

Droit de l'immatériel

INFORMATIQUE MÉDIAS COMMUNICATION

Validation des « décrets Hadopi » (...)

Par Emmanuel DERIEUX

Protection de la marque en cas de double identité : regard sur la jurisprudence créative de la CJUE

Par Benoît HUMBLLOT

Originalité d'une adaptation et d'une mise en scène théâtrales

Par Brad SPITZ

Succession Giacometti : le conflit en héritage

Par Ariane FUSCO-VIGNÉ

Zoom sur la question de l'originalité des photographies « pack-shot »

Par Véronique DAHAN et Charles BOUFFIER

Le monopole du PMU sur les courses hippiques hors internet soumis à conditions par la Cour de justice

Par Luc GRYNBAUM

Label Cnil et conformité « informatique et libertés » : publication des premiers référentiels

Par Fabrice NAFTALSKI et Guillaume DESGENS-PASANAU

La vente en ligne de produits cosmétiques dans la distribution sélective : il est interdit d'interdire !

Par Céline CASTETS-RENARD

Concurrence, concurrence...

Par Élisabeth TARDIEU-GUIGUES

ANALYSES

La cession légale des droits d'auteur des journalistes : considérations pratiques sur les contributeurs et œuvres visés par le texte

Par Jean-Marie LÉGER

Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques et transposition du troisième « Paquet télécom »

Par Florence GÜTHFREUND-ROLAND et Élisabeth MARRACHE

La propriété intellectuelle au cœur de l'exportation

Par Philippe RODHAIN et Daniel LASSERRE

ÉTUDES

Cloud computing : validité du recours à l'arbitrage ? (partie I)

Par Jean-Philippe MOINY

Une « butte publicitaire » est-elle considérée comme une œuvre protégeable par le droit d'auteur en Égypte ?

Par Yasser OMAR AMIN

Collection
LAMY
DROIT DE
L'IMMATÉRIEL



Actualités

3 CRÉATIONS IMMATÉRIELLES

ÉCLAIRAGES

- 6 > **Validation des « décrets Hadopi » Modalités de constat et de sanction des pratiques de téléchargement illégal**
Par Emmanuel DERIEUX
- 10 > **Protection de la marque en cas de double identité : regard sur la jurisprudence créative de la CJUE**
Par Benoît HUMBLLOT
- 19 > **Originalité d'une adaptation et d'une mise en scène théâtrales**
Par Brad SPITZ
- 23 > **Succession Giacometti : le conflit en héritage**
Par Ariane FUSCO-VIGNÉ
- 28 > **Zoom sur la question de l'originalité des photographies « pack-shot »**
Par Véronique DAHAN et Charles BOUFFIER

ACTUALITÉS DU DROIT DES CRÉATIONS IMMATÉRIELLES

- 31 > Adoption par les députés du projet de loi sur la copie privée
- 31 > Affaire *Sabam* : l'analyse de la CJUE
- 34 > À propos de la présomption de titularité du droit de propriété incorporelle de l'auteur
- 34 > Contrat de maintenance correctrice et évolutive d'un logiciel et restitution par le prestataire de ses codes sources modifiés
- 35 > Revendication de droits d'auteur et non-respect du principe du contradictoire
- 35 > Droit moral et irresponsabilité du cessionnaire des droits d'exploitation pour les faits du sous-cessionnaire
- 36 > Une restitution de négatifs noir et blanc de photographies déclarée irrecevable
- 38 > La qualité d'artiste-interprète inappropriée
- 39 > La qualification d'œuvre de collaboration audiovisuelle appliquée à un jeu vidéo en ligne
- 41 > Utilisation par un moteur de recherche de marques notoires de la SNCF comme marques d'appel
- 42 > À vos marques, le sport, ce n'est pas du jeu
- 43 > Gare aux politiques de référencement naturel trop audacieuses !

45 ACTIVITÉS DE L'IMMATÉRIEL

ÉCLAIRAGES

- 46 > **Le monopole du PMU sur les courses hippiques hors internet soumis à conditions par la Cour de justice**
Par Luc GRYNBAUM
- 50 > **Label Cnil et conformité « informatique et libertés » : publication des premiers référentiels**
Par Fabrice NAFTALSKI et Guillaume DESGENS-PASANAU
- 55 > **La vente en ligne de produits cosmétiques dans la distribution sélective : il est interdit d'interdire !**
Par Céline CASTETS-RENARD
- 60 > **Concurrence, concurrence...**
Par Elisabeth TARDIEU-GUIGUES

