problème, lui-même dérivé de la séparation artificielle entre penser et sentir » (*Longue discussion, non sur les chefs-d'œuvre, mais sur les causes de leur rareté*, in *Art in America*, septembre et octobre 1984, traduit et repris dans *L'époque, la mode, la morale, la passion. Aspects de l'art d'aujourd'hui 1977-1987*, Paris, Centre Georges Pompidou, 1987, p. 524).

(17) Voir, pour une première position du problème, C. Colombet, *Propriété...*, *op. cit.*, p. 28.

(18) I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 18.

(19) H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1978, n° 18.

(20) I. Cherpillod (*op. cit.*, p. 97-98) donne l'exemple du tableau intitulé *Les Vacances de Hegel*. On y voit un parapluie ouvert en position verticale, sur lequel est dressé un verre d'eau aux trois quarts plein. Ce n'est pas dans l'exécution de

(12) *Ibidem*, p. 129. Comme le note au passage I. Cherpillod, cette conception de l'originalité se rapproche du critère de non-évidence caractéristique du droit des brevets. Ajoutons qu'elle se distingue de la notion faible d'originalité (subjective), qui fait du travail et de l'habileté nécessaire à la production de l'œuvre la condition de sa protection, conception propre au système de copyright, vers laquelle la conception subjective et continentale de l'originalité a aujourd'hui tendance à dériver.

(13) F. Rigaux, *op. cit.*, p. 471-472.

(14) I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 116.

domaine de la sculpture, des objets trouvés, ou *ready-mades* (21), à l'exemple du fameux urinoir, baptisé *fontaine* par Marcel Duchamp (22)? N'est-ce pas avant toute chose dans l'intention de dévoiler, sur le mode de la dérision, le processus par lequel un objet se voit revêtu de la qualité et de la dignité d'œuvre d'art? Marcel Duchamp n'affirme-t-il pas par ailleurs lui-même que ce qui est en jeu, et digne d'intérêt, lorsque quelqu'un place 50 boîtes de soupe Campbell sur une planche, c'est le *concept* de placer 50 boîtes Campbell sur une planche (23), autrement dit le principe de la série sous-jacent à la représentation concrète d'une suite d'objets de série (24)?

Tel est plus généralement le cas de l'art conceptuel: la fixation de l'idée en constitue le noyau (25).

cette œuvre, somme toute assez quelconque et en tout cas de facture réaliste, que réside l'essentiel mais dans l'idée de traduire « une pensée dialectique par la réunion de deux éléments contradictoires en un objet de synthèse. Comme l'explique Magritte, « cet objet [...] a deux fonctions opposées : à la fois ne pas vouloir d'eau (la repousser), et en vouloir (en contenir). Il [Hegel] aurait été charmé, je pense, ou amusé (comme en vacances) et j'appelle ce tableau : *Les Vacances de Hegel* ».

(21) Pour d'autres exemples (et une discussion approfondie de la question), voir : G. Rau, *Antikunst und Urheberrecht*, Berlin, J. Schweitzer, 1978, p. 13 et s.

(22) L'absence d'originalité subjective explique que la doctrine, dans sa majorité, dénie la protection à ces œuvres (I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 130, note 86). Si celui qui présente comme œuvre d'art un objet trouvé, par exemple une racine de pin trouvée dans la forêt, se verra, selon M. Kummer, accorder un droit d'auteur au motif qu'il a opéré une sélection, E. Ulmer, et beaucoup d'autres à sa suite, écartent la protection dans ce cas car « la mise en évidence d'une seule forme prise parmi des quantités d'autres ne constitue pas le travail créateur de la sélection tel que l'entend le droit d'auteur » (*La notion d'œuvre en matière de droit d'auteur et l'art moderne*, in *DdA*, 1969, p. 81). Reste qu'on pourrait, à mon sens, en face de cette forme « faible » de création et de sélection, s'inspirer du régime des collections, en ce que le choix (des éléments) de l'œuvre est décisif, et surtout d'une récente décision française (Cour d'Appel de Paris, 25 mai 1988, in *D.*, 1988, jurispr., p. 542 et note B. Edelman) qui « invente », à côté de la notion classique d'œuvre de l'esprit, la catégorie d'« œuvre de l'homme », moins exigeante quant à sa teneur créative — et un dispositif de protection approprié à cette dernière —, à propos d'une collection, unique au monde, de voitures automobiles.

