

n° 38

JANVIER 2011

Propriétés intellectuelles

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION

Peter LAKE
Président de Transactive
A Thomson Company
141 av. de Clichy
F-75017 PARIS
RCS : Paris B 334 958 154

RÉDACTION

INSTITUT DE RECHERCHE EN PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE (IRPI)
81 avenue de la République
75011 PARIS
Tél. : 33 (0) 1.49.23.58.80
Télécopie : 33 (0) 1.49.23.58.65
Email. : irpi@ccip.fr
www.irpi.ccip.fr

Sous la direction scientifique de

Georges BONET
Président honoraire de l'IRPI
Professeur émérite de l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)

avec la collaboration de

Michèle BOUYSSI-RUCH
Directeur de l'IRPI

Solenne FLEYTOUX
Rédactrice en chef
sfleytoux@ccip.fr
Tél. : 33 (0) 1.49.23.58.57
Télécopie : 33 (0) 1.49.23.58.65

COMITÉ ÉDITORIAL

Valérie-Laure BENABOU
Professeur à l'Université de Versailles

Jean-Michel BRUGUIÈRE
Professeur à l'Université Grenoble II
Directeur du Cuerpi

Patrice de CANDÉ
Avocat

Thomas DREIER
Professeur à l'Université de Karlsruhe

André FRANÇON †
Président honoraire de l'IRPI,
Professeur émérite de l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)

Jean-Christophe GALLOUX
Président de l'IRPI
Professeur à l'Université Panthéon-Assas
(Paris II)

Ysolde GENDREAU
Professeur à l'Université de Montréal

Christophe GEIGER
Directeur général du CEIPI
Maître de conférences à l'Université
de Strasbourg

Bertrand GEOFFRAY
Conseil en marques, dessins et modèles
Conseil européen en marques

Charles de HAAS
Avocat

Elisabeth LOGEAIS
Avocat

André LUCAS
Professeur à l'Université de Nantes

Jérôme PASSA
Professeur à l'Université Panthéon-Assas
(Paris II)

Marc SABATIER
Avocat

Alain STROWEL
Professeur aux Facultés universitaires
Saint-Louis et à l'Université de Liège
Avocat

Michel VIVANT
Professeur à Sciences Po Paris

Bertrand WARUSFEL
Professeur à l'Université de Lille 2
Avocat

ABONNEMENT ET VENTE

TRANSACTIVE
141 av. de Clichy
F-75017 PARIS
Tél. : 33 (0) 1.55.07.28.38
Télécopie : 33 (0) 1.55.07.28.31
Contact : Liana Debras
liana.debras@thomsonreuters.com

Abonnement (1 an : 4 numéros)
France : 418,61 € (TTC)
Étranger : 440,00 €
Le numéro : 127,63 € (TTC)

Imprimeur
Jouve, Paris
N° Commission paritaire : 1211 T. 80991
Dépôt légal : à parution
ISSN : 1632-0298



COLLOQUE

**Les Règles de l'Art
The State of the Art****Colloque du 20^e anniversaire de
l'Association des juristes franco-
britanniques en partenariat avec L'IRPI****Conseil d'État, 17 septembre 2010***Accueil*

- 4 Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État
- 6 The Honourable Lady Dorrian, Juge à la High Court and Court of Session d'Écosse, Présidente de l'Association des juristes franco-britanniques

Exposé introductif général

- 8 ♦ **L'art, le vrai et le droit**
Michel Vivant, Professeur à l'école de droit de Sciences Po Paris

*Le jeu de l'art ou l'art a-t-il tous
les droits ?*

sous la présidence de Stanley Chaney, Président de l'AFJB-France, Avocat à la Cour et de Sir Michael Tugendhat, Juge à la High Court of Justice of England and Wales

QUELLE RECONNAISSANCE POUR L'ARTISTE ?

- 17 ♦ **Le droit à la recherche de l'artiste**
Alain Girardet, Président de Chambre à la Cour d'appel de Paris
- 20 ♦ **« I Would Prefer Not To » – The Legal Judgment of Art**
Daniel McClean, Art-legal adviser

LE DROIT MORAL EN QUESTION : ENTRE LA RIGUEUR FRANÇAISE ET LE PRAGMATISME ANGLAIS

- 25 ♦ **Le droit moral français est-il rigoureux ou pragmatique ?**
Christophe Caron, Professeur à la Faculté de droit de Paris-Est, Avocat à la Cour
- 28 ♦ **Le droit moral en droit anglais**
Paul L.C. Torremans, Professor of Intellectual Property Law, Université de Nottingham

À PROPOS DE LA CENSURE...

- 32 ♦ **Censorship and the Arts**
The Right Honourable Lord Justice Sedley, Juge à la Court of Appeal of England and Wales

La culture de l'art

sous la présidence de Francine Mariani-Ducray, Conseiller d'État, ancien Directeur Général des Musées de France

- 35 ♦ **L'État, juge de l'art**
Marie-Hélène Mitjavile, Conseiller d'État

♦ **L'État collectionneur et la valorisation de son patrimoine artistique**

- 43 Marie Cornu, Directeur de recherche au CECOJI-CNRS – UMR 6224
- 50 Ruth Redmond-Cooper, Director of The Institute of Art And Law (UK)

Le « business » de l'art

sous la présidence de The Right Honourable Lord Prosser, ancien Président de l'Association des juristes franco-britanniques

- 55 ♦ **Le trafic d'antiquités et d'objets d'art volés**
Janet Ulph, Professeur à l'Université de Leicester
- 60 ♦ **La spoliation, face noire du business de l'art**
Isabelle Wekstein, Avocat à la Cour
- 65 ♦ **Le droit de suite**
Tristan Azzi, Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)
- 73 ♦ **Le marché international, enjeux et perspectives**
François de Ricqlès, Président de Christie's France

CHRONIQUES

- 81 ♦ **Droit d'auteur et droits voisins**
André Lucas
Valérie-Laure Benabou
Jean-Michel Bruguière
- 113 ♦ **Droit des marques et autres signes distinctifs**
Georges Bonet
Bertrand Geoffroy
Marc Sabatier
- 132 ♦ **Concurrence – Responsabilité civile**
Jérôme Passa

ACTUALITÉS

- 137 ♦ **Publications récentes**
- 138 ♦ **Actualité réglementaire**



Les règles de l'Art

The State of the Art

Accueil

JEAN-MARC SAUVÉ

VICE-PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ÉTAT

Honorable Lady Dorrian,
Mesdames et Messieurs les membres de l'Association
des juristes franco-britanniques,
Mesdames et Messieurs,
Chers collègues,

Je suis particulièrement heureux d'accueillir au Conseil d'État ce colloque organisé à l'occasion du XX^e anniversaire de l'Association des juristes franco-britanniques. Cet événement témoigne du dynamisme du dialogue entre les juristes de nos deux pays, auquel la juridiction administrative s'associe volontiers. Un tel colloque est aussi un moment d'échanges entre des juges, des avocats, des acteurs économiques et sociaux et l'Université. De ce dialogue et de ces échanges entre des points de vue, des pratiques et des systèmes juridiques différents naissent une meilleure compréhension réciproque et un enrichissement mutuel qui contribuent tous deux à l'amélioration continue de la justice que nous rendons.

Le thème auquel ce colloque est consacré, celui des règles de l'art – *The State of the Art* –, outre qu'il met en relation deux sujets qui me sont personnellement chers – la quête du juste et du beau –, trouve par ailleurs un écho certain dans la salle d'Assemblée générale où nous nous trouvons à présent, puisque celle-ci peut représenter à certains égards un exemple de l'utilité réciproque de l'art pour le droit et du droit pour l'art.

Chacun d'entre vous le sait, le Conseil d'État est un juge. Il est le juge suprême de l'ordre administratif, chargé de trancher par le droit les litiges qui surviennent entre les particuliers et l'administration. Mais à côté de ces fonctions juridictionnelles, le Conseil d'État est aussi un conseiller juridique, celui du gouvernement et, depuis peu, celui du Parlement. À ce titre, ses formations consultatives ont pour mission de donner un avis juridique sur l'ensemble des projets de loi présentés par le gouvernement de même que sur les projets de décrets les plus importants et, lorsqu'elles sont saisies, sur les propositions de loi déposées par les députés et les sénateurs. L'Assemblée générale, dont j'assume la prési-

dence ici même chaque jeudi, est la plus solennelle de ces formations consultatives.

La salle où nous nous trouvons a été conçue et construite spécialement pour les délibérations de cette assemblée, dans le cadre des travaux de transformation qui ont permis, en 1876, l'emménagement du Conseil d'État au Palais-Royal.

1. L'architecture et la décoration de ce lieu sont un témoignage du jeu de l'art et du droit et, tout d'abord, de la contribution que l'art peut apporter à l'élaboration de la règle de droit

La majesté de cette salle, à laquelle contribuent l'unité de la décoration et les matériaux utilisés, mais aussi les douze allégories ornant la voussure du plafond qui, inspirées des dieux de l'Olympe, figurent les ministères des débuts de la République, rappellent ainsi à nos travaux que le droit ne s'écrit qu'avec scrupule et la révérence qui sied pour la chose publique. La disposition des fauteuils et les pupitres, selon un plan en ellipse au centre duquel figure le rapporteur, qu'entourent d'un côté, l'assemblée des conseillers et, de l'autre, les présidents de section et le vice-président, évoque quant à elle la circularité de la parole qu'exige la recherche de la meilleure délibération. Même l'éclairage zénithal électrique, initialement voulu par l'architecte Chabrol, dont la lumière très douce, presque faible, irradiait du plafond tel un ciel éclairé soutenu par quatre cariatides, devait inciter les membres de l'Assemblée générale à la concentration et au recueillement. Mais conseiller l'État exige une grande sagesse et cette sagesse ne s'acquiert qu'après un certain âge : le souhait d'une lumière plus adaptée aux yeux des sages conseillers a donc eu raison,



Texte écrit en collaboration avec M. Timothée Paris, Conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, Chargé de mission auprès du Vice-président du Conseil d'État.

dès 1913, de ce premier éclairage que certains, dit-on, qualifiaient de « lunaire ».

Les peintures murales, œuvres du peintre Henri Martin, qui ont remplacé au cours des années 1920 des tentures de soie rouge, témoignent aussi de l'utilité de l'art pour le droit. Le travail de la terre – qu'illustrent les trois panneaux représentant les semailles, la moisson et le labour –, le commerce – symbolisé par l'activité du port de Marseille – et les travaux publics – représentés par les travaux d'aménagement de la place de la Concorde – sont la traduction par l'artiste de la commande qui lui avait été passée, dont le thème était « la France laborieuse se présentant devant le Conseil d'État ». Ce sujet qui, près d'un siècle plus tard ne paraît pas exempt de toute suffisance, est très éloigné de l'ouverture sur notre environnement et de la volonté de rendre compte de notre activité qui inspire aujourd'hui notre institution. Mais, outre l'intérêt artistique de ces peintures, la pertinence de leur présence ici même perdure. Ces représentations de la France laborieuse encadrent en effet, dans la disposition même de la salle, le travail intellectuel, qui est, quant à lui, représenté derrière moi par cet homme seul et pensif au cœur d'une forêt de pins. Les œuvres d'Henri Martin nous rappellent ainsi au quotidien que notre travail de réflexion sur la règle juridique ne prend tout son sens que s'il est empreint des considérations concrètes qui seules permettent l'application effective du droit. « Les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois » écrivait Portalis¹. Ce sont d'ailleurs sans doute de telles considérations concrètes qui ont un jour, dit-on, conduit l'un de nos collègues à compter les arbres de cette forêt et à s'apercevoir qu'il y en avait alors autant que ce qui constituait alors l'effectif des conseillers d'État en service ordinaire, soit 82. Vous comprendrez à la disposition de mon fauteuil que je n'ai jamais eu personnellement l'occasion d'en vérifier l'exactitude.

2. L'écho que renvoie la salle d'Assemblée générale au thème de ce colloque est aussi celui de l'utilité du droit pour l'art

Le droit a été, en ces lieux, une source de l'art. La figure de la justice qui, une balance dans sa main droite, rend à « chacun son dû » – *Suum cuique* –, illustre ainsi l'inspiration de l'art par le droit. Le contrat passé le 10 juin 1914 avec Henri Martin pour les peintures murales est, lui aussi, l'exemple évident d'un instrument juridique qui a initié une création artistique. Les modalités de son exécution peuvent d'ailleurs témoigner en partie de ce « business de l'art » – en dépit de l'anachronisme du terme – qui sera évoqué cet après-midi. Le prix de ce contrat, initialement fixé à 140 000 F, a en effet été augmenté en 1922 d'une indemnité de 20 000 F, destinée à tenir compte de l'inflation. Quant au règlement du concours d'architecture organisé en 1882 pour le Grand prix de Rome, dont le thème, « un palais pour le Conseil d'État », était inspiré des travaux menés au Palais-Royal quelques années auparavant, il est un témoignage de cette « culture de l'art » qui sera abordée aujourd'hui, lorsque l'État se fait juge de l'art.

Cette salle porte également la trace de ce que le droit protège l'art ou, autrement dit, des « droits de l'art » qui sont le thème de cette matinée. La « reconnaissance » de l'artiste se traduit ici par le droit au respect de leur nom, de leur qualité et de leur œuvre² dont jouissent les auteurs des œuvres qui nous entourent. Les droits d'auteur qui restent attachés aux peintures d'Henri Martin, 67 ans après sa mort, pourront aussi servir de point de départ à la comparaison entre la « rigueur française » et le « pragmatisme britannique » en matière de droit moral. Quant à la protection dont bénéficie la salle d'assemblée générale au titre de la législation sur les monuments historiques – la salle a été classée avec l'ensemble du Palais-Royal en 1994 –, elle atteste également toute l'utilité du droit pour la protection et la conservation de l'art. « La valorisation par l'État de son patrimoine artistique », enfin, pourra sans doute trouver un point d'appui sur l'exposition intitulée « Les coulisses du Conseil d'État » qui, à l'occasion des journées européennes du patrimoine organisées demain et dimanche, permettra au public de découvrir de l'intérieur l'ensemble de nos bâtiments.

Je forme donc le vœu que l'architecture et les décors de cette salle puissent inspirer les travaux de ce colloque. Celui-ci offre l'opportunité de réfléchir, échanger et partager en permettant à chacun de prendre mieux la mesure des relations étroites entre l'art et le droit. Je sais donc gré à votre association d'avoir organisé une telle manifestation et je la félicite pour son vingtième anniversaire. Je forme pour son avenir des vœux chaleureux d'activité réussie et féconde.



1. Discours préliminaire du premier projet de Code civil.

2. Code de la propriété intellectuelle, art. L. 121-1 : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur ».



Les Règles de l'Art

The State of the Art

Accueil

THE HONOURABLE LADY DORRIAN

JUGE A LA HIGH COURT AND COURT OF SESSION D'ÉCOSSE

PRÉSIDENTE DE L'ASSOCIATION DES JURISTES FRANCO-BRITANNIQUES

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,
Chers amis,

Voilà maintenant vingt ans, l'Association des juristes franco-britanniques – ou la *Franco British Lawyers' Society*, si l'on préfère – voyait le jour.

Cette naissance, il faut le rappeler à l'occasion de cet anniversaire important, c'est à Michel Koenig que nous la devons et, très indirectement, à un éminent homme politique français, qui fut Garde des Sceaux, ministre de la Justice, dans les années 70 : René Pleven. Michel Koenig, activement soutenu par Simon Horsington – les président et vice-président fondateurs de l'AJFB –, entreprit de donner tort, en quelque sorte, à René Pleven...