ACTUALITÉS DU DROIT DES ACTIVITÉS DE L'IMMATÉRIEL

- 67 > « Affaire Bettencourt » : confirmation par la Cour de cassation de la violation du secret des journalistes du *Monde*
- 68 > Diffamation et délai pour présenter l'offre de preuve de la vérité de faits
- 69 > Diffamation : nullité des poursuites engagées prononcée à tort
- 69 > Élection de « Miss France 2011 » et caractérisation de propos dénigrants
- 71 > L'autorisation de diffuser son image n'implique pas celle de divulguer son nom
- 72 > « Affaire Grégory » : délit de diffamation retenu à tort
- 73 > Relaxe du délit de provocation à la discrimination raciale
- 73 > Google *Adwords* : rejet de la qualification d'hébergeur
- 75 > Vie privée en entreprise
- 76 > Limites à la géolocalisation des salariés
- 76 > Condamnation d'EDF et prison ferme de salariés pour piratage informatique
- 78 > Inconnu à cette adresse : compétence juridictionnelle subsidiaire dans un litige de consommation
- 81 > Dol par réticence retenu à tort

Perspectives

ANALYSES

- 83 > **La cession légale des droits d'auteur des journalistes : considérations pratiques sur les contributeurs et œuvres visés par le texte**
Par Jean-Marie LÉGER
- 88 > **Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques et transposition du troisième « Paquet télécom »**
Par Florence GUTHFREUND-ROLAND et Elisabeth MARRACHE

- 93 > **La propriété intellectuelle au cœur de l'exportation**

Par Philippe RODHAIN et Daniel LASSERRE

ÉTUDES

- 95 > **Cloud computing : validité du recours à l'arbitrage ? (partie I)**
Par Jean-Philippe MOINY
- 111 > **Une « butte publicitaire » est-elle considérée comme une œuvre protégeable par le droit d'auteur en Égypte ?**
Par Yasser OMAR AMIN

La Revue Lamy droit de l'immatériel actualise, dans sa première partie « Actualités », les deux ouvrages de la Collection Lamy droit de l'immatériel : le *Lamy droit de l'informatique et des réseaux* et le *Lamy droit des médias et de la communication*.

- > **Président d'honneur**
Jean FOYER (†) – Ancien ministre
- > **Présidents**
Pierre SIRINELLI – Professeur à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne
Michel VIVANT – Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris
- > **Judith ANDRÈS** – Avocat à la Cour
- > **Valérie-Laure BENABOU** – Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin
- > **Jean-Sylvestre BÉRGÉ** – Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon 3
- > **Guy CANIVET** – Membre du Conseil constitutionnel
- > **Alain CARRÉ-PIERRAT** – Président de la 4^e chambre A de la Cour d'appel de Paris
- > **Lionel COSTES** – Directeur de la Collection *Lamy droit de l'immatériel*
- > **Christian DERAMBURE** – Président de la CNCP
- > **Joëlle FARCHY** – Professeur à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne
- > **Christiane FÉRAL-SCHUHL** – Avocat au Barreau de Paris
- > **Jean FRAYSSINET** – Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille
- > **Luc GRYNBAUM** – Professeur à l'Université René Descartes – Paris V
- > **Anne-Marie LEROYER** – Professeur à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne
- > **André LUCAS** – Professeur à l'Université de Nantes
- > **Marie-Françoise MARAIS** – Conseiller à la Cour de cassation – Président de la Hadopi
- > **Alice PÉZARD** – Conseiller à la Cour de cassation
- > **Lucien RAPP** – Professeur à l'Université de Toulouse – Avocat au Barreau de Paris
- > **Thierry REVET** – Professeur à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne
- > **Cyril ROJINSKY** – Avocat à la Cour
- > **Michel TROMMETTER** – Chercheur à l'UMR/GAEL de Grenoble
- > **Gilles VERCKEN** – Avocat au Barreau de Paris
- > **Pierre VÉRON** – Avocat au Barreau de Paris
- > **Patrice VIDON** – Conseil en propriété industrielle
- > **Bertrand WARUSFEL** – Avocat au Barreau de Paris
Professeur à l'Université de Lille II

Droit de Lamy
Pimmatériel
REVUE LAMY

WOLTERS KLUWER FRANCE

SAS au capital de 300 000 000 €
Siège social : 1, rue Eugène et Armand Peugeot
92856 Rueil-Malmaison cedex
RCS Nanterre 480 081 306

Directeur de la publication/Président Directeur Général de Wolters Kluwer France : Michael Koch
Associé unique : Holding Wolters Kluwer France
Directrice de la rédaction : Bernadette Neyrolles
Directeurs scientifiques : Pierre Sirinelli et Michel Vivant
Rédacteur en chef : Lionel Costes (01 76 73 32 89)
Rédactrice en chef adjointe : Marlène Trézéguet (01 76 73 42 92)
Réalisation PAO : Nord Compo
Imprimerie : Delcambre – BP 389 – 91959 Courtaboeuf Cedex
N° Commission paritaire : 0212 T 86065
Dépôt légal : à parution
N° ISSN : 1772-6646
Parution mensuelle
Abonnement annuel : 457,41 € TTC (IVA 2,10 %)
Prix au numéro : 45,95 € TTC (IVA 2,10 %)
Information et commande : Tél. : 0 825 08 08 00
Fax : 01 76 73 48 09 – Internet : <http://www.wkfr>

Cette revue peut être référencée de la manière suivante : RLDI 2011/77, n° 2535 (année/N° de la revue, n° du commentaire)



Par Ariane
FUSCO-VIGNÉ

Avocat au Barreau
de Paris

Chargée de cours
au master Droit
des biens culturels,
Université d'Avignon

R.D.I.
2538

Succession Giacometti : le conflit en héritage

L'articulation entre le droit commun des successions, de l'indivision et des régimes matrimoniaux appliqués aux spécificités du droit de la propriété littéraire et artistique relève souvent du grand art et donne naissance à des conflits éprouvants pour les ayants droit mais passionnants pour les professionnels du droit.