(23) Cité par F. Vischer, *Neue Tendenzen in der Kunst und das Urheberrecht, in Recht und Wirtschaft heute. Festgabe für Max Kummer*, Berne, 1980, p. 280.

(24) M. Melot écrit à ce propos que, « d'une certaine manière tout l'art contemporain peut être considéré comme une longue partie de « chat perché » où l'artiste, poursuivi et tenté par l'objet de série doit, pour survivre, s'en démarquer par des postures symboliques d'autant plus appréciées que la marge en est plus fragile » (*La notion d'originalité et son importance dans la définition des objets d'art*, in *Sociologie de l'art*, R. Moulin (sous la direction de), Paris, La Documentation française, 1986, p. 198).

(25) F. Vischer, *op. cit.*, p. 277-278 et la citation de Sol Lewitt : « Bei konzeptueller Kunst ist die Idee oder die Konzeption der wichtigste Aspekt der Arbeit [...] Die Idee wird zu einer Maschine, die die Kunst macht ».

En outre, l'originalité tient, dans beaucoup de cas, tant, si pas plus, au procédé choisi qu'à sa mise en œuvre. Or, une méthode ou une manière de procéder n'est pas susceptible d'être appropriée par le droit d'auteur (26) -contrairement au droit des brevets. C'est ainsi que la « recette » du land art de Christo, son idée d'emballer des objets, n'est en tant que telle pas protégeable (27). Par contre, le Pont-Neuf emballé, en tant que concrétisation de l'idée d'emballage, a été jugé couvert par le droit d'auteur (28). De même, en peinture, l'idée de collage tombe en-dehors de la protection, contrairement à tel ou tel collage réalisé par tel ou tel artiste.

Parfois l'exécution de l'œuvre est à ce point accessoire que l'auteur renonce à confectionner l'œuvre et se contente de décrire le processus de sa réalisation. Ainsi, l'œuvre intitulée « Xerox book » de Ian Burn qui « tient dans l'énoncé d'un procédé : une feuille de papier blanche est photocopiée par un appareil Xerox; la photocopie ainsi réalisée est ensuite employée pour en faire une nouvelle, qui sera à son tour, etc.; le résultat se compose d'une centaine de pages, les dernières photocopies effectuées étant tachetées par le jeu des impuretés; l'appareil à photocopier est utilisé dans des conditions normales » (29). En présence d'une telle œuvre-

(26) C'est une règle habituelle des divers régimes nationaux en matière de droit d'auteur, même si elle n'est la plupart du temps pas légalement consacrée. Seul le Copyright Act des Etats-Unis du 19 octobre 1976 mentionne très clairement que le droit d'auteur « ne s'étend en aucun cas à tout procédé, idée, procédure, système, mode opératoire, concept, principe ou découverte » (paragraphe 102, litt. b).

(27) Trib. Grande Instance de Paris, 26 mai 1987, in *D.*, 1988, somm. comm., p. 201 et la note de C. Colombet. Dans cette affaire, Christo avait attaqué une agence de publicité qui avait conçu et diffusé une campagne publicitaire basée sur des photographies en couleur représentant des biens et ouvrages d'art emballés à la façon de l'artiste américain. Lui reconnaître le droit d'interdire d'utiliser son idée pour faire des réalisations comparables aux siennes, mais seulement par le genre, eut été, note le commentateur, excessif puisque cela aurait conduit à monopoliser l'idée.

(28) Paris, 14^e ch., 13 mars 1986, in *D.*, 1987, somm. comm., p. 150 et la note de C. Colombet. Ce litige opposait Christo à deux sociétés qui se proposaient de reproduire et diffuser films et photographies relatives à la transformation du pont. La cour a estimé que l'opération d'emballage pouvait être considérée comme une œuvre protégée. Approuvant la solution, le commentateur souligne, cependant à juste titre que la motivation de la cour est malheureuse telle qu'elle est formulée : « L'idée de mettre en relief la pureté des lignes d'un pont et de ses lampadaires au moyen d'une toile et de cordages... constitue une œuvre originale susceptible de bénéficier à ce titre de la protection de la loi sur la propriété littéraire et artistique ». Voir encore à ce propos : P. Bertin, *Le Pont-Neuf emballé et le droit à l'image*, in *Gazette du Palais*, mai-juin 1986, doctr., p. 277-278.