On ne saurait mieux présenter la genèse de notre association qu'en donnant la parole à son fondateur : « C'était à l'issue d'une conférence privée de M. René Pleven organisée par des hommes d'affaires de la *City* londonienne à l'intention d'un public restreint. M. Pleven, dont le mandat de Garde des Sceaux / ministre de la Justice venait de prendre fin, avait conclu sa conférence en affirmant que "l'harmonisation de nos systèmes juridiques n'est pas pour demain et peut-être pour jamais", et je me pris à penser que, si ce devait être le cas, il était d'autant plus important de faire "quelque chose" pour y remédier. Voilà la pensée originale qui conduisit à la création de notre Association des juristes franco-britanniques ».

Cette association se voyait assigner un triple objet : « mettre les juristes de chaque pays au fait des institutions et pratiques juridiques en vigueur de l'autre côté de la Manche ; rendre compte des solutions pratiques élaborées dans le cadre de nos activités et exercices respectifs pour surmonter les prétendus antagonismes ou incompatibilités de nos deux systèmes ; et, au vu de l'objet précédent, remuer ciel et terre pour que les législateurs de nos deux pays confèrent à ces solutions une

valeur juridique et légifèrent en conséquence afin que celles-ci remplissent leur plein effet ».

Programme ambitieux, il est vrai, surtout quant à son troisième volet !

Mais, au fil du temps, forte du soutien des Ambassadeurs des deux pays, du Vice-Président du Conseil d'État, des Premiers Présidents de la Cour de cassation, de la Cour d'appel de Paris, du *Lord Chancellor*, de l'*Attorney General*, du *Lord President*, du *Lord Advocate*, des *Lords Chiefs Justice* d'Irlande du Nord, du Pays de Galles et d'Angleterre, ainsi que des membres de la Chambre des Lords et des Barreaux, l'AJFB relèvera ce défi. Et, je ne crains pas de le dire à l'heure où nous soufflons ses vingt bougies, de manière brillante.

Autour des quatre pôles de l'association que représentent les dynamiques sections d'Angleterre et du Pays de Galles, d'Écosse, de France et d'Irlande du Nord, et sous l'égide de l'Entente la plus cordiale qui soit, s'est constituée une communauté de plusieurs centaines de membres composée aussi bien d'avocats, de juristes d'entreprise, de notaires et d'huissiers que de magistrats, de fonctionnaires de l'État ou des collectivités territoriales, d'universitaires et d'étudiants, dont les rencontres se révèlent particulièrement fécondes. L'association s'est dotée d'un Comité académique qui s'emploie à favoriser les relations avec les facultés de droit au Royaume-Uni et en France et attribue chaque année un prix universitaire.

Durant ces vingt années, séminaires, conférences-débat, colloques, voire *moots* et jeux de rôle se sont multipliés. La diversité des thèmes abordés témoigne on ne peut mieux de l'éclectisme des échanges entre juristes des deux rives de la Manche : de la négociation d'un contrat franco-britannique au droit maritime, du droit de l'environnement à la séparation de l'Église et de l'État, du droit du vin aux offres publiques d'acquisition, du droit de l'arbitrage à la bioéthique, du droit de la concurrence au droit du sport, du droit du travail au droit immobilier, du droit pénal au droit du divorce, de l'organisation de la justice au droit constitutionnel, etc.,

etc. Ce vingtième anniversaire m'offre l'occasion de rendre hommage à l'action de ceux qui m'ont précédé à la présidence de cette association, depuis Michel Koenig : Myriam Ezratty, Lord Prosser, Michael Butcher, Dominique Hascher, en réservant une pensée plus particulière au regretté Bill Blackburn.

Une association qui cultive l'art du contrepoint entre *Common law* et *Civil law*, ne pouvait manquer de consacrer l'un de ses colloques aux relations entre l'Art et le Droit et je tiens à remercier très chaleureusement Aristide Levi d'avoir proposé ce thème pour « notre » 20^e anniversaire et d'avoir grandement œuvré au succès de cette manifestation.

Si, comme on le dit, « l'Art n'a pas de frontière », le Droit, pour sa part, n'a pas encore atteint un tel degré d'universalisme. Séparés par une « frontière » maritime, nos deux pays le sont aussi par des « Règles de l'Art » dont les différences tiennent sans doute autant aux particularismes de leurs systèmes juridiques respectifs qu'à leur histoire et à leur culture. Les éminents spécialistes qui vont se succéder à cette tribune, et que je remercie très chaleureusement pour leur concours, ne manqueront pas de nous instruire à ce sujet.

Ce colloque sur « les Règles de l'Art », *and about* « The State of the Art », bénéficie du partenariat hautement prestigieux du Conseil d'État. En mon nom et au nom de mes collègues du Conseil d'administration de l'Association des juristes franco-britanniques ainsi que de l'ensemble de ses membres, je tiens à dire toute ma gratitude à Monsieur le Président Jean-Marc Sauvé, ainsi qu'à Monsieur le Conseiller Terry Olson pour leur très précieuse contribution à la réussite de ce colloque et pour l'accueil qu'ils nous ont si obligeamment réservé en ce palais de la République française.

Je veux enfin exprimer toute notre reconnaissance à l'Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle et à sa Directrice, Madame Michèle Bouyssi-Ruch, pour leur engagement dans la préparation de cette manifestation et pour l'accueil que l'IRPI a bien voulu réserver, lui aussi, à notre colloque, ou plus précisément à ses actes, dans sa revue de référence, *Propriétés intellectuelles*.



Exposé introductif général

L'art, le vrai et le droit

MICHEL VIVANT

PROFESSEUR À L'ÉCOLE DE DROIT DE SCIENCES PO PARIS

Ceci n'est pas une pipe¹. Mais qu'est-ce qu'une pipe ?



René Magritte,
La trahison des images, 1952

© Photothèque R. Magritte – ADAGP, Paris 2011

Qu'est-ce, en effet, qu'une image ? Quelle est la place de l'image par rapport à l'objet ?² L'image est-elle l'objet ? La Cour de cassation française semble, un temps, l'avoir cru avec sa jurisprudence dite « sur l'image des biens », en jugeant que le propriétaire d'un objet physique était en droit de contrôler les reproductions de celui-ci³. La question a suscité de vifs débats doctrinaux entre « civilistes » et « intellectualistes ». Mais, comme il se doit, le questionnement philosophique est resté bien faible. Et pourtant...

Et pourtant Charles Quint, sur la fin de sa vie se retirant dans un cloître, prendra avec lui le portrait de l'impératrice peinte par le Titien qui pourtant ne l'avait jamais vue : l'icône au lieu de la femme. Nos amis britanniques pourraient nous inviter à relire Hobbes et son *Léviathan* qui écrivait des pages incisives sur le thème de l'objet et de son apparence⁴.

D'où surgit cette inévitable nouvelle question : quelle est la vérité de l'image ? Barthes parle à propos de l'image photographique de « l'analogon parfait »⁵. Mais qu'est-ce à dire ? Perfection de l'analogie ? Et donc de la différence car l'analogie n'est pas le semblable ? Quelle est, au-delà

du cas de la photographie, la vérité des images ? Et de l'art ? L'art mensonger de Platon ou l'art qui nous met en face de la réalité même selon Bergson ?

Voilà de belles et bonnes questions (me semble-t-il) auxquelles il faudrait ajouter, plus radicale, celle qui est déjà présente dans l'*Évangile* de Jean⁶ : « Qu'est-ce que la vérité ? ».

1. Comme on le sait, plusieurs tableaux sont réalisés à partir de 1926 par Magritte sur le thème : « Ceci n'est pas une pipe ».

2. Foucault donnera son interprétation de l'œuvre de Magritte (*Ceci n'est pas une pipe : sur Magritte*, Fata Morgana, 1973). Pour Magritte, il semble bien qu'il s'agit tout simplement, contre une fausse évidence, de mettre en lumière que l'image n'est pas l'objet. Maurice Denis, dans un texte qui allait servir de manifeste aux *Nabis*, écrivait déjà : « Se rappeler qu'un tableau – avant d'être un cheval de bataille, une femme nue, ou une quelconque anecdote – est essentiellement une surface plane recouverte de couleurs en un certain ordre assemblées » (*in Art et Critique* 23 et 30 août 1890). À l'époque contemporaine, Joseph Kosuth reprend l'idée dans ses « tautologies » quand il expose, par exemple, une chaise, la photographie de la chaise et la définition du mot chaise tirée d'un dictionnaire. Il est vrai que, dans sa première variation sur la pipe, en 1926, Magritte avait représenté côte à côte une forme abstraite, le dessin d'une pipe et le mot pipe.

3. Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1999 : *Bull. civ.*, I, n° 87. Sur la question, v. tout particulièrement B. Gleize, *La protection de l'image des biens*, Defrénois, 2008.

4. T. Hobbes, *Léviathan*, Première Partie, chap. 1^{er} : « De la sensation » : « Et quoique [...] l'objet réel et véritable semble revêtu du phantasme qu'il engendre en nous, cependant l'objet est une chose et l'image, le phantasme, en est une autre » (ce « phantasme » ou « semblant » dans la traduction française – « *fancy* » or « *seeming* » dans le texte anglais – est ce que perçoit l'observateur humain). Sur quoi Hobbes, relevant que bien des écoles philosophiques « dans toutes les Universités de la Chrétienté » enseignent le contraire, fait le commentaire suivant qu'on ne saurait évidemment occulter : « Je ne dis pas cela en désapprobation de l'usage des Universités ; mais, devant parler par la suite de la fonction qui leur incombe dans la République, je dois vous faire voir chaque fois que l'occasion s'en présente les choses qui doivent y être amendées ; au nombre de ces choses se trouve l'emploi fréquent de paroles qui ne signifient rien » (traduction par F. Tricaud, rééd. Dalloz, 1999). Il semble qu'il n'y ait rien à ajouter...

5. R. Barthes, *Le message photographique*, in *L'obvie et l'obtus* (Essais critiques III), publié en édition de poche au Seuil.

6. Jean, 18, 38.

Mais, question pour question, que vient donc ici faire le droit ?

La réponse est pourtant simple. C'est que, lorsque le droit rencontre l'art, c'est dans un nombre considérable de cas (nos thèmes de la journée le démontrent à suffisance), que cela soit ouvertement ou non, pour d'une certaine manière dire le vrai, comme il le fait, par exemple, en déclarant une œuvre authentique. Ce n'est là cependant qu'un exemple, qui a le mérite de la simplicité, car, si en ce cas le juge est expressément sollicité de dire effectivement le vrai et le faux, une lecture moins technique du droit, plus sémioticienne, qui cherche ce qui est réellement dit derrière la sèche apparence d'un propos, autrement plus riche donc, conduit à découvrir ce discours du vrai, et partant du faux, plus souvent qu'on ne croirait. C'est sur le registre du vrai, implicite ou affirmé comme tel, « vrai véritable » (s'il existe) ou vrai « déclaré », que se fait en règle générale la rencontre des deux univers du droit et de l'art.

Sans doute la vérité du droit ne peut être qu'une vérité toute relative, telle que, exemple parfait, la « vérité judiciaire » : *Res judicata pro veritate habetur*, suivant cette maxime commune aux droits de *Civil Law* et de *Common Law*. Vérité plus relative encore quand il s'agit d'art car qui oserait trancher en termes d'absolu sur l'art ? Et d'autant plus relative, si j'ose dire, qu'il y a droit et droit : si l'on admet que la propriété littéraire et artistique a quelque chose à voir avec notre thème (il semblerait bien...), force est de constater à son propos que, même au sein de l'Union européenne en dépit de l'effet de convergence qui est celui de son droit, *copyright* et droit d'auteur continuent à relever de deux philosophies différentes.

À chacun sa vérité...

Le plaisant dans cette communication, finalement, est qu'elle s'apparente à une équation à trois inconnues, en une sorte de jeu de terme à terme sans qu'aucun des termes utilisés ne soit, sauf grande naïveté, susceptible d'être sérieusement défini ni à même de renvoyer à la moindre certitude.

Mais, comme l'injonction, sinon de Shakespeare, du moins de Dick le boucher dans *Henri VI* : « The first thing we do, let's kill all the lawyers », n'a pas été suivie d'effet, il faut bien faire avec *lawyers* et *law*, avec juristes et droit et voir comment le droit se prononce sur l'art, plus précisément quel est le discours normatif du droit sur l'art, quand et comment il tranche ou prétend trancher et dire le vrai en un domaine *a priori* rétif à toute normativité qui n'est pas la sienne.

« Ceci n'est pas une pipe », « Ceci n'est pas un Warhol » (aussi) ou « Ceci est un Poussin » trouvent des équivalents dans l'univers juridique.

Si le droit et ceux qui parlent pour lui ne prétendent pas exprimer une vérité artistique, en tout cas pensée et/ou formulée comme telle (ou ne le font que très rarement), par les voies qui lui sont propres l'instance juridique va trancher en des termes qui participent de tels jugements. Il me semble, en effet, qu'on peut dis-

cerner dans le discours juridique deux sortes d'énoncés majeurs de cet ordre :

- ceci est vraiment une œuvre ;
- ceci est l'œuvre vraie.

« Ceci est vraiment une œuvre », ou : le droit comme ontologie ?

« Ceci est l'œuvre vraie », ou : l'authentification au Palais.

Je conviens que ces intitulés méritent sans doute un mot d'explicitation mais l'explication viendra. Un peu de mystère sied au droit comme à l'art. Pour l'heure, je vous convie à parcourir ces chemins où l'art, le droit et le vrai peuvent se rencontrer, sans prétendre bien sûr dresser une carte où toutes les voies, tous les carrefours seraient scrupuleusement notés... Il s'agira plutôt d'un voyage en Utopie puisque, comme vous l'aurez compris, je ne suis pas assuré qu'on puisse vraiment dire ce qu'est l'art ou le droit et que je crains fort qu'on ne puisse savoir ce qu'est le vrai. Je n'en serai que plus libre pour ma cartographie toute personnelle et délaissier telle ou telle route⁷. Ne m'accusez pas de ne pas l'avoir empruntée !

I. « Ceci est vraiment une œuvre » ou : le droit comme ontologie ?

On sait (ou plutôt on ne sait guère...) au travers de quels jeux subtils une surface peinte ou un volume vont être accueillis dans le monde de l'art. Cette assumption a quelque chose d'impénétrable.

Les chemins empruntés par le droit sont plus commodément identifiables. Le droit fiscal, par exemple, se risque, à l'occasion, à dire ce qu'il entend par œuvre d'art. Mais la liste donnée dans le Code général des impôts français a quelque chose d'un inventaire à la Prévert où coexistent tableaux et tableaux, estampes, lithographies, textiles muraux, émaux, photographies... d'où il est difficile de tirer une idée directrice sauf à constater l'obsession de la réalisation par la main de l'artiste que nous retrouverons plus tard⁸ et le fait que coexistent tableaux de maîtres et barbouillages pour touristes.



7. La question de la censure par exemple. Car, si le censeur avant tout défend l'ordre établi ou, moyenâgeux mais d'un moyenâgeux très contemporain, prétend défendre le bien contre le mal, il peut aussi prétendre, ce faisant, dire le vrai. La considération de ce vrai, qui est le bien, et qui est vrai parce que bien, ce qui est tout autre chose que bien parce que vrai, nous conduirait cependant très loin.