En voilà l'illustration au travers d'un contentieux relatif à la succession d'Alberto Giacometti, succession qui alimente régulièrement les juridictions françaises.

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 8 sept. 2011, *Fondation Alberto et Annette Giacometti c/ Giacometti Stiftung Fondation et a.*, n° 11/05933, inédit

P

our en comprendre les enjeux, il convient de rappeler qu'Alberto Giacometti est décédé le 11 janvier 1966, laissant pour lui succéder sa veuve Annette Arm, ses frères Bruno et Diego et son neveu Silvio Berthoud.

Annette Giacometti, décédée le 19 septembre 1993, avait par testament appelé de ses vœux la création d'une fondation qui mettra plus de dix ans à voir le jour (1).

Si cette fondation peut aujourd'hui se tourner réellement vers la défense de l'œuvre d'Alberto Giacometti, action récemment couronnée de succès (2), c'est sans compter sur la menace de conflit interne entre les indivisaires détenteurs des droits moraux et patrimoniaux de l'artiste.

Rappelons qu'aujourd'hui ces détenteurs sont :

- la fondation Alberto Giacometti, constituée après la mort d'Annette Giacometti ;
- la Giacometti Stiftung (créée en 1965) en qualité d'ayant droit de Bruno Giacometti et ;
- les consorts Berthoud.

Or, ces derniers se sont récemment opposés sur la question d'un éventuel abus notoire qu'auraient commis certains des indivisaires dans le refus d'autoriser de nouvelles éditions de sculptures en bronze de certaines œuvres d'Alberto Giacometti.

Selon une convention-transaction régularisée, le 7 avril 2004, les indivisaires précités se sont partagé les plâtres originaux ainsi que les fontes posthumes qu'avait fait réaliser Annette Giacometti.

Par une autre convention régularisée le même jour, les indivisaires ont établi les règles de gestion des droits moraux et patrimoniaux de l'œuvre d'Alberto Giacometti : en vertu de cette convention, la décision de procéder à l'édition de nouvelles fontes en bronze doit être prise à l'unanimité. À défaut, aucune nouvelle édition ne peut être entreprise par les ayants droit.

Considérant que les consorts Berthoud et la Giacometti Stiftung fondation s'opposaient systématiquement depuis 2005 à la réalisation de nouvelles éditions de bronze de certaines des sculptures d'Alberto Giacometti, la fondation Giacometti a saisi en avril 2011 le Tribunal de grande instance de Paris, sur le fondement de l'article L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle (3), aux fins de voir juger que leur refus était constitutif d'un abus notoire.

Les défendeurs, la Giacometti Stiftung et les consorts Berthoud, ont contesté tout abus notoire et conclu également, outre une exception d'incompétence et une demande de rejet de communication de pièces, à l'irrecevabilité de l'action de la fondation Giacometti dans la mesure où l'existence de la convention conclue, le 7 avril 2004, et posant la règle de l'unanimité pour toute fabrication de bronze, faisait obstacle à l'application de l'article L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle.

Le Tribunal de grande instance devait donc trancher sur le fond deux questions principales :

- celle de savoir si l'action de la fondation Giacometti était recevable à agir sur le fondement de l'article L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle compte tenu des règles d'indivision organisée contractuellement par les parties et ;
- celle de savoir si le refus, par deux des indivisaires, d'autoriser la fabrication de nouveaux bronzes de certaines sculptures de l'artiste constituait un abus notoire.

Seule la deuxième question retiendra notre attention. Concernant la première, le Tribunal balaya l'argumentation de la Giacometti Stiftung et des consorts Berthoud en considérant que la règle de l'unanimité établie par la convention précitée, convention soumise au droit français, ne pouvait faire obstacle à l'application de l'article L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle, règle d'ordre public.

Quant à l'appréciation de l'abus notoire, le Tribunal va considérer que, si la fabrication de nouvelles éditions en