(29) I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 139, note 125 qui renvoie lui-même à U. Meyer, *Conceptual Art*, New York, 1972, p. 94-95.

limite, se ramenant en définitive à une suite d'instructions, en présence d'un art littéralement sans œuvre (réalisée), on ne voit pas comment pourrait être revendiquée une protection.

B) Parallèlement, les artistes contemporains s'acharnent souvent à effacer de l'œuvre toute empreinte personnelle, comme s'ils souhaitaient disparaître dans l'anonymat. Roy Lichtenstein : « I want my paintings to look as if it had been programmed. I want to hide the record of my hands » (30). Que la personnalité de l'auteur n'effleure pas à la surface de l'œuvre, qu'elle ne soit pas directement visible dans l'œuvre elle-même, n'empêche pas, il est vrai, que celle-ci soit protégeable.

Reste qu'on doit relever, et certains artistes l'ont de fait aperçu, une forme de contradiction entre la volonté de produire des œuvres impersonnelles et la revendication d'un droit subjectif, et même de la personnalité, sur ces dernières. Ainsi, Daniel Buren : « La neutralité de la tâche — la peinture comme anti-peinture — et l'inexistence d'un style disponible nous oblige à constater un certain anonymat. L'œuvre doit être considérée comme une propriété commune; il ne peut donc être question d'en revendiquer la paternité dans un sens possessif [...] Etant donné que, dans notre façon de travailler, la projection de l'individu est pratiquement nulle, il n'est pas possible de prétendre que notre travail nous appartient » (31).

Malgré ces déclarations, les artistes conceptuels n'en continuent pas moins de respecter les normes de la propriété artistique et de se plier aux règles du marché de l'art.

Au moment où l'œuvre évolue vers sa limite, en se reniant comme œuvre d'art, c'est-à-dire comme œuvre unique et personnelle, la récupération de l'unicité exige plus que jamais que soit mise en avant la singularité de l'auteur; dans l'idéologie négativiste qui sous-tend l'anti-art, la dévalorisation de l'œuvre, qui évolue vers le « n'importe quoi », appelle la valorisation de l'auteur, qui ne peut être « n'importe qui » (32). Cependant, l'auteur ne désigne plus ici une personnalité : il se réduit plutôt à un nom apposé sur l'œuvre. D'où le rôle décisif de la signature dans l'art contemporain : produire la *rareté* sans laquelle il ne peut y avoir de marché de

(30) Cité par F. Vischer, *op. cit.*, p. 281.

(31) Cité par F. Vischer, *op. cit.*, p. 287.

(32) R. Moulin, *La genèse de la rareté artistique*, in *Ethnologie française*, 1978, p. 249.

l'art (33) et au maintien de laquelle sera en outre affectée la propriété intellectuelle. Autrement dit, plus les œuvres sont anonymes, moins elles peuvent être le fait d'auteurs anonymes. Ainsi une boîte « Brillo » n'est qu'un produit de supermarché tant qu'elle n'est pas signée par Andy Warhol (34).

Mais « pour que la signature soit capable de désigner (labéliser) un produit comme artistique, il faut encore, ajoute R. Moulin (35), que l'auteur ait été, au préalable, socialement défini comme artiste (36). Alors que dans le système classique, on part de la définition de l'œuvre et on en déduit que celui qui réalise des œuvres dignes d'être protégées est de ce fait même un artiste (37), aujourd'hui, « par une sorte de renversement des perspectives, c'est la reconnaissance sociale de l'artiste-créateur » par le marché de l'art « qui constitue le préalable de la définition de l'œuvre comme artistique » (38). On pourrait donc dire, de façon provocante, que le marché fait l'art en faisant les artistes.