8. Art. 98 A annexe 3 CGI. On trouve, par exemple, dans la liste les « gravures, estampes et lithographies originales tirées en nombre limité directement en noir ou en couleurs, d'une ou plusieurs planches entièrement exécutées à la main par l'artiste... » (2°), les « productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture en toutes matières dès lors que les productions sont exécutées entièrement par l'artiste » (3°), les « émaux sur cuivre, entièrement exécutés à la main, dans la limite de huit exemplaires numérotés et comportant la signature de l'artiste ou de l'atelier d'art... » (6°), etc.

De ce point de vue, plus intéressante est dans le champ du *copyright* ou du droit d'auteur la demande adressée au juge de dire que ceci ou cela doit effectivement être tenu, ou non, pour une œuvre. Le juge à qui tous les systèmes juridiques interdisent de se transformer en critique d'art en lui interdisant d'apprécier le mérite des œuvres va ainsi être étonnamment conduit à trancher et – vérité judiciaire et partant juridique – à conférer, ou non, cette qualité à un objet donné.

Il est vrai que la question peut être justement posée : qualité d'œuvre sans doute mais d'œuvre d'art ? Le droit français n'emploie pas ce mot mais parle d'« œuvre de l'esprit » (ce qui semble bien établir deux catégories distinctes)⁹. Le droit britannique use, lui, du terme qui est aussi celui du monde de l'art : « Work » tout simplement. Mais on ne manquera pas de faire valoir qu'à Londres ou à Paris (à Tokyo ou à Mexico aussi) il est question de propriété littéraire et artistique... Il est donc intéressant de scruter la parole des juges.

Que disent-ils donc quand ils « disent le droit » ?

D'abord le droit et rien d'autre... Il est de bon ton en France de magnifier le droit d'auteur (d'ailleurs souvent au détriment du *copyright*) et d'en faire une sorte de droit de la culture, Kant et Hugo inévitablement convoqués pour les besoins de la cause. On observe peu qu'un discours philosophique – celui de Kant – ayant pour objet la création littéraire et davantage tourné vers l'œuvre de pensée que vers l'œuvre romancée est appliqué à la création plastique ou musicale ou au logiciel encore. Il est vrai que, pour ce dernier, le droit britannique (et le droit français devrait faire de même s'il se pliait au droit européen) l'assimile à une œuvre littéraire ! Virginia Wolff et *Windows* ? Voilà ce qu'on peut appeler une étrange fiction et qui peut nous interroger sur les rapports du vrai et du droit... Il est vrai que, pour certains, tout est et tout est nécessairement fiction en droit. Où le droit et l'art, reconstruction du réel, se rejoindraient d'une certaine manière.

Mais précisément, ici, le droit et l'art ne se rejoignent pas¹⁰.

– C'est son univers que le juge explore. On le verra proclamer œuvre ce qui n'est pas reconnu par le monde de l'art comme lui appartenant. Ainsi en est-il d'un baby-foot (en France)¹¹, d'une boîte pour ranger les kiwis (sinon au Royaume-Uni, du moins en Nouvelle-Zélande)¹², d'un stylo à billes « 4 couleurs » (en France)¹³, d'une grille de lettres pour jouer au bingo (au Royaume-Uni)¹⁴... Quant à la *New-Zealand Court of Appeal*, elle nous apprend, puisque le système du *copyright* oblige à une qualification particulière (il faut que la création considérée entre dans une catégorie d'œuvre donnée), qu'un *frisbee* et son moule doivent être protégés comme des gravures, dès lors que le moule est obtenu par « entaille » d'une surface et que le *frisbee* est le produit du moule¹⁵. Rien n'arrête le juge prêt à se livrer à une *creative interpretation* ! Le boulon mérite, lui, une mention particulière dans le contexte qui est le nôtre

comme une heureuse manifestation de l'Entente cordiale puisque le juge français pense qu'il peut accéder à la protection¹⁶ et que le juge britannique, sans être aussi affirmatif, refuse l'argument selon lequel l'excessive simplicité de dessins de boulons, rivets, vis et autres objets équivalents devraient les faire tenir pour dépourvus d'originalité¹⁷.

Loué soit donc le boulon ! Je vous propose néanmoins de l'abandonner... Mais, me direz-vous peut-être, n'y a-t-il pas quelque condescendance, et partant quelque erreur de jugement, à affirmer que les boîtes à kiwis n'appartiennent pas au monde de l'art ? Ne vivons-nous pas à l'époque du *design* ? Et, plus radicalement, tout n'est-il pas art ou susceptible d'être dit art ? Il est intéressant qu'au carrefour de l'art et du droit, le promoteur en France de la licence « Art Libre »¹⁸, Antoine Moreau, défende farouchement cette idée. Mais, si tout est art, cette journée est sans objet car qu'est-ce qu'un objet que rien ne permet d'identifier ? Et que faire du « non-art » que revendique un artiste comme Ben ? Et, retour fait au droit, quel sens attribuer à la requête adressée au juge au titre de la propriété littéraire et artistique ? Mais, à admettre donc que « quelque chose » puisse être dit art, même si l'on ne s'attache pas aux objets cultes créés par un Philippe Starck, le moulin à poivre des frères Peugeot, la bouteille de Coca-Cola créée par Alexander Samuelson ou le flacon de Chanel n° 5 œuvre de « Mademoiselle » sont de ces objets de notre quotidien qui figurent au Panthéon du *design*. Pourquoi pas alors la boîte à kiwis ? La réponse me paraît simple dans le contexte où nous nous situons. Il ne s'agit pas de dénier « ontologiquement » à cette boîte (ou au stylo à billes « 4 couleurs ») un caractère artistique pas plus qu'il ne saurait être question à l'opposé de l'affirmer sur le même registre. L'intéressant, pour nous, est que lorsque le juge dit que cette création doit être tenue pour une œuvre, à travers cette qualification il lui confère un statut qui permet au titulaire des droits de contrôler un marché, alors même que le concepteur des objets en cause n'a pas prétendu faire œuvre artistique. Si, comme certains artistes contemporains l'affirment, l'œuvre (l'œuvre d'art) réside dans l'intention, il est remarquable que le juge peut dire œuvre (*work* ou œuvre de l'esprit) une création qui n'a pas été pensée comme artistique.

9. On appréciera ainsi toute la subtilité de l'intitulé de l'ouvrage de N. Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, Economica, 2005.

10. Ce qui ne saurait surprendre. Deux fictions peuvent se rejoindre en tant qu'elles sont des fictions mais s'opposent en leurs contenus.

11. Paris 4^e ch., 20 nov. 1998 : *PIBD* 1999, 671, III, 100.

12. *Plix Products v. Franck Winstone* [1986] *FSR* 92 (NZ).

13. Paris 4^e ch., 15 nov. 2002 : *Rev. dr. propr. intell.* 2003, n° 147, p. 18.

14. *Express Newspapers v. Liverpool Daily Post* [1985] 3 *All ER* 680.

15. *Wham-O v. Lincoln Industries* [1985] *RPC* 127.

16. Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 1997, 1^{re} esp. : *JCP G* 1997, II, 22973, note X. Daverat.

17. *V. British Northrop v. Texteam Blackburn* [1974] *RPC* 57, 68.

18. < <http://artlibre.org>. >.

– On ne saurait s'étonner qu'en symétrique le juge, britannique ou français, n'accueille pas ou ait du mal à accueillir au paradis du *copyright* ou du droit d'auteur des œuvres que le monde de l'art fait pourtant siennes.

La difficulté est certainement plus grande pour le juge du *copyright* qui, lié par des catégories légales, ne pourra faire entrer dans les prévisions de la loi certaines créations contemporaines, telles que *happenings* ou *performances*, qu'au prix d'un certain « forçage interprétatif ». Le cas du *frisbee* nous montre pourtant que cela est possible¹⁹.

Mais, assurément, l'art contemporain est un piège pour tous les juges. On sait que l'œuvre protégeable en droit se doit d'être originale. On sait moins ce qu'est cette originalité qui a fait couler des litres d'encre à la doctrine car chacun y va de sa définition (encore que je doive confesser que je trouve ma propre définition excellente). Quand le juge britannique passe d'une caractérisation en termes de *labour, skill and judgment* à une caractérisation en termes de *labour, skill or judgment*²⁰, il est clair qu'il s'offre une réelle marge de manœuvre. Mais avec la conception française traditionnelle d'« empreinte de la personnalité » (qui est aussi celle de nombreux droits continentaux), il est bien plus difficile d'accueillir au sein du droit d'auteur ces créations de l'art conceptuel, de l'art minimaliste ou de l'art impersonnel tel que, pour ce dernier, le revendiquent Bernard Frize mais aussi Yves Klein avec sa peinture au rouleau ou Tinguely avec ses machines à peindre. Détournant la formule de son sens premier, on pourra toujours prétendre qu'elle s'applique à un jeu purement intellectuel. Le procédé est connu, qui consiste à désigner avec des mots inchangés une réalité nouvelle. Mais quand il n'y a plus de forme perceptible aux sens, comme dans ces « Zones de sensibilité picturale immatérielle » de Klein, est-il sérieusement possible de faire jouer le droit d'auteur « canonique » ? La formule de Nathalie Heinich relative au monde de l'art vaut *mutatis mutandis* pour le monde du juge : « Les artistes contemporains qui se font fort de transgresser l'exigence d'originalité se heurtent [...] à cette limite paradoxale qu'est la nécessité d'inventer des façons originales de ne pas être original »²¹. Le juge ne peut accueillir au sein du droit d'auteur l'œuvre conçue comme échappant aux normes reçues qu'en acceptant de revisiter radicalement la notion d'œuvre qui est la sienne, tout en prétendant n'en rien faire²². Mais, en face d'un Manzoni et de sa fameuse « Merde d'artiste » ou de ces « créateurs de rien » dont parle encore Nathalie Heinich²³, peut-on penser qu'il se prêtera à ce jeu ?

On verra d'ailleurs quelle difficulté est déjà la sienne quand l'œuvre, bien que moins étrange, est simplement affirmée comme telle à travers la seule revendication de celui qui s'en dit auteur. Et, en présence de *copy art* ou d'œuvres d'artistes de l'appropriation (quand, par exemple, Elaine Sturtevant reproduit un Warhol en annonçant que « Ceci n'est pas un Warhol »), on peut être assuré que le juge y verra au mieux des « contrefaçons créatives », plus vraisemblablement de pures contrefaçons qu'il se refusera de qualifier d'œuvres.

Les choses peuvent évidemment changer si le juge prétend se mettre à l'écoute de l'art.

Encore faut-il qu'il ait l'oreille juste... et qu'il n'écoute pas ce qui se disait dans un autre temps comme ces instruments qui captent le fond diffus de l'univers que l'on baptise parfois en français du nom de rayonnement fossile et qui nous vient du fond des âges. Quand les juges continentaux répètent inlassablement que l'originalité est l'empreinte de la personnalité, selon une esthétique d'un autre temps, c'est un peu ce qu'ils font, sous la réserve (heureuse) qu'ils se gardent bien de donner à la formule le plein sens qui était originairement le sien, laissant la doctrine lui conférer toute la rigidité dogmatique qui fait le charme de l'académisme. Mais quand, dans l'affaire *Merchandising v. Harpbond*, Lawton LJ refuse de tenir pour protégeable le maquillage de la pop star Adam Ant au motif qu'« une peinture sans une surface n'est pas une peinture » (*Paint without a surface is not a painting*)²⁴, il ne fait pas réellement autrement, prétendant se référer à ce que dirait l'art, mais ignorant en réalité toutes les expériences d'abolition des supports traditionnels, à commencer par le *body art* !

Les choses sont sensiblement différentes avec l'affaire *Paradis* jugée en France en 2008 où fut reconnue comme œuvre protégeable l'apposition du mot « Paradis » en lettres d'or suivant un graphisme particulier, sur une porte vétuste, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaillait²⁵. Selon les mots mêmes de la Cour de cassation, c'est « l'approche conceptuelle de l'artiste » qui a été prise en considération. Mais il me semble qu'il faille lire, sous cet énoncé, que cette approche conceptuelle méritait d'être prise en considération, en d'autres termes encore que cette approche, reconnue par le monde de l'art, ne pouvait être méconnue par celui du droit. Ainsi l'œuvre est œuvre selon le droit si elle l'est pour le milieu artistique. Dans la très



19. V. ci-dessus.

20. L. Bentley & B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford UP, 2nd éd., 2001, p. 90.

21. N. Heinich, *Le triple jeu de l'art contemporain*, Éd. de Minuit, 1998, p. 137.

22. V. le développement de cette idée in M. Vivant, Quand le mot recouvre le réel. Glissement de sens inaperçu et changement subreptice de topos : *Prop. intell.* 2005, n° 15, p. 231. P. Gaudrat, attaché à une conception traditionnelle de l'originalité, fait d'ailleurs preuve d'une remarquable cohérence intellectuelle en soutenant que, de ce point de vue, l'arrêt *Paradis* n'est pas, lui, en cohérence avec la conception ordinaire de l'originalité (P. Gaudrat, De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur : *RIDA* 2009, 220, p. 81).

23. N. Heinich, *op. cit.*, p. 124.

24. *Merchandising v. Harpbond* [1983] FSR 32.

25. Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2008 : *JCP* 2008, II, 10204, note G. Loiseau ; *JCP* 2009, n° 25, 30, § 4, obs. C. Caron ; *D.* 2008, act. jurispr. p. 2933, obs. J. Daleau ; *D.* 2009, p. 263, note B. Edelman, note E. Treppoz ; *RIDA* 2009, 219, p. 353, obs. P. Sirinelli ; *Prop. intell.* 2009, n° 31, p. 157, obs. J.-M. Bruguière ; *Rev. Lamy Dr. immat.* déc. 2008, n° 1443, obs. L. Costes ; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 1, note C. Caron ; *RTD com.* 2009, 121, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Juris-Data* n° 2008-045778.

célèbre affaire *Brancusi*, Brancusi contre États-Unis²⁶, où la question était posée, dans une perspective non pas de *copyright* mais de droit douanier, de savoir si l'objet de métal jaune « parfaitement poli » que Brancusi qualifiait de sculpture et dénommait Oiseau, devait, ou non, être reconnu comme une sculpture, la Cour chercha des éclaircissements chez les experts, appelés à dire quelle vision ils avaient de l'objet. Plus discrètement, dans une affaire française celle-ci, et datant de 2006, où était en débat le respect de dispositions d'urbanisme, à propos d'une maison « déconstruite », quelque part, a-t-on dit, entre la *Factory* d'Andy Warhol et le *Palais* du facteur Cheval, avec murs noircis et éventrés, significativement dénommée « Demeure du Chaos », les juges allaient y reconnaître une œuvre d'art sur l'affirmation des experts appelés en la cause²⁷. Mais, comme il s'agissait d'urbanisme et que la question se posait de savoir si une déclaration préalable à l'engagement des travaux ne s'imposait pas, ces mêmes juges se tournèrent encore vers les experts pour savoir où se situaient les limites – les limites physiques – de l'œuvre. Las, convaincus qu'elle était « monumentale, totale, globale », ils allaient juger qu'elles ne respectaient pas les fameuses dispositions d'urbanisme appelées à jouer à partir d'une certaine taille et d'un certain volume ! Comme je l'écrivais dans un commentaire de la décision, avec, je l'avoue, un fort mauvais esprit : « Des œuvres peut-être mais surtout qui ne dérangent pas, des œuvres point trop créatives... sauf si elles sont de petite taille ! »²⁸ Mais, à rester dans le mauvais esprit, est-ce si inconvenant ? N'est-ce pas un critique d'art qui écrivait : « Les responsables du département d'art contemporain ont un peu tendance à penser que quand c'est grand, cher et en couleur, c'est de l'art »²⁹ ? Et si le critère était le grand ou le gros ?