(1) Les freins à sa constitution ont été notamment l'existence d'une procédure pénale pour abus de confiance d'un commissaire-priseur célèbre de la place de Paris et complicité d'abus de confiance de l'exécuteur testamentaire d'Annette Giacometti (Cass. crim., 10 mai 2007, n° 06-81.866, Juris-Data, n° 2007-038894), la procédure opposant la directrice de l'Association Giacometti, créée en 1989 par Annette Giacometti afin d'assurer la transition de l'œuvre jusqu'à la création de la fondation et son ancienne présidente, M^{me} Palmer (Cass. civ., 16 juill. 2000, n° 98-11.087, M^{me} Palmer c/ M. Dumas *és qualités d'exécuteur testamentaire de la succession de M^{me} Giacometti et a.*), et enfin, une certaine désaffection des pouvoirs publics. (2) La fondation a obtenu le démantèlement d'un des plus grands trafics de faux et la condamnation du principal receleur et faussaire en avril et juillet 2011 par le Tribunal régional de Stuttgart en Allemagne ; voir Wachhausen J.-L., *Procès des faux Giacometti*, Le Figaro, 8 avr. 2011, p. 29. (3) L'article L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'« en cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage des droits d'exploitation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le Tribunal de grande instance de Paris peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence. Le Tribunal peut être saisi notamment par le ministre de la Culture ».

bronze de certaines sculptures d'Alberto Giacometti pouvait apparaître légitime, l'abus notoire de la Giacometti Stiftung et des consorts Berthoud n'était pas en l'espèce caractérisé.

Par jugement du 8 septembre 2011, le Tribunal de grande instance de Paris a donc débouté la fondation Giacometti de l'intégralité de ses demandes.

Ce jugement est intéressant en ce qu'il rend compte de la méthode utilisée par les magistrats afin de caractériser l'abus notoire *post mortem* (I), appréciation rendue en l'espèce délicate compte tenu de la nature des œuvres en cause (II).

I – L'APPRÉCIATION DE L'ABUS NOTOIRE POST MORTEM

Constatant que les ayants droit de l'artiste, dans le respect de la volonté d'Alberto Giacometti, œuvraient tous pour faire rayonner son œuvre (A), les juges vont toutefois considérer que des divergences quant aux modalités de diffusion et de rayonnement de son œuvre étaient insuffisantes à caractériser un abus notoire (B).

A. – La volonté de l'artiste à l'épreuve de ses ayants droit

1 / La recherche de la volonté de l'artiste

La Cour de cassation a posé le principe selon lequel « le droit de divulgation *post mortem*, s'il doit s'exercer au service de l'œuvre, doit s'accorder à la personnalité et à la volonté de l'auteur telle que révélée et exprimée de son vivant » (4).

Cette ligne directrice a été récemment rappelée dans une affaire ayant opposé M. Miller, exécuteur testamentaire de Jacques Lacan, contre l'Association des amis de Jacques Lacan (5). Dans cette affaire, les juges ont rappelé avec soin que « le droit de divulgation d'une œuvre de l'esprit est, du vivant de son auteur, un droit absolu qu'il appartient à lui seul d'exercer. Ce droit comporte le droit de déterminer le procédé selon lequel l'œuvre sera portée à la connaissance du public et d'en fixer les conditions. À la mort de l'auteur, l'exécuteur testamentaire désigné par celui-ci doit exercer ce droit au service de l'œuvre, en accord avec la volonté de l'auteur telle que révélée et exprimée de son vivant ».

C'est donc en toute logique que les juges se sont en l'espèce interrogés sur le fait de savoir si Alberto Giacometti avait voulu, de son vivant, divulguer ses sculptures mais, surtout, s'il avait manifesté, de manière implicite ou explicite, le souhait que chacune de ses sculptures soient éventuellement rééditées.

Préalablement, le Tribunal, de manière rigoureuse, va se demander si les sculptures en question avaient été considérées comme achevées par l'artiste.

Le Tribunal va y répondre par l'affirmative après avoir constaté que « Giacometti n'a jamais fait état d'une quelconque réserve quant à l'état des tirages en bronze de ses sculptures et qu'il a considéré que le tirage final de celles-ci constituait le stade final de l'œuvre, les plâtres eux-mêmes pouvant être

enduits de gomme-laque ou sciés, s'ils étaient trop grands, en vue de la fonte des épreuves en bronze » (souligné par nous).

Aussi, constatant que les plâtres ayant servi de moule à chacune des sculptures objet du litige n'avaient jamais fait l'objet d'ajustement, ces moules devaient être considérés comme achevés.

Constatant ensuite que les œuvres en cause avaient toutes été éditées en bronze et divulguées du vivant de l'artiste, parfois rééditées plusieurs années après leur création pour être exposées, et ce avec son autorisation et sous sa responsabilité, le Tribunal va conclure que l'artiste, d'une part, avait souhaité de son vivant que son œuvre soit accessible au public et que, d'autre part, la réédition de certaines de ses sculptures attestait de son consentement implicite à de tels actes d'exploitation.

2 / Le respect de la volonté de l'artiste par ses ayants droit

Le Tribunal va ensuite sans surprise se demander si cette volonté était bien respectée par ses ayants droit, ces derniers ne devant être que « l'agent d'exécution » de la volonté de l'auteur (6). Le Tribunal va ainsi relever que la Giacometti Stiftung, défenderesse, comme la fondation Giacometti, demanderesse, œuvraient toutes deux au rayonnement de l'œuvre de l'artiste et que, surtout, des bronzes avaient été réalisés *post mortem* tant par sa veuve, Annette, que ses frères Diego et Bruno Giacometti et son neveu, Silvio Berthoud, ce dernier élément paraissant particulièrement important quant à la caractérisation d'un éventuel abus.