N'est-ce pas cette logique du marché de l'art qu'évoque Philippe Thomas dans des séries intitulées « Sujets à discrétion » ? Chacune de ces séries se compose de « trois cibachromes identiques, trois vues d'un bout de mer bien bleue. La première intitulée « Mer Méditerranée, vue générale » est attribuée à un auteur anonyme. La seconde, « Autoportrait », à Philippe Thomas et la troisième est signée par l'acquéreur de l'ensemble. La logique du collectionneur [du marché] est ici portée à son point extrême puisque propriétaire de l'œuvre, il en devient l'auteur. C'est alors l'acheteur qui fait l'œuvre, qui la différencie des autres, qui lui donne son caractère unique » (39). Ce genre d'œuvres, tout comme les *ready-mades*

(33) Comme le souligne R. Moulin (*op. cit.*, p. 249), « la survie du marché de l'art implique que la signature soit apposée sur un objet matériel ».

(34) R. Moulin, *Remarques sur la définition sociologique de l'œuvre d'art*, in *Le marché commun et le marché de l'art*, M. Vanden Abeele (sous la direction de), Bruxelles, éd de l'U.L.B., 1982, p. 32.

(35) *Ibidem*, p. 32.

(36) Cette désignation sociale résulte d'un système complexe aux acteurs multiples : artistes, conservateurs et critiques, professeurs des écoles d'art, collectionneurs, directeurs de galeries... Voir à ce propos : R. Moulin, *De l'artisan au professionnel : l'artiste*, in *Sociologie du travail*, 1983, n° 4, p. 394 et s.

(37) J. Chatelain, *La notion d'œuvre d'art d'art originale. L'œuvre d'art vue par le juriste*, in *Le marché commun et le marché de l'art*, M. Vanden Abeele (sous la direction de), Bruxelles, éd de l'U.L.B., 1982, p. 21.

(38) R. Moulin, *Remarques...*, *op. cit.*, p. 34.

(39) M. Thomas, *Thomas*, in *Suppl. à Beaux-Arts Magazine*, nov. 1988, n° 62, p. 44.

de Duchamp, chez qui Thomas trouve sa source d'inspiration, ne se conçoivent pas sans mise en scène, voire même sans « coup de théâtre » (40). C'est cette interprétation, cette mise en relief théâtrale, qui démarque l'objet exposé du simple objet de tous les jours, réduit à sa seule fonction instrumentale. Comme le soutient A. Dietz (41), ces éléments de mise en scène doivent entrer en ligne de compte pour décider si l'œuvre est ou non protégeable.

Plus généralement, ce que de telles œuvres mettent en évidence, par-delà leur intention de parodier le marché de l'art, c'est la toute-puissance du critère de la nouveauté sur le marché de l'art, qui semble être devenu l'unique point de repère de la création et exige des stratégies de démarcation toujours plus raffinées (42). La formule paradoxale de « tradition du nouveau » résume bien l'art contemporain, sa contradiction dynamique, dont le principe est la forme même du changement (43).

Ce faisant, se creuse la distance entre la création contemporaine, plaçant en son centre la nouveauté objective, et le critère décisif pour l'octroi de la protection par le droit d'auteur : l'originalité subjective, qui conduit à considérer comme irrelevant du point de vue de la protection le fait que l'auteur ait ou non restitué quelque chose de déjà connu.

L'imprégnation de l'art par l'abstraction a remis en cause la distinction forme-fond (44) et la conception subjective de l'originalité. L'introduction de l'aléatoire est tout aussi problématique, comme je voudrais maintenant le démontrer.

(40) Ainsi l'œuvre précitée de Thomas est indissociable d'un « événement » artistique, en l'occurrence d'une conférence sur l'art donnée par l'auteur et à laquelle les acheteurs sont invités à participer en donnant leur nom à une des toiles et en mettant le prix pour l'acquisition de ce qui devient par ce seul fait une œuvre d'art, leur œuvre d'art (*Ibidem*, p. 44). De la même manière, la mise en scène pratiquée par Duchamp, par exemple pour faire d'un simple porte-bouteilles une sculpture, consistera à déplacer cet objet au musée.

(41) A. Dietz, *Urheberrechtsprobleme der neueren Kunstentwicklung*, in *Film und recht*, 1978, n° 2, p. 94. Pour poser le problème, cet auteur part de plusieurs exemples d'œuvres, dont « Le trou de la pensée » de Walter de Marias, qui consiste en un puit de forage profond de 1000 mètres, recouvert d'une plaque de métal.