Soyons plus sérieux. La vraie question me paraît être celle-ci : la vérité du droit doit-elle être, peut-elle être celle de l'art si tant est que cette dernière existe ? J'entends bien qu'il y aurait eu quelque chose de profondément choquant à voir disqualifié *L'Oiseau* de Brancusi en simple pièce de métal. Mais est-ce à un tribunal de déclarer, parlant de l'« objet » : « Il est beau et de lignes symétriques, et en dépit d'une certaine difficulté à pouvoir l'assimiler à un oiseau, il n'en demeure pas moins agréable à regarder et d'une grande valeur ornementale » ? Et, aussi respectable que soit le propos, sont-ce les mots justes ? Et que dire des appréciations des experts ? Robert I. Aitken, cité par les États-Unis : « Je considère qu'il ne s'agit ni d'une œuvre d'art ni d'une sculpture ». Jacob Epstein, cité par Brancusi, répondant à la question : « Considérez-vous que ceci est une œuvre d'art ? » : « Oui, très certainement [...]. Elle flatte mon sens de la beauté, me procure un sentiment de plaisir, elle est l'œuvre d'un sculpteur... »³⁰ Qui dira donc le « vrai » ? En France *Beaux-Arts* ou *ArtPress* ?

La confusion des genres peut, d'ailleurs, conduire à des incohérences insoupçonnées. Si – retour fait au *copyright* ou au droit d'auteur – une création doit être protégée parce qu'elle appartient au monde de l'art, il serait assez logique de ne pas protéger une création qui n'y appartient pas. *Exit* de la sorte le boulon et la boîte de

kiwis... Pour beaucoup qui n'ont pas abandonné l'idée qui jadis fut vraie que la propriété littéraire et artistique mérite son nom, ce serait plutôt une heureuse chose³¹. Et, pour moi, je ne m'en affligerais pas. Mais, si l'on ne veut pas sacrifier un pan entier du « domaine protégé », dont il ne suffit pas de dire pour le préserver qu'il s'agit d'œuvres d'art appliqué, va-t-on imaginer des critères de protection diversifiés ? Et que devient dans tout ça le critère juridique d'originalité ?

Certes, il est toujours possible de sauver les apparences par un jeu rhétorique. Les juristes sont maîtres en la matière. L'œuvre d'art sera dite nécessairement originale (on le dit déjà pour les œuvres « classiques »). L'œuvre originale sera nécessairement réputée artistique. Et tout sera (peut-être est déjà) pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles. Heureux Pangloss !

Reste que, de fait, est dit œuvre ce que les uns ou les autres, les amateurs d'art ou les juges, les juges ou les amateurs d'art, disent œuvre. Il arrive qu'ils se rejoignent comme il arrive qu'ils ne le fassent pas. Le vrai est celui du discours mais le discours est-il vrai ?

II. « Ceci est l'œuvre vraie » ou : l'authentification au Palais

Le Palais n'est là que pour l'image³² car, ici, le juge n'est pas seul sollicité mais aussi l'administration. L'authentification, par une autorité ou une autre, est le mot-clef. Car l'acte renvoie à l'authenticité qui, dans nos deux langues, anglaise et française, désigne aussi bien la véracité quant à l'origine (l'œuvre, l'écrit a telle personne pour auteur) que la « vérité intrinsèque » (j'emprunte ces mots au *Trésor de la Langue française*) de la personne, de l'œuvre, du lien qui les unit et se traduit par le respect d'une intentionnalité.

« Ceci est un Poussin ». « Ceci est le texte voulu par Joyce ».

Ceci est, ou n'est pas, un Poussin. Le jeu du vrai et du faux, de l'indécis aussi, se joue avec différents



26. V. en anglais, avec préface M. Rowell, et postface A. Paleologue, *Brancusi v. United States, The Historic Trial, 1928*. Vilo Int. Et traduction française : *Brancusi contre États-Unis, Un Procès historique, 1928*, Adam Biro, 1995.

27. T. corr. Lyon, 16 févr. 2006 : *Propri. intell.* 2006, n° 20, p. 356, III, obs. M. Vivant.

28. Observations précit.

29. A. Sayag, *Le journal de l'Art* mai 1996, n° 25.

30. Toutes citations tirées de l'ouvrage en langue française *Brancusi contre États-Unis*, précit.

31. Même si selon moi, le droit d'auteur comme le *copyright* ne sont pas (plus ?) un « droit de l'art » ; pour cette idée iconoclaste, v. M. Vivant, *Quand le mot recouvre le réel...*, précit. ; Les métamorphoses de l'œuvre, *Des mythologies aux mythes informatiques : D.* 2010, chron. p. 776 ; et encore M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009.

32. Ce qui n'est pas entièrement négligeable dans le contexte qui est le nôtre...

acteurs : ceux que l'on attend et ce n'est pas forcément ce qui appelle le plus de commentaires et ceux que l'on n'attend pas et à propos desquels il y a plus à dire.

– Premiers acteurs : le marchand, l'acheteur et le juge. La figure est attendue car il y aura toujours des cas où l'œuvre se révélera n'être pas ce que l'on croyait. Le juge sera sollicité et il lui appartiendra de trancher.

Si j'ai plusieurs fois évoqué Poussin (mais cela aurait pu être Gainsborough ou Whistler), c'est que la vente d'un tableau qui se révéla être un Poussin fut l'occasion en France d'une longue procédure emblématique³³. De fait, les enjeux peuvent être considérables. En l'espèce, la vente initiale avait été consentie pour 2 500 francs mais, celle-ci annulée, le tableau put être (re)vendu pour 7 400 000 francs à un amateur d'art. Mais, du point de vue qui nous occupe, le traitement de ces questions n'a rien de bouleversant. Les décisions rendues – et je me cantonnerai ici (je l'avoue pour de simples raisons d'ignorance) à la jurisprudence française – suivent la pente de la raison. L'œuvre présentée comme étant celle d'un peintre n'est pas traitée comme celle « attribuée » par exemple à Fragonard³⁴. Le contractant professionnel est traité plus sévèrement que le profane – tel ce restaurateur qui, chargé de la restauration d'un tableau alors formellement reconnu comme de Camille Claudel mais par la suite attribué à un autre artiste, s'en était porté acquéreur³⁵. Professionnels et experts sont au premier rang. Et les juges apprécieront autant le sérieux de leurs investigations que la manière dont ils se sont prononcés. On a justement et joliment dit qu'ils n'avaient pas un « devoir de vérité »³⁶. Mais ils ont une obligation de prudence et la Cour de cassation a pu dire que « l'expert qui affirm[ait] l'authenticité d'une œuvre d'art sans assortir son avis de réserves engage sa responsabilité sur cette affirmation »³⁷. C'est que, si, comme il a été observé, l'inauthenticité d'une œuvre peut être établie avec une relative certitude³⁸ (et encore...), s'agissant d'authenticité la certitude bien souvent n'est pas assurée. On dit que, sur les sept cents Van Gogh en circulation, une centaine pourrait être des faux, et on sait quelles polémiques ont entouré ou entourent l'attribution du *Jardin à Auvers*. Un décret du 3 mars 1981 relatif à la répression des fraudes en matière artistique distingue bien les formules : « de », « par », « attribué à », « atelier de », « école de ». Au fond, l'observation majeure à faire est qu'ici monde du droit et monde de l'art se rejoignent dans une prudence toute empreinte de sagesse qui consiste à reconnaître que le doute a sa place.

Authentification pour authentification, il reste encore à ajouter que même le faux pourra être authentifié par l'un ou par l'autre comme faux : comme un vrai faux en quelque sorte. Le Musée d'Art moderne de Paris n'a-t-il pas, en effet, organisé, au printemps 2010, deux expositions, il est vrai vivement controversées, que *Libération* présentait sous le titre « Musée des faux arts » ?³⁹ Et s'il est exact que, du point de vue du droit, le faux, entre législation sur les fraudes et propriété littéraire et artistique, est normalement réprimé, la copie d'une œuvre est libre et même celle de la signature qu'elle comporte, pourvu que la copie apparaisse bien comme

telle⁴⁰. Au croisement de l'art, de la morale, de l'histoire ou du droit, il peut même être expédient de se revendiquer faussaire comme le fit Han Van Meegeren, arrêté à la libération pour collaboration pour avoir vendu à Goering un très beau Vermeer, *Le Christ et la femme adultère*, dont il était l'auteur !

– À ces acteurs d'évidence (ceux du marché de l'art et le juge appelé en arbitre), j'ajouterai un second « jeu » – une seconde « distribution » – d'acteurs dont on attendrait qu'ils dissipassent le doute mais qui vont à l'occasion savoir le distiller : l'artiste, les siens et le juge (le juge inévitable...). La pièce pourrait ici s'appeler la tromperie et le jeu.

Mais la tromperie est d'un faible intérêt. Elle sera le fait de certains ayants droit indécents (voilà pourquoi je parlais de l'artiste et des « siens ») intéressés à authentifier une œuvre inauthentique pour accroître le périmètre des œuvres qu'ils peuvent prétendre contrôler. Elle peut aussi parfois être le fait de l'artiste lui-même ; on murmure que certains n'ont guère de scrupule à « reconnaître » des œuvres qui ne sont pas les leurs... Le tout – c'est une question de marché – est que ces attributions généreuses ne le soient pas trop afin de ne pas faire chuter la cote de l'artiste. Mais humainement cela est médiocre, intellectuellement c'est d'un faible intérêt.

Tout autre est le cas où l'on peut parler de jeu : jeu intellectuel, jeu artistique, quand aujourd'hui la signature devient une revendication en soi, une « marque » ont dit certains (au sens de marque commerciale)⁴¹, mais point une marque « de fabrique » (au sens premier). Dans l'affaire *Spoerri*, la Cour de cassation française a ainsi eu à connaître, en 2005, de la vente d'un tableau dit « piège » réalisé « sous brevet » et signé par Daniel Spoerri. Cela mérite, à n'en pas douter, explication. Il s'était agi pour l'artiste de proposer aux visiteurs de réaliser des tableaux, procédant de collages, suivant ses instructions, et de leur remettre des « brevets de garantie vierges, destinés à être collés au dos des futurs tableaux qui seraient acceptés et authentifiés ». Dépit de l'acheteur qui se disait amateur. Ce Spoerri devait-il être tenu pour un Spoerri ? Les amateurs d'art contemporain –



33. Feuilleton judiciaire : CA Paris, 2 févr. 1976 : *D.* 1976, 325, conclusions J. Cabannes. – Cassé par Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 1978 : *Bull.* n° 74 ; *D.* 1978, 601, note P. Malinvaud. – Sur renvoi Amiens, 1^{er} févr. 1982 : *JCP* 1982, II, 19916. – Cassé par Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1983 : *Bull.* n° 293 ; *D.* 1984, 340 ; *JCP* 1984, II, 20186. – Et sur renvoi CA Versailles, 7 janv. 1989 : *D.* 1987, 485.

34. Cass. 1^{re} civ. 24 mars 1987 : *JCP* 1989, II, 21300, note M.-F. Vieville-Miravete.

35. Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2004 : *Juris-Data* n° 2004-026149.

36. M. Cornu et N. Mallet-Poujol, *Droit, œuvres d'art et musées*, CNRS éd., 2^e éd., 2006, n° 142.

37. Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 1995 : *D.* 1995, IR p. 177.

38. M. Cornu et N. Mallet-Poujol, *op. cit.*, n° 98, p. 72, note 24.

39. V. Noce, Musée des faux arts : *Libération* 23 avr. 2010.

40. V. M. Cornu et N. Mallet-Poujol, *op. cit.*, n° 128.

41. C'est la thèse de B. Edelman.

acheteurs ou non – répondraient certainement oui. La délégation est aujourd’hui une pratique courante. On peut citer en illustration parmi beaucoup d’autres Andy Warhol ou Daniel Walravens et François Morellet qui écrit que « la solution la plus radicale pour éviter la pollution générale de sa propre main c’est bien sûr de s’adresser à la main d’un autre ». La Cour de cassation allait pourtant faire reproche au commissaire-priseur de n’avoir pas mentionné, comme il aurait dû, dit-elle, le faire, « l’auteur effectif » de l’œuvre, celui qui l’a façonnée donc puisque ce n’est pas celui qui l’a conçue⁴². Vérité des juges qui met à mal tout le schéma de l’art conceptuel. Vérité française sans doute, mais point seulement puisque, dans une affaire *Metix v. Maugham* 1997, le juge britannique avait jugé bon de relever qu’une sculpture s’entendait usuellement d’une œuvre tridimensionnelle faite de la main de l’artiste⁴³. Écho de l’idée se retrouve, d’ailleurs, partiellement à l’échelle européenne dans la directive « Droit de suite » lorsque celle-ci vise toutes sortes d’œuvres d’art, « pour autant qu’il s’agisse de créations exécutées par l’artiste lui-même »⁴⁴. Hors la fabrique, point de salut. On me rétorquera peut-être que le texte vise en réalité ces créations exécutées par l’artiste lui-même mais aussi les « exemplaires considérés comme œuvres d’art originales ». Cette dernière notion n’étant pas définie au niveau européen, le texte français va parler de manière très vague d’« exemplaires exécutés en quantité limitée par l’artiste lui-même ou sous sa responsabilité »⁴⁵. Ce pourrait être une réponse à l’arrêt *Spoerri* mais la disposition a un objet limité (le droit de suite) et prétend viser des œuvres tels que les bronzes traditionnellement duplicables avant même le temps de la reproductibilité technique qui retint l’attention de Walter Benjamin. Au fond : n’est pas auteur qui veut... (Et si la phrase a un double sens, dans le contexte de la présente communication où les vérités s’entremêlent et se contredisent, cela n’est guère gênant).

Reste à savoir ce que dirait un juge en présence de ce *Sous Bois* de Cosgrove qu’on peut voir au Musée des beaux-arts de Montréal, signé « Cosgrove », avec au verso cette mention : « Ceci n’est pas fait de ma main, Stanley Cosgrove ».

Qui devrait alors parler ? Je me garderais bien de répondre à cette périlleuse question. Il faut pourtant savoir quand l’authentification renvoie à l’intention quel est le discours de l’œuvre. L’artiste y pourvoira parfois lui-même avec la plus grande attention. J’ai choisi plus haut en exemple Joyce car on sait avec quel soin il suivit la traduction de son *Ulysse* en français. Mais, dans le domaine des arts plastiques, Buren, pour ne donner que cet exemple, est bien connu pour la vigilance dont il fait preuve quant à la conservation de ses œuvres. Parfois, il est vrai, les choses sont plus délicates : si les œuvres nous parlent encore, le langage est oublié, l’intention réelle nous échappe ; c’est Malraux écrivant à Roger Caillois et citant Spengler : « Spengler avait raison de dire que les statues égyptiennes parlaient aux Égyptiens une langue disparue avec la culture égyptienne, et qu’elles ne parleraient plus jamais ; il avait tort d’oublier qu’elles nous

parlent cependant, et que nous sommes contraints de les entendre »⁴⁶... Difficile authenticité donc...