La légitimité des demandes de la fondation Giacometti, dès lors que la preuve que ces sculptures avaient bien été éditées en moins de 12 exemplaires chacune était rapportée, était-elle suffisante à caractériser un abus notoire ? Autrement dit, lorsqu'une convention prévoit l'unanimité des voix des indivisaires afin de faire fabriquer de nouvelles éditions de bronze, le refus opposé par deux des indivisaires recèle-t-il un abus notoire ? Les juges vont répondre par la négative à cette question.

B. – Le droit de la propriété intellectuelle à l'épreuve du droit de l'indivision

1 / Définition de l'abus notoire

L'abus consiste à faire un mauvais usage d'une prérogative juridique (7). L'adjonction du qualificatif « notoire » implique que cet abus doit être évident (8). Il doit d'autant plus l'être en l'espèce puisque, à la différence de la propriété industrielle, l'obligation d'exploiter est étrangère au droit de la propriété littéraire et artistique (9). Dès lors, l'admission du caractère abusif de l'usage ou du non-usage des droits d'exploitation doit conserver un caractère exceptionnel.

Afin d'illustrer cette définition restrictive, on pense à l'affaire *Foujita*, que les défendeurs n'ont certainement pas manqué d'évoquer. Il s'agit d'une des rares jurisprudences à avoir abordé la question de l'abus notoire dans le non-usage d'un droit d'exploitation.

(4) Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2004, n° 03-11.011, *Balsan*, Juris-Data, n° 2004-02543. (5) CA Paris, ch. 4, sect. B, 13 mars 2009, n° 07/07875. (6) Pollaud-Dulian F., Le droit de divulgation de l'auteur et la théorie de l'abus de droit, JCP G, 27 mai 2009, II, n° 22, p. 10093. (7) Cornu G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011. (8) Sur la question de l'abus de droit, voir la thèse de Caron C., *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998. (9) Vivant M. et Bruguère J.-M., *Droit d'auteur*, Dalloz 2010, n° 961.

Dans cette affaire, rappelons qu'un éditeur, qui souhaitait publier un ouvrage sur Foujita illustré de reproductions de ses œuvres, se heurtait, de la part de la veuve du peintre, à un refus de lui accorder le droit de reproduire des œuvres. Il invoqua en conséquence l'abus notoire dans le non-usage du droit d'exploitation et le Tribunal de grande instance de Nanterre (10), puis la Cour d'appel de Versailles (11) lui donnèrent raison.

Par un arrêt du 28 février 1989, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles (12) : « en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le 26 janvier 1987, M^{me} Foujita avait conclu avec la société Hachette-Japon, filiale de la Librairie Hachette, un contrat qui prévoyait la publication d'un "recueil des œuvres" de Foujita préparé avec sa collaboration, sans qu'il soit soutenu que cet ouvrage ne ferait pas l'objet d'une diffusion en France, la Cour d'appel n'a pas caractérisé l'abus manifeste commis par M^{me} Foujita dans l'exercice de ses droits(...) ».

Sur cette affaire, Françon écrivait que « la Cour de cassation entend ne recourir qu'avec la plus grande prudence aux sanctions de l'article 20 dans le cas où il y a non-usage du droit d'exploitation par les héritiers de l'auteur » (13). Il faut donc que ce soit un abus évident, patent, comme le souligne également le professeur Kerever (14) qui estime que la cassation prononcée dans l'arrêt *Foujita* montre la volonté de restreindre

les cas où les juges du fond peuvent écarter les droits exclusifs exercés par l'ayant droit de l'auteur. S'il est vrai que la Cour d'appel de renvoi de Rennes (15) a pu juger par la suite que la veuve de l'artiste avait finalement commis un abus dans la non-exploitation de l'œuvre du peintre, il reste que l'arrêt de la Cour de cassation, par l'arrêt précité, a entendu définir strictement l'abus notoire (16). En définitive, le contrôle du juge en la matière ne saurait être un simple contrôle d'opportunité mais seulement celui des abus manifestes qui pourraient être commis par les ayants droit de l'artiste.

Cette interprétation est constante pour avoir été récemment rappelée par l'arrêt précité relatif à la succession de Jacques Lacan (17) : « La condition de notoriété implique l'évidence de l'abus. Le passage à l'écrit d'une œuvre orale dont l'auteur a disparu ne peut se faire au rythme de celui qui s'est réalisé en sa présence. En conséquence, l'abus notoire dans le non-usage du droit de divulgation par l'exécuteur testamentaire des œuvres de Jacques Lacan n'est pas caractérisé, alors que le souci de ne pas trahir la pensée de l'auteur qui n'est plus là pour éclairer et guider le travail de transcription et d'écriture allonge le temps de la réflexion sans qu'il puisse en être fait grief à l'exécuteur testamentaire auquel au surplus aucun délai ne fut imposé par

Jacques Lacan qui considérait lui-même la mise en forme de ses conférences comme un travail long et difficile. »

Le Tribunal devait donc en l'espèce s'attacher à caractériser en quoi le refus opposé par les indivisaires des droits d'exploitation attachés à l'œuvre d'Alberto Giacometti pouvait être susceptible d'être manifestement abusif.