(42) Arrivant en fin de partie, par rapport à l'avant-garde des années 60, les jeunes artistes en quête de légitimité « se disputent la priorité du « coup » encore jouable dans la grande opération de liquidation de l'art » (R. Moulin, *De l'artisan...*, *op. cit.*, p. 395).

(43) G. Lipovetsky, *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1983, p. 117.

(44) Ainsi C. Colombet (*commentaire* sous Trib. Grande Instance de Paris, 26 mai 1987, *p. cit.*, p. 201) écrit : « dans l'art plastique de la fin du XX^e siècle, il est parfois difficile d'opérer la distinction de l'idée et de la forme ».

*Les œuvres à caractère aléatoire :
les créations assistées par ordinateur (45)*

Si le principe du recours au droit d'auteur pour protéger les productions artistiques issues de l'ordinateur est incontestable, et à tout le moins beaucoup plus justifié que l'appel au droit d'auteur en vue de protéger les programmes d'ordinateur eux-mêmes, son application pratique peut néanmoins se heurter à de réelles difficultés, voire ébranler sérieusement la catégorie du droit d'auteur. Certes, l'ordinateur est le plus souvent un simple « instrument de travail » (46) qui permet de faciliter la mise au point de créations complexes, un « outil » (47), qui ne diffère pas foncièrement d'un piano ou d'une machine à écrire, même s'il s'en distingue en ce qu'il prolonge plus l'esprit que la main du créateur (48). Rien ne justifie, dans le cas où l'auteur contrôle effectivement toutes les étapes de la production de l'œuvre (49), de lui refuser la protection par le droit d'auteur (50).

Tout autre est par contre le cas de ce qu'on peut appeler les *œuvres-matrices*. Dans cette hypothèse, « l'artiste conçoit un système générateur d'œuvres » (51) non encore entièrement déterminées. De son côté, le destinataire de l'œuvre, ou le hasard, parachève l'œuvre en jouant « partiellement le rôle de l'auteur » (52). Dans le domaine de l'art plastique, on prendra l'exemple de la « sculpture-environnement » de Seawright, dont les réponses visuelles commandées par ordinateur dépendent de l'intervention des spectateurs (53). D'autres exemples, peut-être plus significatifs encore, existent dans le domaine musical ou littéraire (54). On a pu écrire que se

(45) Pour des exemples de telles créations dans différents domaines artistiques, et notamment en matière d'art plastique, voir : J.-C. Risset, *Problèmes de droit d'auteur découlant de l'utilisation d'ordinateurs pour la création d'œuvres*, in *Dd'A*, 1979, p. 244 et s.

(46) F. Gotzen, *L'ordinateur et la propriété intellectuelle*, in *J.T.*, 1976, p. 92.

(47) A. Lucas, *Le droit de l'informatique*, Paris, P.U.F., 1987, p. 314.

(48) *Ibidem*, p. 313.

(49) M. Garneau et F. Arena, *Droit d'auteur et informatique*, Etude pour le Gouvernement du Québec, Ministère des Affaires culturelles, mai 1987, p. 63.

(50) Il est évident que le refus de protection se justifie encore moins lorsque l'œuvre issue du traitement informatique résulte d'une œuvre pré-existante.

(51) P. Levy, *La machine-univers*, Paris, La Découverte, 1987, p. 62.

(52) *Ibidem*, p. 67.

(53) J.-C. Risset, *op. cit.*, p. 252.

(54) Citons le cas des « disques à manipuler » de Jagodic et Mieranu (J.-C. Risset, *op. cit.*, p. 250) et les romans policiers télématiques qui permettent aux lecteurs de combiner différents itinéraires de lecture et de choisir leur parcours dans l'histoire. (P. Levy, *op. cit.*, p. 62).

mettait ainsi en place un nouveau régime de la création; plus précisément qu'une certaine frange d'artistes s'emploient désormais non plus à créer des œuvres, mais plutôt à procréer des matrices d'œuvres et que, parallèlement, le destinataire de l'œuvre d'art n'a plus pour rôle d'interpréter un message mais d'effectuer une opération d'actualisation de l'œuvre (55).