– Au premier cas, quand la vérité est celle de l’artiste, il suffit pourtant (si l’on peut dire) de l’écouter – ou d’écouter ses ayants droit, ce qui alors complique cependant assez sérieusement les choses car les veuves abusives sont une figure non négligeable du droit d’auteur (d’autant qu’il n’y a pas que des veuves...).

Pour illustrer mon propos, et dans la mesure où il s’agit de droit moral, je puiserai deux exemples – deux exemples seulement – dans la jurisprudence française : d’abord un jugement d’il y a une vingtaine d’années, rendu à propos du droit au respect, qui souligne bien que c’est la vérité de l’artiste qui est en cause puisque, lapidaire, il énonce : « Le respect est dû à l’œuvre telle que l’auteur a voulu qu’elle soit »⁴⁷ ; un arrêt plus récent de la Cour de cassation, ensuite, rendu à propos du droit de divulgation mais qui m’intéresse surtout ici en tant qu’il affirme qu’il « doit s’exercer au service de l’œuvre, en accord avec la personnalité et la volonté de l’auteur telle que révélée et exprimée de son vivant »⁴⁸. Ce serait, toutefois, une erreur d’ignorer les pays de *Common Law*, même s’ils sont, comme on le sait, bien plus réservés à l’égard des droits moraux. Les cas les concernant sont certes rares mais je ne peux pas ne pas évoquer cette affaire canadienne *Snow v. The Eaton Centre*, où le sculpteur Michael Snow qui avait créé une œuvre intitulée *Flight Stop* composée de soixante oies représentées en plein vol attaqua le complexe commercial qui, pour Noël, avait jugé bon d’entourer le cou de chaque oie d’un ruban. Snow faisait valoir que l’initiative du centre commercial était du même ordre qu’aurait été l’adjonction de boucles d’oreille à la Vénus de Milo. La *Ontario High Court* lui donna raison, indiquant que la parole de l’auteur (*the author’s word*) était pour son appréciation suffisante, pour autant qu’elle n’était pas irrationnelle⁴⁹. Apparemment l’avantage de l’artiste français, c’est qu’il a toute liberté d’être irrationnel. Mais on aura observé qu’ici où là la vérité, sanctionnée par le droit, est d’abord celle de l’artiste.

– Cela étant, la vérité n’est pas toujours celle de l’artiste. Elle peut être celle de l’expert appelé à intervenir

42. Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 2005 : *JCP G* 2005, II, 10092, note J. Ickowicz ; *JCP E* 2006, 2178, § 1, obs. C. Zollinger ; *Propri. intell.* 2006, n° 20, p. 356, obs. M. Vivant ; *RIDA* 2006, n° 208, 255, obs. A. Kéréver.

43. *Metix v. Maugham* [1997] *FSR* 718, 722.

44. À rapprocher encore du Code général des impôts français et de son article 98 A annexe 3 CGI déjà cité note 8.

45. CPI français, art. L. 122-8.

46. A. Malraux, « Réponse à Roger Caillois » (réponse à la présentation faite par celui-ci en 1973 à la Fondation Maeght du *Musée imaginaire* de Malraux).

47. TGI Paris, 15 oct. 1992 : *RTD com.* 1993, 98, obs. A. Françon.

48. Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2000 : *D.* 2001, jurispr. p. 918, note C. Caron ; *RTD com.* 2001, 94, obs. A. Françon.

49. *Snow v. The Eaton Centre* (1982) 70 *CPR* (2d) 105 (Canada).

lors des procédures de classement ou de restauration. En effet, à travers le droit des biens culturels, la législation sur les « monuments historiques » ou les *listed buildings* ou encore le *National Heritage Act*, l'œuvre va alors tout à la fois être reconnue comme œuvre et figée dans la vérité qu'on lui prête. Le droit prétend ainsi dire le vrai de l'œuvre.

Par rapport à ce que nous avons vu plus tôt du droit d'auteur ou du *copyright* quand le juge est appelé à dire qu'il tient ou non cette création pour une œuvre, deux observations doivent être faites. La première est qu'il ne s'agit pas davantage ici qu'auparavant de proclamer, ou de proclamer nécessairement, une œuvre comme étant artistique. La démarche de classement (le terme pris comme générique) a son autonomie. Le bien patrimonial ou le bien culturel peuvent avoir une valeur artistique mais ils peuvent fort bien ne pas l'avoir. Il est significatif que la loi française du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques s'attache aux « immeubles dont la conservation présente, au point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt public »⁵⁰. Et la loi du 31 décembre 1992, définissant les trésors nationaux, fait de même en visant des biens « qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie ». Toutefois, en dépit de la présence dans les deux textes cités de la conjonction disjonctive « ou », ma seconde observation sera, après bien des auteurs⁵¹, qu'art et histoire se mêlant c'est souvent cette dernière qui l'emporte ou, au moins, à rester dans le champ artistique, l'histoire de l'art⁵². Le recul du temps, comme l'observe M^{me} Cornu, a au moins l'avantage de donner une meilleure assise aux décisions prises⁵³. Dans la pratique française, c'est le privilège des morts de voir classé (« voir » : je ne suis pas sûr que ce soit le mot juste...) l'immeuble dont ils furent l'auteur. Études, réunions, délibérations vont permettre de dégager un consensus – consensus des experts – que le droit ici ne fait qu'entériner. Et s'il est exact que les avis peuvent diverger sur tel ou tel artiste, s'ils peuvent fluctuer, si Puvis de Chavannes ou Bouguereau ne sont pas vus aujourd'hui comme ils l'étaient il y a trente ans, donner le pas à l'histoire de l'art sur on ne sait quelle « vérité artistique » facilite bien les choses.

Mais la vérité ressurgit avec l'obligation d'intangibilité qui va dans bien des cas accompagner la mesure de classement. Le temps retrouvé engendre le temps arrêté...

La question se pose aussi aux restaurateurs qui doivent se demander en quel état restituer l'œuvre. C'est ainsi que la *Vénus de Milo*, que nous avons déjà croisée avec Michael Snow, a conservé son nez mais perdu son pied gauche lors de sa dernière restauration achevée au printemps 2010. Mais alors le questionnement sur le vrai, sur restauration et « dérestauration », reste normalement circonscrit au monde de l'art.

– Cependant, ultime exemple, qu'il est des vérités diverses qui peuvent s'affronter, se croiser, se détruire, quand l'artiste est là pour dire sa vérité mais quand sa vérité n'est pas intangible comme lorsque Boltanski dit

son œuvre changeante et déclare : « Je suis le propre interprète de mon travail »⁵⁴, alors que le conservateur ou le restaurateur veulent la garder inchangée, que faut-il faire ? Et lorsque l'œuvre est un objet « dans son état industriel », tel qu'un réfrigérateur, que penser de l'affirmation de ce galeriste disant qu'en cas de dégradation, « cela se résout en général par l'achat d'un réfrigérateur identique »⁵⁵ ? Nous sommes une fois encore renvoyés à l'interrogation première et sans réponse sur ce qui fait l'œuvre.

Il serait sage ici que le droit se retire et se taise. Mais il suffit d'un plaideur hargneux pour qu'il ne puisse pas le faire.

De cette parole obligée, sollicitée, attendue, crainte peut-on finalement tirer quelques enseignements ? Peut-être mais avec la plus grande prudence... c'est-à-dire tout autrement que sur le registre du vrai et du faux.

Le premier est que, si le droit contemporain, dans une approche qu'on a parfois qualifiée de postmoderne, peut offrir aux acteurs des possibles variés (en France divorce « à la carte » de Jean Carbonnier, élection de la loi applicable dans de nombreux instruments internationaux...), il vient un instant où la décision doit être prise et la réponse sera en noir ou en blanc.

Pour les « auteurs véristes » (pour reprendre un joli mot d'auteur...⁵⁶), ceux qui croient à l'ontologie, cette réponse exprimera un état (ceci est une œuvre) et, comme un état n'est pas une chose et autre chose à la fois (sauf en physique quantique), cet état prendra nécessairement les traits de la vérité. Cela est. Où l'on n'est pas loin de la théologie. Mais le droit s'en n'est-il jamais exonéré ?

Cependant, que le droit soit sollicité de dire le vrai ou qu'il faille solliciter ses propos pour y découvrir un jeu de « véridiction », cette vérité, lourde comme un art officiel ou discrète, est éminemment relative, ne serait-ce que sur l'observation qu'en droit le vraisemblable souvent est proclamé vrai mais aussi en admettant comme un propos de raison que le vrai du droit ne peut être le vrai de l'art pas plus que celui de la science ou du couple (qui se marie ou divorce). La parole du juge n'obligera jamais le milieu de l'art à reconnaître une



50. Loi 31 déc. 1913, art. 1^{er}.

51. Ainsi, entre autres, M. Cornu, *Le droit culturel des biens, L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, 1996, p. 201 sq.

52. V. A. Riegl, *Le culte moderne des monuments, son essence et sa genèse*, Seuil, 1984, p. 38 : « Le "monument artistique" compris dans ce sens, est donc, en réalité, un "monument de l'histoire de l'art" ; et sa valeur, considérée de ce point de vue, est moins "artistique" qu'"historique" » (cité par M. Cornu, *op. cit.*, p. 201).

53. M. Cornu, *op. cit.*, p. 203 sq.

54. C. Boltanski, cité par N. Heinich, *op. cit.*, p. 116.

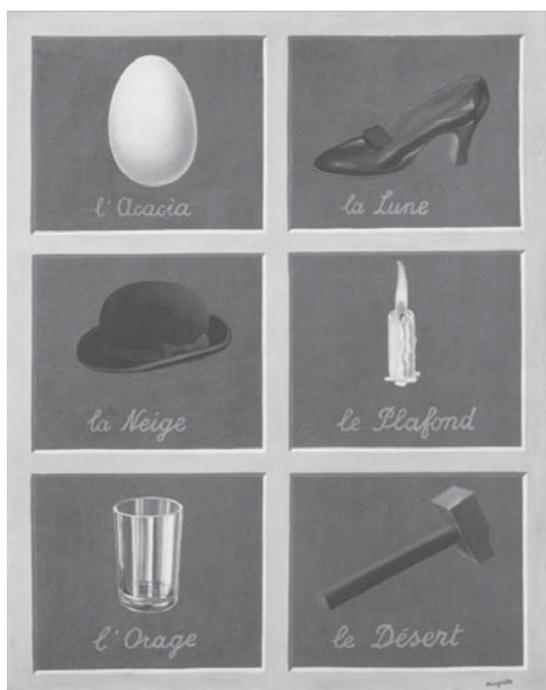
55. Cité par N. Heinich, *op. cit.*, p. 116.

56. M. Xifaras, *Les figures de la doctrine. Essai d'une phénoménologie des "personnages juridiques" dans la doctrine administrative française*, Actes du Colloque sur « La doctrine en droit administratif », p. 175, spéc. p. 212.

boîte à kiwis comme une œuvre d'art s'il ne le souhaite pas, pas plus que le monde de l'art ne fera reconnaître telle ou telle performance à un juge qui n'entend pas la protéger. Le Poussin pourra cesser de l'être ou le redevenir. Et le destin (artistique) du *Jardin à Auvers* ne doit pas être cherché dans les prétoires.

Alors, me direz-vous, qu'en est-il de cette communication ? (Mais – soit dit en passant et renvoi fait à la pipe de Magritte – qu'est-ce qu'une communication ?) Qu'en est-il ? « Much ado about nothing » ? *Maybe...* Cher collègue, cher ami, cher Aristide Levi, je ne sais si vous jugerez que j'ai rempli ma mission qui était d'ouvrir ce colloque. Je pourrais revendiquer l'état post-moderne du droit que j'évoquais tout à l'heure. Et j'avoue que cette idée me séduirait assez. Plus positivement, j'invoquerai pour ma défense d'avoir contribué à la santé mentale des uns et des autres, des juristes, des artistes et des autres. Comment cela ? Eh bien référence faite au sous-titre d'un récent numéro que le *Magazine littéraire* consacrait au doute : « Ce sont les certitudes qui rendent fou »⁵⁷.

Reste la vérité artistique ? « Ah ouiche » dirait un personnage de Molière... Nous avons commencé avec Magritte. Finissons avec lui et *La clef des songes*.



René Magritte,
La clef des songes, 1930
© Photothèque R. Magritte – ADAGP, Paris 2011

57. Juill.-août 2010.

Le jeu de l'art ou l'art a-t-il tous les droits ?

Quelle reconnaissance pour l'artiste ?

Le droit à la recherche de l'artiste

ALAIN GIRARDET

PRÉSIDENT DE CHAMBRE À LA COUR D'APPEL DE PARIS

Reconnaître l'artiste, c'est d'abord reconnaître l'œuvre ! Mais reconnaître l'œuvre, c'est faire un choix entre les œuvres « dignes » ou plutôt éligibles à la protection conférée par le droit d'auteur et celles qui ne le sont pas. Le droit d'auteur n'a, en effet, jamais prétendu protéger toutes les productions formelles de l'activité humaine, même si, selon les termes de notre loi, toutes les œuvres de l'esprit ont vocation à être protégées « quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »¹ ; acception très large, trop large peut-être, si l'on s'en tient à la lettre du texte.

Comment opérer un choix, évidemment nécessaire ?

C'est au juge qui applique la loi et en précise la portée, de dire quelle est l'œuvre qui doit être protégée et quelle est celle qui ne le peut pas.

Pour y parvenir, il a eu recours à la notion prétorienne d'originalité et a posé en outre l'exigence d'une caractérisation formelle de l'œuvre : seule l'œuvre originale, créée par une personne physique et matérialisée sous une forme perceptible – par opposition aux idées –, est éligible à la protection du droit d'auteur et peut conférer à l'artiste un droit exclusif opposable à tous. Ces exigences cardinales faisaient encore autorité dans le monde de l'art comme dans le monde des juristes jusqu'à ces derniers temps...

Jusqu'à ces derniers temps car l'édifice se lézarde avec l'émergence de créations nouvelles.

En effet, des formes de création différentes viennent pousser dans leurs retranchements ces principes directeurs.

Les questions les plus délicates qui se posent désormais au juge sont les suivantes : comment apprécier l'originalité d'une œuvre sans en apprécier les mérites ? Comment appréhender des créations nouvelles qui, non seulement revendiquent la transgression des canons esthétiques qui les précèdent, mais encore se définissent comme une critique de « toute forme » et font appel à l'interactivité du spectateur [...] ? Comment enfin, appréhender la multitude de créations assistées par ordinateur, où l'intervention humaine se limite à opérer des choix entre diverses propositions offertes par des logiciels de plus en plus performants ? Où est passé l'artiste ?

C'est autour de quelques-unes de ces questions que je me propose de consacrer mon propos, en m'efforçant tout d'abord de cerner la part qui revient à l'auteur dans la création d'œuvres complexes, avant d'aborder la difficulté de notre droit à appréhender les créations contemporaines de l'art dit « conceptuel ».

1. De la restauration des œuvres aux créations assistées : où est passé l'artiste ?

a) La restauration

Le restaurateur peut-il être reconnu comme un artiste et, partant, disposer d'un droit exclusif sur l'œuvre restaurée ? Serait-il recevable, par exemple, à opposer alors son droit moral, si d'aventure une autre restauration était par la suite substituée à la sienne ? Tout dépend de la liberté qu'il prend par rapport à l'œuvre qu'il restaure ; mais... sa liberté est nécessairement limitée par la fidélité qu'il doit à l'œuvre.