Quant aux faisceaux d'indices permettant de le caractériser, la Cour d'appel de Versailles (18), dans l'affaire *Foujita*, énonce que la preuve du caractère abusif « peut résulter des conditions dans lesquelles le refus intervient, compte tenu notamment de la volonté éventuellement exprimée par l'auteur, de son vivant, des publications déjà faites ou des motifs invoqués à l'appui du refus ».

Enfin, rappelons que la charge de la preuve repose bien évidemment sur celui qui invoque l'abus notoire.

2 / Caractérisation de l'abus en l'espèce

Les juges, dans la droite ligne des jurisprudences précitées, vont tenter de caractériser l'abus notoire en tenant compte de :

- « – la diffusion actuelle de son œuvre en fonction des tirages réalisés ;
- des circonstances factuelles entourant l'exploitation envisagée et ;
- de la légitimité des motifs évoqués au soutien du refus d'exploitation. »

Ces derniers vont tout d'abord considérer que la demanderesse ne rapportait pas la preuve, difficile au demeurant, que la diffusion auprès du public de ces œuvres serait insuffisante pour en assurer le rayonnement. Ils vont, à l'appui de cette affirmation, constater que les défendeurs pratiquaient eux-mêmes une politique active de prêts pour en favoriser la diffusion. Les juges vont donc conclure que la fondation échouait à rapporter la preuve d'un abus notoire et en conséquence la débouter de l'intégralité de ses demandes.

Enfin, afin de compléter leur analyse, les juges vont relever que les modalités de réalisation de la fonte des bronzes ne respectaient pas la convention conclue le 7 avril 2004 et que les conditions de la vente d'une des œuvres (*L'homme qui marche*) posaient des problèmes vis-à-vis du droit au respect de l'œuvre.

Le Tribunal a donc considéré que les héritiers, quand bien même respecteraient-ils la volonté de l'artiste, devaient rester maîtres des modalités de diffusion et de rayonnement de son œuvre, et qu'il n'a pas en conséquence le pouvoir de contrôler les modalités de gestion d'une succession : c'est la liberté des ayants droit qui doit primer. Le juge est là pour sanctionner un abus notoire, non des divergences de choix dans les modalités de diffusion et de rayonnement entre ayants droit de l'œuvre d'un artiste.

Le Tribunal devait en l'espèce s'attacher à caractériser en quoi le refus opposé par les indivisaires des droits d'exploitation attachés à l'œuvre d'Alberto Giacometti pouvait être susceptible d'être manifestement abusif.

(10) TGI Nanterre, 9 juin 1986, RIDA 1986, p. 163 ; TGI Nanterre, 15 sept. 1986, RIDA 1987, p. 268 ; RTD com. 1987, p. 60, obs. Françon. (11) CA Versailles, 1^{er} ch., 3 mars 1987, RIDA 1988, p. 160 ; D. 1987, jur., p. 382, note Edelman B. (12) Cass. 1^{er} civ., 28 févr. 1989. (13) RIDA 1989, p. 257, note Françon. (14) Kerever A., RIDA 1991, p. 107. (15) CA Rennes, 16 nov. 1990, RIDA 1991, p. 168. (16) Pollaud-Dulian F., Le droit d'auteur, *Economica*, 2006, p. 340 et s. : « Il est vraisemblable que la Cour de cassation ait voulu prévenir toute dérive pouvant aboutir à affaiblir le droit exclusif des héritiers et à susciter une multiplication des litiges, en insistant sur la nécessité d'établir le caractère notoire, qu'elle donne pour synonyme de "manifeste". En d'autres termes, l'admission de l'abus doit rester exceptionnelle. » (17) CA Paris, ch. 4, sect. B, 13 mars 2009, n° 07/07875 précité. (18) CA Versailles, 1^{er} ch., 3 mars 1987, RIDA 1988, p. 160 ; D. 1987, jur., p. 382, note Edelman B.

Un dernier argument, qui mérite à lui seul d'être commenté dans la seconde partie de ce commentaire, a également été pris en compte par les juges afin de caractériser l'absence d'abus notoire de la part des défendeurs. Cet argument tient de l'évolution législative de la définition légale du droit de suite.

II. – L'INFLUENCE DE LA NATURE DES ŒUVRES EN CAUSE

Dans cette affaire, bien que la preuve du caractère manifeste de l'abus n'ait pas été rapportée, il est certain que les juges ont fait montre de prudence compte tenu de la remise en cause du droit d'exploitation dont la fondation Giacometti requérait la mise en œuvre (A). D'un comportement abusif, la Giacometti Stiftung et les consorts Berthoud se seraient-ils au contraire comportés en bon père de famille ? (B).