Peut-être. Toujours est-il que, du point de vue du droit d'auteur, se pose la question de savoir quel peut être son objet: le résultat final du processus de création ou la forme procréatrice qui demande encore à être individualisée (56)? Autrement dit, le concepteur de l'œuvre-mère peut-il revendiquer un droit sur les œuvres générées à l'aide de l'ordinateur et auxquelles participent le hasard et/ou l'utilisateur?

Cette question cruciale, écrit A. Lucas (57), « met en cause la philosophie du droit d'auteur ». La réponse à celle-ci dépend en fait « du point de vue adopté sur la notion de création ».

Où on est reconduit au dilemme entre une conception subjective qui met l'accent sur l'empreinte de la personnalité et une conception objective qui privilégie la nouveauté du résultat. De la première, on déduira que « la protection ne doit être acquise qu'aux versions effectivement réalisées et assumées par l'auteur » (58). De la seconde, que le concepteur de l'œuvre-matrice peut se voir conférer la paternité de toute œuvre finale.

En fait, ces deux positions, dans leur radicalité, sont pareillement intenable.

D'une part, la vision subjective se doit d'être nuancée: certaines œuvres virtuellement comprises dans l'œuvre de départ peuvent ainsi être revendiquées par le créateur originaire si « le lien entre le créateur et les œuvres résultantes est suffisamment étroit »; en pratique, il faudra déterminer « si les instructions données à la machine n'ont été conçues qu'en vue de la création d'un très petit nombre d'œuvres » (59).

(55) P. Levy, *op. cit.*, p. 61-70. Dans le même sens, G. Lipovetsky (*op. cit.*, p. 146) écrit que: « l'œuvre moderne met ainsi en place une première forme de participation systématique, l'observateur est « appelé en quelque sorte à collaborer à l'œuvre du créateur », il en devient le « co-créateur » ».

(56) M.-C. Piatti et Y. Gaubiac, *La création artistique assistée par ordinateurs*, in *RIDA*, 1983, n° 118, p. 145.

(57) A. Lucas, *op. cit.*, p. 319.

(58) *Ibidem*, p. 319.

(59) *Ibidem*, p. 320-321.

D'autre part, la conception objective ne peut entraîner l'élimination pure et simple de toute exigence d'un lien entre l'auteur et l'œuvre. Le droit d'auteur n'est-il pas, par nature, un droit exclusif et subjectif, réclamant comme titulaire une personne physique? Si la notion de création ne se conçoit dès lors pas sans un rattachement minimal de l'œuvre à une personne, cette relation s'interprétera de façon faible dans le cadre d'une approche objective: « un tel lien existe sitôt que la valeur nouvelle est due à l'activité de l'auteur, sans pour autant demander à ce dernier qu'il ait entièrement dirigé et prévu sa création: on devrait se satisfaire d'une simple influence » (60). Dans le cas des créations assistées par ordinateur, il faudra apprécier cette influence avec beaucoup de prudence.

Comme on l'aura constaté, l'expérience des limites que pratique l'art contemporain rejaillit sur les lignes-frontières qui dessinent le régime du droit d'auteur, à commencer par le critère de l'originalité et la distinction forme-idée.

Les quelques réflexions et exemples qui précèdent ne conduisent pas, loin s'en faut, à conclure à l'inadéquation du droit d'auteur, dont la force a été, depuis sa consécration au XIX^{ème} siècle, et reste, de pouvoir s'adapter à une multitude d'œuvres nouvelles (61); elles mettent seulement en évidence que l'application des principes directeurs de ce droit est devenue plus difficile en présence de certaines formes récentes de l'art — et donc pas seulement, comme on a coutume de la souligner, lorsque le droit d'auteur s'applique aux produits de la technique.

(60) I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 130.

(61) Les réformes législatives envisagées, je pense à la dernière proposition Lallemand relative au droit d'auteur (Proposition de loi, 10 juin 1988, Sénat, Doc. Parl., n° 329-1, D.E. 1988) ne devraient rien changer à la question traitée ici, puisqu'il n'y est nulle part prévu de fournir une définition — nouvelle, basée sur le critère de la nouveauté objective — de l'œuvre protégée, ni d'exclure de la protection les règles, idées, procédures... par une disposition légale, comme c'est le cas aux Etats-Unis (voir supra). Les principes classiques du droit d'auteur tels qu'ils ont été dégagés par la doctrine et la jurisprudence continueront donc à régir la matière.