Le cas des parterres du jardin de Vaux-le-Vicomte² illustre bien la difficulté : Fouquet, surintendant des Finances de Louis XIV, avait fait appel à Le Nôtre pour dessiner les jardins et notamment les parterres de boulingrins, richement ornés qui forment une dentelle de buis. Au début du XX^e siècle, les parterres étaient méconnaissables et les propriétaires du château firent appel à Achille Duchêne, paysagiste très connu (qui intervint également en Angleterre à Blenheim Palace, Esther Palace, Gordonstown, Woodnorton...). L'intervention fut conduite dans le respect et la fidélité aux contraintes historiques du style de Le Nôtre ; mais elle exprimait aussi la personnalité du restaurateur qui, relève la cour, « avait été à même d'exercer tout son art, son savoir-faire et son imagination créatrice ». En effet, les dessins



1. CPI, art. L. 112-1.

2. CA Paris, 11 févr. 2004.

de Le Nôtre avaient disparu ; seule subsistait une vue cavalière des jardins. Le restaurateur avait dû repenser les parterres de Le Nôtre. Il a prolongé l'œuvre de ce dernier et la restauration qu'il a conduite reflète la vision personnelle qu'il en avait.

b) La retouche, la manipulation, la transformation des œuvres érigées en art

Plus délicates sont les questions qui touchent aux créations assistées.

La retouche par ordinateur des photographies des « fauxtographies »³ : les logiciels de retouche permettent de transformer aisément les contrastes, la lumière, les couleurs, en sorte que cette transformation de l'image se diffuse très largement jusque dans le photojournalisme. À en croire le journal *Le Monde*⁴ une nouvelle génération de photographes, influencés par le cinéma et la peinture, est « bien accueillie par des journaux en quête de photos efficaces », lesquels font de plus en plus souvent appel à des « artistes du documentaire » sur des sujets d'actualité. Outre la méprise du lecteur, le résultat est qu'il devient « impossible de fixer la frontière entre la créativité du reporter et la manipulation de l'artiste »⁵.

Le cas des *bootlegs* ou *mashups* est également intéressant. Il s'agit de diverses formes de « mix » de morceaux musicaux souvent connus.

Le disc-jockey (DJ) qui procède au mixage sur sa console avec l'aide de logiciels, n'ajoute pas nécessairement des œuvres qui lui sont personnelles. Il va, par exemple, choisir un rythme en se calant sur une œuvre musicale préexistante puis choisir une version instrumentale d'une autre œuvre avant de les mixer. Désormais, avec les logiciels de mixage que l'on trouve aisément dans le commerce, tout un chacun peut se livrer à ce « jeu » ou à cet « art ». La musique mixée connaît d'ailleurs un succès certain (pas seulement dans les boîtes de nuit), car des radios « 100 % Bootleg » apparaissent sur le web. Elle a une valeur économique.

Plusieurs questions se posent : l'autorisation des auteurs des œuvres utilisées a-t-elle été sollicitée ? Il semble que ce soit rarement le cas, mais les actions judiciaires engagées par les titulaires de droits demeurent rares.

Le DJ fait-il œuvre créatrice en se bornant à rapprocher deux œuvres et « en laissant faire » son ordinateur ? Le choix qu'il opère peut-il lui donner la qualité d'artiste ?

c) Les jeux vidéo

Le cas des jeux vidéo soulève des questions encore plus complexes car les jeux vidéo et notamment les jeux « vidéo 2.0 » offrent aux joueurs de très nombreuses possibilités de personnalisation. Les joueurs créent leurs propres personnages avec leurs caractéristiques physiques et psychologiques grâce aux outils qui sont mis à leur disposition. L'« avatar » est la représentation virtuelle de la personne se trouvant devant l'écran. C'est en tout cas un personnage créé par le joueur, qui acquiert des biens virtuels (voir *Second Life*) et se construit une « réputation sociale » virtuelle. De plus,

certaines jeux permettent aux joueurs de filmer le jeu pendant la partie pour ensuite réaliser un film et le mettre en ligne. Les jeux les plus récents laissent une très grande liberté de création en sorte que le joueur pourra et sera même incité à faire œuvre créatrice sur de nombreux aspects du monde dans lequel il va faire évoluer ses personnages. C'est pourquoi certains éditeurs de jeux imposent aux joueurs de renoncer à tout droit d'auteur.

Pour l'instant les contentieux sont rares, mais le resteront-ils ?

L'ensemble de ces créations assistées offrent, convenons-en, des possibilités innombrables de créations plus ou moins faciles, qui restent sur le pas de la porte de la reconnaissance par le droit d'auteur ! Pour le moment du moins...

Différente est la situation des artistes qui revendiquent une idée et veulent transgresser les formes traditionnelles de représentation⁶.

2. *Quand l'artiste veut subvertir l'art : l'art conceptuel, les « performances »*

L'art conceptuel fait primer l'idée sur la forme, sur la matérialisation de l'œuvre. Ce mouvement a été engagé par Marcel Duchamp. Ses réalisations, parmi lesquelles l'exposition d'un urinoir renversé, dénommé *Fountain*, s'approprient, pour les détourner de leurs fins et faire réagir le spectateur, des objets utilitaires déjà réalisés : les *ready-made*. Il s'agit pour les artistes conceptuels de se placer au-delà de l'idée de représentation, sur le terrain précisément de l'idée. Or, comment le droit d'auteur peut-il appréhender un art qui ne revendique aucune forme ?

Une décision illustre cette difficulté⁷. Les faits sont les suivants : un artiste, qui avait déjà à son actif quelques détournements de lieux ou d'objets en y portant des inscriptions sans rapport avec leurs fonctions, avait inscrit, à l'occasion d'une exposition organisée en 1990 dans un hôpital psychiatrique, le terme « Paradis » en lettres dorées, au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques. Bettina Rheims avait, par la suite, fait poser devant cette porte, une figure d'Ève, dont elle fit une photographie qu'elle exposa et publia. L'artiste, auteur, de l'inscription « Paradis », l'assigna en contrefaçon. Mais en contrefaçon de quelle œuvre ? S'agissait-il d'une idée ? Où est la réalisation matérielle de l'œuvre ?

L'affaire fut portée jusque devant la Cour de cassation qui considéra qu'il s'agissait bien d'une œuvre



3. C. Guillot, Photoshop sème la zizanie dans la photo de presse : *Le Monde* 29 août 2010.

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

6. Sur ces questions, v. *Jeux vidéo et User Generated Content*, mémoire de J. Dong, sous la direction de C. Caron, Master II de propriété intellectuelle appliquée, Paris XII, 2008-2009.

7. Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2008.

protégée par le droit d'auteur car elle ne consistait pas : « en une simple reproduction du terme "Paradis", mais en l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encadrée dans un mur décrépi [...] que cette combinaison implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur [...] ».

La Cour de cassation utilise ainsi des critères traditionnels d'appréciation de la forme de l'œuvre pour protéger l'expression d'un art qui se revendique pourtant comme « conceptuel », porteur d'une idée, loin de représentations esthétiques formelles.

Un autre arrêt, qui ne relève pas directement de l'art conceptuel mais s'en rapproche⁸, illustre également, me semble-t-il, les limites de notre droit. Un artiste se mettait en scène, en travesti, devant un chef-d'œuvre de la peinture et se faisait photographier à côté du tableau. Sa « performance » avait pour titre « Première tentative de rapport avec un chef-d'œuvre ». Il découvrit que certains des clichés qui avaient été réalisés par une photographe, étaient diffusés et même vendus sans son autorisation. Il assigna alors cette dernière en contrefaçon. La Cour d'appel de Paris ne qualifia pas juridiquement la « performance » en elle-même, mais qualifia la photographie d'œuvre de collaboration, c'est-à-dire que l'auteur de la performance et la photographe sont reconnus coauteurs [...] d'une œuvre qu'ils n'avaient pas nécessairement élaborée en commun. Là encore, les catégories traditionnelles d'appréciation peuvent paraître peu adaptées et d'un usage délicat.

Ainsi, le droit d'auteur qui, en France, a sacralisé l'auteur en accordant facilement et généreusement sa forte protection, est-il désormais à la peine pour adapter ses critères et suivre les auteurs dans les méandres et les raffinements de leurs créations les plus contemporaines. Est-ce la raison pour laquelle les auteurs semblent avoir déserté les tribunaux, à l'exception notable cependant des photographes ? Peut-être, mais ce n'est pas la seule !

Le plus souvent, ce sont les entreprises qui, dans des rapports de concurrence, se prévalent désormais des droits d'auteur qu'elles ont acquis, pour jouir d'un monopole d'exploitation sur des œuvres d'art appliqué. Le droit d'auteur est ainsi devenu un droit économique important qui doit composer avec le droit de la concurrence.

Je ne pense pas que la situation soit significativement différente de l'autre côté de la Manche mais les articles qui suivent nous le diront.

Il serait en tout cas d'un grand intérêt de discuter de la pertinence de nos analyses respectives et des évolutions souhaitables de nos critères d'appréciation pour, en France du moins, nous rapprocher de l'auteur d'aujourd'hui.

8. CA Paris, 3 déc. 2004.

*Le jeu de l'art ou l'art a-t-il tous les droits ?**Quelle reconnaissance pour l'artiste ?*« I Would Prefer Not To » – The Legal Judgment of Art :
The Trials of *Brancusi v. United States* (1928) and
*Haunch of Venison & Partners v. Her Majesty's
Revenue & Customs* (2008)**DANIEL MCCLEAN**CONSULTANT TO FINERS STEPHENS INNOCENT LLP (LONDON)
MEMBER OF ITS ART AND CULTURAL PROPERTY TEAM

This paper discusses two exceptional trials which have addressed the question « what is art ? » or more precisely, the question « what is sculpture ? » : *Brancusi v. United States* [1928]¹ and eighty years later, *Haunch of Venison and Partners v. Her Majesty's Revenue & Customs* (here after *HMRC*) [2008](U.K.)². Both trials involved the classification of artworks for import taxation purposes and in particular whether the artworks in dispute could be fitted within a classificatory system designed to exempt them from such taxation. In both trials this classificatory system was at odds with new movements in art and the problem for the courts was how to interpret existing legislation flexibly in order to accommodate them. *Brancusi v. United States* [1928] was decided in a period when the U.S. Customs Court had to grapple with emergent Modernist definitions of sculpture ; in the more recent *Haunch of Venison v. HMRC* [2008], a U.K. Customs Tribunal had to consider whether works of video installation by the U.S. artist, Bill Viola, could be shoehorned into the category of « sculpture ».

Background

The title of this paper is inspired by Herman Melville's short story, « *Bartleby* » (1853)³. In this story, an elderly Manhattan lawyer recounts his encounter with the strange Bartleby, who joins his office as a scrivener or copyist of legal documents. Over time, Bartleby who works and resides in the office, ceases to engage in all activity (including copying) answering the commands of his employer with the refrain, « I would prefer not to ». This refrain, which is neither a declaration of « no » nor « yes », paralyses the lawyer, so used to thinking in these definitive, alternative categories. Unable to either command or discharge Bartleby, the lawyer decides to

move his office instead, leaving Bartleby remaining in the premises, before he is eventually evicted by the new tenants.

Melville's complex tale might be seen as a metaphor for the encounter of the Law with Art – the clash of two seemingly alien social practices. Legislators and judges are reluctant to determine what is « art » and it might be said that, like Bartleby, on the whole, they would « prefer not to ». The notion that Art or at least value judgements about it are alien from the Law's rationality and objectivity is reflected in numerous legal judgments throughout the Western legal system ; consider Justice Holmes' dictum, « [i]t would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves as final judges of the worth of pictorial illustrations outside of the narrowest and most obvious limits »⁴. This principle of aesthetic neutrality is reflected in legislation such as section 4(1) of the U.K.'s copyright statute – The Copyright, Designs and Patents Act (1988) – which states that artistic works are to be protected « irrespective of artistic merit » and pervades other branches of the Law.



1. *C. Brancusi v. United States* [1928] U.S. Customs Court 3rd Div., n° 209109-G.

2. *Haunch of Venison Partners Limited v. Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs, London Tribunal Centre* [2008](unreported)(The London Tribunal Centre's Decision released on 11 December 2008 is available from the website : < http://www.taxbar.com/Haunch_of_Venison_Trib.pdf.pdf >. The author of this paper was a member of the legal team representing the appellant at the hearing, Withers LLP.

3. « *Bartleby* » in Herman Melville : *Billy Budd and Other Stories*, Penguin Books (1986) p. 3-46.

4. *Bleistein v. Donaldson Lithographic* [1903] 188 US 239-251 (U.S.).

In another sense, Bartleby's refrain, perhaps also captures what is at stake from the perspective of Art : that Art (unlike Law) eludes the closure of judgment or categorization ! As the 20th and 21st centuries reveal, much modern and contemporary art operates on the boundaries of Art's intelligibility, yet offering no stable resolution to the question « is this an artwork ? ». This indeterminacy is often traced to Marcel Duchamp's « readymade » – the reclamation of the ordinary mass-produced object and its provocative re-nomination as « Art » within the context of the art system, inviting reflection on the conventions of artistic authorship and the institutions (the gallery/museum) which govern the reception of Art as well as the role of the spectator⁵ as seen in Duchamp's iconic, inverted and signed urinal « Fountain » (1917). The « avant-garde » artistic movements of the 20th century (Cubism, Dadaism, Surrealism, Pop, Minimalism, Conceptual Art, Land Art, Performance Art, Appropriation, Installation, Relational Aesthetics) reveal the ever-expanding territory of Art, the displacement of traditional aesthetic criteria of form, technique and beauty and the dissolution of the boundaries between artistic media, for example between « sculpture » and « painting ». Within this fluid field, almost anything can come to function as « Art »⁶.

Broadly speaking, the Western legal system can be said to want to protect artistic expression within wide limits⁷. This is reflected in legislation. Consider for example, article 5 of the Basic Law of the Federal Republic of Germany which specifically protects freedom of artistic expression. It is also revealed in case law ; consider for example, the jurisprudence of the European Court of Human Rights, which has especially protected artistic expression as a component of the right to freedom of expression (art. 10), valuing it above commercial speech and only subordinate to political speech⁸. The Western legal system also wants to protect the circulation of artworks as reflected in its import taxation exemptions, which were the subject of the two trials discussed here. However, this places legislators and judges in a difficult position when they are called upon to judge what is Art. Given the complexity of the field of 20th-21st century art, it is understandable that judges would prefer not to judge what is Art, as clearly there is a risk that such judgments would be out of step with developments in art. Yet what happens when judges are called upon in a court to precisely do this ?

The Trials

Brancusi v. United States (1928) involved the importation of Brancusi's bronze, abstract sculpture, « Bird in Flight » (1926) into the United States. Under the provisions of Article 1704 of the U.S. Tariffs Act 1922, works of sculpture were exempt from importation duty, which was otherwise charged 40 % *ad valorem*, *i.e.* on the value of constituent materials. Unfortunately, when Brancusi's shiny polished sculpture entered into the U.S. it was deemed by U.S. Customs officials to be an « article of utility » (and classified in a category which included hospital and kitchen utensils !). This led to the celebra-

ted trial in the 3rd Division U.S. Customs Court, in which Brancusi sought to establish that his « Bird » which appeared on display in the court should be treated as a « sculpture »⁹.