A. – La remise en cause du droit de reproduction *post mortem* de fontes en bronze

Contrairement à une œuvre audiovisuelle ou un tableau, une même sculpture peut être dupliquée en plusieurs exemplaires tout en étant considérée comme originale de sorte qu'il existera sur le marché une pluralité d'originaux (19). Dans cette hypothèse, la notion d'originalité ne doit pas être entendue comme condition d'accès à la protection par le droit d'auteur mais comme condition d'application du droit de suite, qui permet aux artistes et à leurs héritiers de percevoir un pourcentage sur le prix obtenu lors de toute revente d'œuvres effectuée par les professionnels du marché de l'art.

Concernant les sculptures, la notion d'œuvre originale est définie par les dispositions relatives au droit de suite dont elle est l'un des critères d'application (article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle (20)). En application de ce texte, le droit de suite n'a vocation à jouer qu'en présence d'« œuvres originales ». Aussi, à quelles conditions des tirages de bronze peuvent être considérés comme des œuvres originales ?

Un arrêt de la Cour de cassation (21), reprenant les principes posés par les célèbres affaires *Rodin 1* et *Rodin 2* (22) rappelle que le bronze original se caractérise par trois éléments :

- un tirage limité à 12 exemplaires : ce chiffre ressort de l'article 98A issu du décret du 27 février 1995 relatif à la définition des biens d'occasion, des œuvres d'art, des objets de collection et d'antiquité pour l'application des dispositions relatives à la taxe sur la valeur ajoutée et qui considère comme œuvres d'art « les fontes de sculptures à tirage limité à huit exemplaires et contrôlées par l'artiste ou ses ayants droit ». À ces huit exemplaires ont été ajoutés, par le code de déontologie des fonderies d'art signé le 18 novembre 1993, les quatre épreuves d'artiste numérotées I/IV à IV/IV (article 3) ;

- des exemplaires « strictement et en tous points identiques » aux épreuves agréées par l'artiste lui-même ;

- des exemplaires réalisés à partir d'un plâtre original fabriqué par le sculpteur personnellement, et ce peu important que le tirage ait été fabriqué du vivant de l'artiste.

C'est cette dernière condition qui était en l'espèce problématique.

Un bref historique s'impose : cette condition avait été posée par l'arrêt *Rodin 2* (23) précité qui avait considéré que « le fait que le tirage limité des épreuves en bronze soit postérieur au décès du sculpteur n'a aucune influence sur le caractère d'œuvre originale et de création personnelle – de la part du sculpteur – revêtu par ces épreuves, ni sur l'exercice du droit de suite en cas de vente de l'une d'elles ».

Aussi, la jurisprudence admettait l'originalité des tirages réalisés tant du vivant de l'artiste que *post mortem* aux fins d'application du droit de suite.

La fondation Giacometti se fondait donc sur cette interprétation extensive de la définition d'une œuvre originale pour solliciter l'autorisation de faire fabriquer, dans la limite de 12, de nouvelles éditions.

Or après avoir pris soin de constater que l'édition en bronze des œuvres objet du litige « n'avait pas atteint à ce jour le tirage maximum de 12 exemplaires définissant l'œuvre originale et que de nouvelles fontes pouvaient être réalisées dans cette limite », les juges vont toutefois considérer que le fondement sur lequel elle légitimait sa demande, savoir la jurisprudence *Rodin*, semblait aujourd'hui caduc.

En effet, il semblerait que les éditions de bronze faites à titre posthume ne devraient plus, depuis la transposition, par la loi du 1^{er} août 2006, de la directive européenne du 27 septembre 2001 destinée à harmoniser le droit de suite sur l'ensemble du territoire communautaire, pouvoir être qualifiées d'œuvres originales.

L'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle issu de cette transposition définit les œuvres originales, comme des « œuvres créées par l'artiste lui-même et les exemplaires exécutés en quantité limitée par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité ». Une partie de la doctrine (24) a considéré que la formule de l'article L. 122-8, alinéa 2, visant les « exemplaires exécutés en quantité limitée par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité » condamnait la jurisprudence dite *Rodin* en excluant par principe que le droit de suite puisse porter sur des tirages posthumes et que ces termes indiquaient « clairement que les exemplaires originaux doivent être exécutés du vivant de l'artiste ».

Le décret du 9 mai 2007 pris pour l'application de l'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle conforterait cette position puisqu'il vient préciser que « les œuvres exécutées en nombre limité d'exemplaires et sous la responsabilité de

(19) Sur la question des œuvres à originaux multiples et le cas particulier des bronzes, voir Lucas-Schloetter A., La contrefaçon artistique : état des lieux », *Comm. com. électr.* 2011, étude 3.

(20) C. propr. intell., art. L. 122-8 : « Les auteurs d'œuvres originales graphiques et plastiques, ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'espace économique européen, bénéficient d'un droit de suite, qui est un droit inaliénable de participation au produit de toute vente d'une œuvre après la première cession opérée par l'auteur ou par ses ayants droit, lorsque intervient en tant que vendeur, acheteur ou intermédiaire un professionnel du marché de l'art. Par dérogation, ce droit ne s'applique pas lorsque le vendeur a acquis l'œuvre directement de l'auteur moins de trois ans avant cette vente et que le prix de vente ne dépasse pas 10 000 €. On entend par œuvres originales au sens du présent article les œuvres créées par l'artiste lui-même et les exemplaires exécutés en quantité limitée par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité (...). » (21) *Cass. crim.*, 22 mai 2002, n° 01-86.156 et n° 99-86.208, *Juris-Data*, n° 2002-015332 ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 150, obs. Caron C. (22) *Cass.* 1^{re} civ., 18 mars 1986, aff. *Rodin*, *Bull. civ.* 1986, I, n° 71 ; *Cass.* 1^{re} civ., 5 nov. 1991. (23) *Cass.* 1^{re} civ., 5 nov. 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 303.

l'auteur sont considérées comme œuvres d'art originales (...) si elles sont numérotées ou signées ou dûment autorisées d'une autre manière par l'auteur » (25). D'autres auteurs (26) ont au contraire considéré que cette interprétation ajoutait au texte de la loi une condition que celle-ci ne posait pas.

Quoi qu'il en soit, l'incertitude quant au maintien de la qualification d'œuvres originales de bronze éditées à titre posthume a influencé la décision commentée : « *par ailleurs, ils [les défendeurs] font observer à juste titre que, depuis la loi du 1^{er} août 2006 réformant le droit de suite, il existe actuellement une incertitude sur le maintien de la qualification d'œuvres originales de bronzes édités à titre posthume qui doit inciter les ayants droit de l'artiste à la prudence* ».

En l'état, il était donc hasardeux de conclure, comme le faisait la fondation Giacometti, que le titulaire du droit de reproduction sur cette œuvre pouvait librement faire fondre des bronzes originaux à partir du plâtre, dans la limite de 12 éditions.

Leurs demandes avaient finalement une légitimité bien fragile. Dans ces conditions, il était encore plus difficile de reprocher aux défendeurs de commettre un quelconque abus notoire dans le non-usage de leur droit d'exploitation dès lors que la réalisation d'épreuves originales posthumes se heurtait à la nouvelle définition légale posée par l'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle.

B. – De l'abus notoire à la gestion de bon père de famille ?

La fondation Giacometti a échoué à rapporter la preuve d'un abus notoire. Mais les incertitudes planant sur l'avenir de la définition de l'originalité des bronzes posthumes était-il un argument si pertinent ? Si, certes, le droit de suite n'était plus applicable aux bronzes posthumes, la fondation Giacometti

prenait le risque de s'amputer d'un financement précieux lié à l'application du droit de suite mais cela n'était pas pour autant à ces sculptures leur caractère licite.

Les juges, en faisant leur cet argument, s'attaquaient implicitement à la délicate question de la spécificité du marché de l'art liée à la rareté des œuvres qui y sont échangées.

Procéder ainsi à de nouvelles reproductions, considérées ou pas comme originales au sens de l'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle, était susceptible de créer un risque de perturbation sur le marché de l'art en raison de la coexistence d'exemplaires considérés comme des exemplaires originaux et d'autres comme de simples reproductions et donc un risque de voir la cote de l'artiste se déprécier. Rejeter les demandes de la fondation Giacometti permettait donc, peut-être, indirectement, de protéger la cote de l'artiste et son œuvre dans son ensemble.

Walter Benjamin (27) affirmait à cet égard que les œuvres d'art ont toujours été reproductibles, car « *ce que des hommes avaient fait, d'autres pouvaient toujours le refaire* », tout en nuançant aussitôt son propos : « *À la plus parfaite reproduction il manquera toujours une chose : le hic et nunc de l'œuvre d'art, l'unicité de son existence au lieu où elle se trouve* » (souligné par nous). Aussi la reproduction d'une œuvre sera toujours privée de l'*aura*, « trame singulière d'espace et de temps », qui s'attache à l'original...

Ce raisonnement ne semble toutefois pas trouver écho dans la sphère économique concernant l'œuvre de Giacometti : rappelons que *L'homme qui marche I* d'Alberto Giacometti a été vendu 65 millions de livres alors même qu'il ne s'agissait pas de l'œuvre unique mais de l'un des dix exemplaires originaux de cette œuvre...

L'absence d'« *aura* » ne semble pas refroidir outre mesure les collectionneurs... ♦

(24) Voir not. Pollaud-Dulian F., L'Estampille-L'objet d'art, 2007, p. 94-95 ; Duret-Robert F., Droit du marché de l'art, Dalloz 2010, p. 522. (25) Article R. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle, issu du décret n° 2007-756 du 9 mai 2007. (26) Deblanc O., Les bronzes d'art à prix d'or (à propos de la vente de *L'homme qui marche I* d'Alberto Giacometti), Comm. com. élect. 2010, étude 22 ; Edelman B., L'Estampille-L'objet d'art, 2007, précité, p. 98-99. (27) Benjamin W., L'Œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique, Gallimard, Paris, 2008.