At issue in the trial was the application of Article 1704 of the Act which provided a three part test : that a work of sculpture must be (i) original ; (ii) the production of a « professional sculptor » and (iii) a « professional production of sculpture ». Article 1704 lists a non-exhaustive set of techniques and media by which sculpture can be assessed, including « in round or in relief, in bronze, marble, stone, terra cotta, ivory, wood, or metal, or whether cut, carved or otherwise wrought by hand from the solid block or cast or marble, stone or alabaster, or from metal » etc. In the trial it was accepted that the « Bird » was a unique work by Brancusi and that Brancusi was a « professional sculptor » as evidenced by his impressive C.V., so the main issue was whether or not the « Bird » could be regarded as sculpture. In order to help them determine this question, the court allowed witness evidence to be called from both sides (which was cross-examined by the attorneys of the parties). The defendant called two sculptors, Thomas Jones and Robert Aitken, whilst the claimant called the two well-known Modern artists, Edward Steichen and Jacob Epstein as well as the critics, Tom Forbes Watson and Henry Fox (Director of the Brooklyn Museum).

The main argument provided by the defence was that the « Bird » could not be regarded as a sculpture because it did not conform to its title, *i.e.* it did not resemble a bird ! Whilst such an argument might seem absurd today, the prevailing notion of sculpture at that time (prior to the triumph of Modernism) was that sculpture must be naturalistically representational. This position was furthermore supported by case law. In *Olivotti v. United States* [1916]¹⁰, a case concerning the importation of bathroom ornaments, the court had held that sculpture is based on « imitations of natural objects, chiefly the human form and represents such



5. See, de Duve, T., *Kant After Duchamp*, Cambridge, Mass., esp. p.379, « Once the idea of fabrication has dropped off, the act of naming the object becomes a relevant condition for specifying its encounter with the author who chooses it as much as he is chosen by it ».

6. Art critic, Rosalind Krauss has coined the term to describe this, « the post-medium condition », see Krauss, R., *A Voyage on Art in the Age of the North Sea : The Post Medium Condition*, London : Thames & Hudson, 1999..

7. See for example, the role of artistic expression in the « public good defence » contained in s.4(2) Obscene Publications Act (1959)(U.K.) or in *Miller v. California*, 413 US 15 [1973](U.S.) where U.S. juries in relating to decide whether a work is « obscene » or not must be told not to convict unless the work lacks interalia, « serious literary, artistic, political or scientific value ».

8. See, *Verenigung Bildener v. Künstler v. Austria*, ECHR Application 68354/01- 24 January 2007.

9. For an excellent introduction and transcripts of the trial, see Rowell, M., *Brancusi v. United States : The Historic Trial 1928*, Paris : Société nouvelle Adam Biro, 1999.

10. *United States v. Olivotti* [1916] 7.Ct Cus. App 46.

objects in their true proportions of length, thickness and breadth ».

Against this rigid treatment of sculpture, Brancusi's witnesses provided three types of argument. The first might be labelled the « abstract claim », that Brancusi's work expresses a bird in flight in the abstract sense. Thus, during cross-examination, William Henry Fox said « [i]t has the qualities of suggesting a flying bird... It does not represent a bird »¹¹. The second might be called the « autonomy claim » that the artist is free to make and describe the sculptural object as he chooses. Thus Jacob Epstein states, « to me it is a matter of indifference what it represents »¹² and when asked by Mr Higginbotham whether Brancusi « had called it a fish he would have called it a fish ? », Steichen responds, « I would call it a fish »¹³. The third claim might be called the « aesthetic claim », that the formal qualities of the work are sufficient to make it art or sculpture. Thus for Epstein, the difference between Brancusi, the artist, and a mechanic is that a mechanic « cannot conceive of those particular lines which give it its individual beauty »¹⁴ and this is what identifies « Bird » as a sculpture and differentiates it from an article of utility.

What was the Court to make of these arguments ? Rather than engaging directly in judgment, it delegated judgment to the experts called before it and, in doing so, looked at their institutional credentials. It is perhaps not surprising that it also looked at Brancusi's reputation within the art world which it found to be significant. It remarked as follows : « the man who produced the importation is a professional sculptor, as shown by his reputation and works and the manner in which he is considered by those competent to judge upon that subject »¹⁵. In finding in favour of Brancusi, Justice Waite concluded with some common sense, « in the meanwhile there has been developing a so-called new school of art whose exponents attempt to portray abstract ideas rather than to imitate natural objects. Whether or not we are in sympathy with these newer ideas and the schools which represent them we think that the fact of their existence and their influence upon the art world as recognized by the courts must be considered »¹⁶. It is important not to underestimate with the benefit of hindsight the flexibility of the Court's judgment in *Brancusi v. United States* [1928], but also perhaps, the fear of judicial embarrassment !

In *Haunch of Venison & Partners v. HMRC* (2008)(U.K.) another tax court (The VAT and Duties Tribunal, London) had to resolve an analogous dispute almost eighty years later similarly under import taxation law. The dispute arose after the gallery, Haunch of Venison imported six video installation artworks by U.S. video artist, Bill Viola into the U.K. from the U.S. including « Man of Sorrows » (2001) and « Catherine's Dream » (2002)¹⁷ and signalled its intention to import a light sculpture by the U.S. Minimalist artist, Dan Flavin, « Six Alternating Cool White/Warm White Fluorescent Lights, Vertical and Centred » (1973).

Under the relevant E.C. Customs Tariff, the so-called « Combined Nomenclature in Council Regulation 2658/87/EEC » (« the Combined Nomenclature »),

« sculptures » imported into the EC are charged a reduced rate of 5 % and are not liable for customs duties which apply also to the U.K. It is important to note that under Chapter 97 of the Combined Nomenclature, there is no residual category of protection for « artworks », rather artworks are classified in terms of their medium, e.g. « sculpture », « painting », « engravings ». Nor is there a category of installation or video installation to protect video artworks. For this reason, Haunch of Venison relied upon the classification of « original sculptures and statuary in any material » as the only suitable category (note that « paintings » [9701] must be executed by an artist's hand. It also contended that the Viola works were under category 9705, « items of historical interest »).

When the works of Viola were imported into the U.K., they arrived disassembled, packed in crates. They included video equipment, LCD monitors, leads and DVDs. Upon inspecting these crates, Her Majesty's Revenue & Customs claimed that the artworks by Viola could not be categorised as « sculpture » for import purposes. They argued that the relevant import category for these works was « electrical devices » which covers « image projectors » and « lamps and light fittings ». Whilst HMRC's decision might seem partly understandable, it further argued, to the gallery's surprise and dismay that VAT and customs duty were payable on the full value of the installations declared by Haunch of Venison at the time of import as works of art (the first market sale) as opposed to the far lower value of the component electrical parts !! Haunch of Venison then appealed against this rather illogical declaration.

At the Tribunal's hearing, HMRC argued first that the artworks could not, when they were viewed in terms of their « objective characteristics » upon importation, be classified as sculptures ; rather they were deemed to be electrical component parts disassembled and crated for shipping. In doing so they relied upon the C-35/93 ECJ case of *Develp Dr Eisbein GmbH & Co v. Hauptzollamt Stuttgart-West Case*. Second, HMRC argued that even when Viola's works are assembled, they should not be classified as works of sculpture, because their artistic element was limited to the digital video data or the flat image projected onto the video screen. In other words, Viola's work lacked the three-dimensional qualities necessary to be regarded as sculpture. HMRC provided no witness evidence to support these arguments during the hearing, in marked contrast to Haunch of Venison.



11. *Op. cit.* 10., p. 34.

12. *Ibid.* p. 29.

13. *Ibid.* p. 30.

14. *Ibid.* p. 28.

15. *Ibid.* p. 114.

16. *Ibid.* p. 115.

17. The imported artworks included : Catherine's Dream, (2002) ; Man of Sorrows and Witness, (2001) ; two editions of Catherine's Vow, (2002) ; and Mater, (2001).

Indeed, Haunch of Venison contended as a matter of E.C. customs law (and on the facts) that Viola's video installations should be treated as sculpture (by this stage, HMRC had conceded that Flavin's work was a work of sculpture when assembled though not when dissembled upon importation!).

In terms of relevant law, it was argued that the classifications of artwork provided in Chapter 97, should be interpreted expansively by reference to note 4(a) of Chapter 97, so that « where there is doubt as to the classification of an article, the preference should be given to classification in one of the headings of the chapter covering works of art, collectors' pieces and antiques ». Haunch of Venison's counsel referred to *Reinhard Onnasch v. Hauptzollamt Berlin-Packhof* Case (155/84) in which the ECJ had held that a work by Claes Oldenburg made mainly from cardboard and polystyrene was a work of sculpture affirming this interpretative principle and that heading 9703 does not discriminate against sculpture being executed in « any material ». Counsel also referred to the case, *Krystyna Gmurzunska- Bscher v. Oberfinanzdirektion Koln* Case C-231/89 (concerning the importation of a work by Lazlo Moholy-Nagy) where the ECJ established that a liberal interpretation of Chapter 97 must be adopted to avoid a rate of customs duty being applied to materials which have an artificially high value because they are incorporated into works of art.

In terms of the categorization of Viola's work of sculpture, eminent expert witnesses, including Sandy Nairne, director of the National Portrait Gallery, Martin Caiger-Smith, independent curator and art critic and Robert Cumming, art critic, gave evidence in support of the gallery. They explained why Viola's installations, which are produced and sold in limited editions only, should be treated as sculpture when installed. In particular, it was demonstrated how Viola specially customises digital video equipment in his studio in order to maximise the artistic impact of his installations. This means that their constituent equipment is not interchangeable with other substitute equipment and cannot be used for other purposes. They also demonstrated how Viola's works are installed according to precise instructions from the artist so as to emphasise their three dimensional qualities (including the mounting of monitors on plinths which can be navigated in space by spectators). Finally, the witnesses gave evidence as to how contemporary works of installation art, including works by Viola and Flavin (which were specially installed during the hearing at Tate Modern for the Tribunal to view) are commonly regarded as being sculpture in an ever-expanding field.

The Tribunal decided that the works of Flavin and Viola should be treated objectively as sculpture at the time of importation, rejecting HMRC's arguments. The Tribunal, « [regarded] it as absurd to classify any of the works as components ignoring the fact that the components together make a work of art »¹⁸. It also agreed with the expert witnesses that Viola's video installations when assembled function spatially and therefore can be considered to be works of sculpture. As

with *Brancusi v. United States*, the Tribunal took into consideration how the art world (rather than the general public) treats works of contemporary art by considering the expert evidence provided during the trial.

Conclusion

Aside from their structural parallels (Chapter 97 indeed derives indirectly from Article 1704) both trials reveal striking similarities in the way in which courts (at least within the Anglo-American legal system) approach the judgment of art. In both trials we see judges relying upon expert witness evidence produced in court through cross-examination and the importance of « institutional » testimonies provided by validated artists, critics and art historians attesting to the reputation of the artist and the meaning and importance of his artistic work. Most remarkably, alongside this delegation of expertise to the art world, we see an accommodation of new artistic movements within the rigid frameworks of two classificatory systems whose definition of artistic works is conspicuously out of date. However, it is important to realise that these decisions in favour of Art, also occur within limits.

If a U.S. customs court had been asked to protect Marcel Duchamp's « Fountain » [1917] in 1928 as a work of sculpture, for example, it is highly doubtful whether it would have done so. Despite its modernity, Brancusi's « Bird » could be placed within an art historical lineage that was still comprehensible to the court. Likewise, it is not clear whether the U.K. Tribunal in 2008 would have protected works of video installation where the component parts of the work had not been customised by the artist. Following the Tribunal's decision, the European Commission (at the behest of HMRC) has amended the classification of goods in the Combined Nomenclature (see Commission Regulation (EU) n° 731/2010 of 11 August 2010) to emphasise that goods upon importation should be classified in terms of their constituent parts. This amendment preclude video installation artworks like Viola's and Minimalist light sculptures from being treated as sculpture upon importation into the U.K. or other E.C. countries. The Regulation which has been passed by the EU Commission without public consultation or consultation with relevant members of the artworld, has direct, uniform and binding effect across the E.C.

There is also a paradoxical sense in which, by recognising or classifying certain artworks as Art or as particular types of artwork, the Law does violence to them. This is not only a question of shoehorning artworks into fixed categories to which they appear alien (does it make sense to describe installation art as « sculpture »?), it is more fundamentally a question of whether the Law, in providing the closure of judgment, actually does art



18. Paragraph 49 of the Tribunal's Decision.

an injustice, transforming the « maybe » or « I would prefer not to », into the fixed registers of « yes » or « no ». For as Thierry de Duve comments, who is to judge « what is art ? »¹⁹. There is no final answer to this question. Whilst judges and legislators might look to an apparent consensus amongst experts of the art world and to the art world's own juridical apparatus, artworks as the last century and decade always place this question into suspense.



19. See, de Duve. T., « Bird, Fish or Flying Tiger : What's In a Name ? », re-printed in *The Trials of Art*, ed. McClean, Daniel, Ridinghouse, London, (2007), p. 100.

Le jeu de l'art ou l'art a-t-il tous les droits ? *Le droit moral en question : entre la rigueur française et le pragmatisme anglais* Le droit moral français est-il rigoureux ou pragmatique ?

CHRISTOPHE CARON

PROFESSEUR AGRÉGÉ À LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS-EST
AVOCAT À LA COUR

« **L**e droit moral en question : entre la rigueur française et le pragmatisme anglais » : l'intitulé du sujet donne d'emblée le ton puis-qu'il oppose droit français et droit anglais à propos du droit moral. En France, le droit moral apparaît donc comme étant rigoureux. Mais de la rigueur à l'excès de rigueur, il n'y a souvent qu'un pas qu'il est aisé de franchir. Cicéron n'écrivait-il pas « *summum jus, summa injuria* »¹ ? Il faut néanmoins se rassurer : la crainte de Cicéron ne deviendra pas une réalité à propos du droit moral. En effet, la rigueur du droit moral évoque surtout cette illusion de la vue qu'est le trompe-l'œil. On croit voir un relief, alors même que la peinture est désespérément plate. En l'espèce, si une première impression permet de qualifier le droit moral à la française de rigoureux, force est de constater que, en y regardant de plus près, il est aisé de s'apercevoir qu'il est en réalité très pragmatique. C'est ce qu'il importe d'étudier ici en examinant, tout d'abord, le droit moral en trompe-l'œil ou l'illusion de la rigueur (I) pour envisager ensuite le droit moral au-delà du trompe-l'œil ou la réalité du pragmatisme (II).

I. Le droit moral en trompe-l'œil ou l'illusion de la rigueur

Il ne faut pas sous-estimer la force du symbolisme en matière de droit moral. En effet, ce droit apparaît bien souvent comme étant le symbole d'un droit très protecteur de l'auteur. Or, un symbole doit forcément s'affirmer avec force et avec rigueur. Et ce symbole a même présidé à la genèse du droit moral, qualifié de *jus personalissimum* par Kant². Par ailleurs, le droit moral étant régulièrement contesté, voire vilipendé, il a besoin de s'affirmer avec rigueur. Et, vu de l'étranger, le droit moral français est mal connu et donc caricaturé, d'où cette impression de rigueur.

Il est vrai que les termes mêmes de la loi invitent à la rigueur. En effet, les attributs légaux du droit moral sont des plus rigoureux : attaché à la personne, inaliénable, perpétuel, imprescriptible... Paré de tels caractères, le droit moral apparaît intouchable et forcément très rigoureux.

Quant à la jurisprudence, elle développe l'illusion de la rigueur en utilisant des formules telles que « toute modification, quelle qu'en soit l'importance, apportée à une œuvre de l'esprit, porte atteinte au droit de son auteur au respect de celle-ci »³. Cette formule laisse penser que l'auteur peut s'opposer à toute atteinte, même minime. Quant à la qualification du droit moral en tant que « loi de police », au sens du droit international privé, elle va également dans le sens d'une grande rigueur⁴.

Les manifestations de cette rigueur du droit moral existent. Et il est tout à fait légitime que le droit moral soit protégé dès lors qu'il est utilisé à bon escient par les auteurs, c'est-à-dire pour défendre raisonnable-



Cet article est la traduction écrite d'un exposé oral prononcé lors du colloque « Les règles de l'art », organisé par l'Association des juristes franco-britanniques et l'IRPI au Conseil d'État le 17 sept. 2010.

1. « Le droit trop poussé devient une souveraine injustice », Cicéron, *Les Offices*, Paris, 1692, p. 43.

2. E. Kant, *De l'illégitimité de la reproduction des livres (1793)*, in *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit suivis d'un essai philosophique sur la paix perpétuelle et d'autres petits écrits relatifs au droit naturel*, Paris, trad. Barni, 1853, p. 279.

3. Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2006 : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 18, et notre note ; *RIDA* 2007, n° 211, p. 235, note P. Sirinelli ; *RLDI* 2007, n° 25, p. 6, note A. Singh et T. Debiecse ; *Prop. intell.* 2007, n° 23, p. 205, note J.-M. Bruguière.

4. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991 : *D.* 1993, jurispr. p. 197, note J. Raynard ; *JCP E* 1991, II, 220, note J. Ginsburg et P. Sirinelli ; *JCP G* 1991, II, 21731, note A. Françon ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 752, note P.-Y. Gautier.

ment leur personnalité telle qu'elle s'exprime dans l'œuvre. Ce faisant, en exerçant leur droit moral, les auteurs protègent aussi les intérêts du public qui est tout à fait fondé à avoir accès à une œuvre dans son intégrité, tout en connaissant son auteur. En d'autres termes, le trompe-l'œil de la rigueur n'est pas qu'illusion et, même, cette rigueur peut se justifier. Cependant, il serait réducteur de se limiter à cette rigueur qui ne saurait résumer, à elle seule, le droit moral. C'est pourquoi il faut aller à la quête du pragmatisme en matière de droit moral.

II. Le droit moral au-delà du trompe-l'œil ou la réalité du pragmatisme

Avant de rechercher les signes du pragmatisme du droit moral (B), il faut se demander si le droit moral doit être ou non pragmatique (A).

A. Le droit moral français doit-il être pragmatique ?

La réponse à cette question est résolument positive. Oui, le droit moral doit être pragmatique ! Plusieurs raisons permettent de s'en convaincre. Tout d'abord, il est constant que le droit moral est un droit de la personnalité spécifique. En effet, il permet de protéger la parcelle de personnalité qui se détache de l'auteur pour aller se nicher au sein de son œuvre, ce qui explique d'ailleurs que le droit moral soit perpétuel puisqu'il persiste tant que ce bout de personnalité existe dans l'œuvre, y compris bien longtemps après le décès de l'auteur. Mais les œuvres accueillent des personnalités très diverses, à l'image de l'infinie variété des auteurs. Ainsi, il existe des expressions de la personnalité plus ou moins fortes selon le processus de création, le genre de l'œuvre, etc. Par exemple, un roman accueillera une parcelle de personnalité bien plus forte que celle qui va imprégner une œuvre des arts appliqués à l'originalité aléatoire. Dès lors, il est logique que le droit moral s'exerce différemment selon le degré d'expression de la personnalité ou si l'on préfère une faible ou forte originalité. À chaque œuvre, sa personnalité. Et à chaque œuvre, son droit moral ! C'est pourquoi il est indispensable que le droit moral soit pragmatique afin d'épouser ses différentes manifestations.

Ensuite, l'auteur, aussi talentueux soit-il, n'est pas un Robinson Crusoé... Il ne vit pas sur une île déserte. Il doit donc composer avec autrui : des coauteurs, des exploitants, des commanditaires, etc. Il doit aussi concilier son droit moral avec d'autres droits : ceux des contractants, ceux des artistes-interprètes, etc. En d'autres termes, il ne peut pas exercer un droit moral trop rigoureux tout simplement parce qu'il vit en société. Seul Robinson Crusoé, avant de rencontrer Vendredi, pourrait imposer un droit moral extrêmement rigoureux. Mais ce serait alors un auteur sans contractant et sans public qui exercerait inutilement son

droit moral, ce qui n'est pas réaliste puisque l'exercice du droit moral n'a vocation à s'appliquer que face aux attaques d'autrui.

Enfin, la rigueur est certainement le meilleur ennemi du droit moral. Il est évident que le droit moral est très contesté, non seulement dans son exercice, mais aussi dans son existence. Pour beaucoup, il a la fonction de droits patrimoniaux *bis* et est, avant tout, un instrument de chantage (ce qu'il est d'ailleurs, malheureusement, trop souvent le cas...). Or, un droit moral rigide, rigoureux, excessif ne manquera pas de donner de nombreux arguments à ceux qui veulent sa disparition... Étant donné que le droit moral est indispensable pour protéger les véritables atteintes à la personnalité de l'auteur, il faut absolument le sauvegarder. Et il est bien plus aisé de sauvegarder un droit moral pragmatique qu'un droit moral rigide !

En conclusion, un droit moral pragmatique permet de sauvegarder un droit moral vivant ! C'est pourquoi, afin que ce vœu pieux devienne réalité, il convient de rechercher les signes du pragmatisme dans la vraie vie du droit moral.

B. À la recherche des signes du pragmatisme au sein du droit moral français

Le pragmatisme se niche au sein du droit d'auteur lui-même. Ainsi, le droit moral va s'adapter en fonction des caractéristiques de son titulaire. Par exemple, il est évident que le droit moral exercé par l'auteur sera plus puissant que celui exercé par son héritier. En effet, archétype du droit subjectif du vivant de l'auteur, le droit moral se transforme en un pouvoir au décès du créateur. Il doit alors être exercé dans l'intérêt de l'auteur défunt. Il est forcément plus souple et plus contrôlé, notamment par la théorie de l'abus de droit. Comme le précise avec constance la jurisprudence, le droit moral *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 de son vivant »⁵. De même, rares sont de nos jours les auteurs solitaires, à l'instar de ceux qui peuplent *La Bohème* de Puccini, qui vont créer en toute liberté et indépendance. La plupart des auteurs subissent plus ou moins de nombreuses contraintes. Ainsi, l'auteur qui crée avec autrui une œuvre de collaboration doit se contenter d'un droit moral pragmatique. Il en est de même de celui qui crée en respectant les prérogatives de l'initiateur d'une œuvre collective, d'un employeur ou d'un commanditaire. Son droit moral, lorsqu'il l'exerce, est forcément pragmatique et ne saurait être absolu et rigoureux à l'excès. Quant à l'auteur qui crée une œuvre dérivée à partir de la création d'autrui, il ne fait pas non plus ce qu'il veut.

5. Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2000 : *D.* 2001, jurispr. p. 918, et notre note ; *RTD com.* 2001, p. 94, obs. A. Françon.

Tous ces auteurs doivent composer avec autrui et cela imprègne de pragmatisme leur droit moral. C'est ce qui explique que la jurisprudence souligne que le droit moral du contributeur à une œuvre collective est limité par « la nature collective de l'œuvre »⁶ ou que seule « une certaine liberté », qui n'est donc pas totale, est laissée à celui qui adapte l'œuvre d'autrui⁷. En d'autres termes, le droit moral prend en considération le processus de création, ce qui est un signe incontestable de pragmatisme. Il arrive aussi que ce soit le législateur lui-même qui fasse œuvre de pragmatisme. C'est le cas lorsqu'il tente de concilier le droit moral du fonctionnaire avec les nécessités du service public. L'article L. 121-7-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) limite donc fortement le droit moral des agents publics.

Indépendamment de la personne de l'auteur, c'est souvent le genre de l'œuvre qui va susciter le pragmatisme. Le législateur le prévoit expressément en limitant le droit moral des auteurs d'œuvres audiovisuelles ou logicielles⁸. Même dans le silence du législateur (qui devrait d'ailleurs se garder de multiplier les régimes spéciaux), la jurisprudence ne manque pas de faire œuvre de pragmatisme lorsqu'il s'agit d'apprécier le droit moral d'auteurs d'œuvres des arts appliqués. Ces œuvres bénéficient souvent d'une faible originalité et, surtout, l'exercice du droit moral peut apparaître ubuesque dans bien des hypothèses. En effet, il ne faut pas oublier que l'objet large du droit d'auteur jure avec un régime élaboré en contemplation des œuvres appartenant aux arts purs. C'est pourquoi la jurisprudence élude fréquemment l'exercice du droit à la paternité dans ce domaine⁹ ou ferme les yeux sur des atteintes au droit au respect de l'intégrité de l'œuvre¹⁰. Il en est de même en matière architecturale. Parce que des personnes vivent au sein de l'œuvre d'architecture, la jurisprudence décide, avec constance, que l'auteur ne saurait imposer son intangibilité absolue. En revanche, si le propriétaire peut modifier l'œuvre, encore faut-il qu'il puisse justifier la modification et que, surtout, il se limite à ce qui est strictement indispensable¹¹. En effet, un droit moral pragmatique ne signifie pas un droit éludé !

Les signes du pragmatisme proviennent aussi d'autres droits. C'est ainsi que l'abus du droit moral neutralise l'exercice du droit moral guidé par l'intention de nuire ou, plus fréquemment, le seul goût du lucre. Il est très fréquent, en pratique, que des auteurs s'adressent à de grands groupes, considérés comme étant aussi riches que Crésus, pour solliciter des sommes souvent astronomiques sur le fondement d'une prétendue atteinte à leur droit moral, alors même qu'ils savaient pertinemment que leur œuvre, souvent faiblement originale, allait subir quelques modifications inhérentes à sa finalité. Dans ce cas, l'abus du droit moral a un rôle à jouer pour imposer une déontologie dans l'exercice du droit moral. Ce droit ne doit être exercé que pour protéger la personnalité de son auteur et non pas pour exercer un chantage. L'application de la théorie de l'abus de droit au droit moral revêt une très grande utilité et permet, dans un souci de pragmatisme, de lutter contre les excès pour redorer le blason d'un droit moral exclusivement

dédié à la défense des intérêts extrapatrimoniaux de l'auteur.

Quant au droit des contrats, il peut rappeler que le pragmatisme du droit moral commande qu'il ne soit pas au-dessus de la force obligatoire des conventions. C'est ce qui explique que certaines renonciations au droit moral soient possibles, à la condition qu'elles soient limitées¹². C'est aussi ce qui justifie les stipulations de renonciation au droit à la paternité qui permettent à la négritude littéraire d'exister (ce qui permet de peupler bien des rayons dans les libraires...) ¹³.

En conclusion, le droit moral offre une rigueur d'apparat. Mais, en réalité, le pragmatisme est de mise. Si l'on veut paraphraser le titre de cette intervention, le pragmatisme français rejoint le pragmatisme britannique, ce qui est un bel exemple d'entente cordiale. Il est vrai que, dès 1837, Sir Talfourd défendait le droit moral devant la Chambre des Communes en s'attristant que « pillée et défigurée par le pillage, les plus belles images sont brisées » et « les vers ne sont plus représentés que par des fragments d'une musique rompue »¹⁴...



6. Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 1986 : *D.* 1988, jurisp. p. 173, note B. Edelman.

7. Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 1966 : *D.* 1967, jurisp. p. 485, note H. Desbois.

8. V. les articles L. 121-7 (pour le logiciel) et L. 121-5 (pour l'œuvre audiovisuelle) du CPI.

9. V. refusant d'indiquer le nom d'un auteur sur une carrosserie de voiture (CA Paris, 22 nov. 1983 : *D.* 1985, somm. p. 10, obs. J.-J. Burst).

10. V. par exemple, la possibilité de modifier l'œuvre qu'est une étiquette de fromage (TGI Nancy, 10 sept. 1998 : *RIDA* janv. 1999, p. 431).

11. Solution constante tant devant les juridictions judiciaires (Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992 : *RTD com.* 1992, p. 376, obs. A. Françon. Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009 : *Comm. com. électr.* 2009, comm. 75, et notre note) que devant les juridictions administratives (CE, 14 juin 1999 : *Comm. comm. électr.* 1999, comm. 24, et notre note. CE, 11 sept. 2006 : *JCP G* 2006, II, 10184, et notre note ; *RLDI* 2006, n° 22, p. 10, note J.-M. Brugières ; *RIDA* 2007, n° 211, p. 211, note P. Sirinelli).

12. Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003 : *Comm. com. électr.* 2003, comm. 21, et notre note ; *Prop. intell.* 2003, n° 7, p. 165, note P. Sirinelli.

13. Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1993 : *Les Petites Affiches* 1994, n° 100, p. 10, et notre note.

14. E. Laboulaye, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858, p. 106.

*Le jeu de l'art ou l'art a-t-il tous les droits ?**Le droit moral en question : entre la rigueur française et le pragmatisme anglais*

Le droit moral en droit anglais

PAUL L.C. TORREMANS

PROFESSOR OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW, UNIVERSITÉ DE NOTTINGHAM

Le droit d'auteur anglais est plutôt orienté vers l'exploitation des droits ; le droit moral n'y occupe qu'une place secondaire¹. On n'est donc guère surpris d'apprendre que, bien que le Royaume-Uni soit signataire de la convention de Berne depuis son origine, les droits moraux ne sont entrés de façon formelle dans le droit anglais qu'en 1988², même si dans la législation antérieure une certaine forme de protection était quand même offerte, par exemple en utilisant les « torts » (délits) de diffamation³ ou de *passing-off*⁴.

Cela ne veut pas dire que les droits moraux n'ont pas d'importance en droit anglais. L'auteur y occupe une position conséquente encore que l'accent soit mis plutôt sur l'exploitation de l'œuvre. Se dessine ainsi ces dernières années un compromis qui donne des droits moraux aux auteurs⁵ mais dans un cadre qui favorise l'exploitation de l'œuvre.

La loi de 1988 (*Copyright, Designs and Patents Act 1988*) comporte aujourd'hui quatre droits moraux : tout d'abord, le droit de paternité, c'est-à-dire le droit d'être identifié en tant qu'auteur d'une œuvre (*sections 77 à 79*) ; deuxièmement, le droit à l'intégrité, c'est-à-dire le droit de s'opposer à toute atteinte à son œuvre (*sections 80 à 83*) ; troisièmement, le droit pour chacun de ne pas se voir attribuer une œuvre qui n'est pas la sienne (*section 84*) ; enfin, le droit à la non-divulgateion de certains films et photographies (*section 85*).

On peut immédiatement constater que seuls les deux premiers sont des droits moraux à part entière ; la nature des deux autres droits est plus ou moins hybride dans la mesure où ils ne donnent pas de droits spécifiques au créateur de l'œuvre. L'objectif de ces droits est d'instituer un équilibre entre les intérêts de l'exploitant commercial et les intérêts du créateur de l'œuvre, ce qui n'est pas toujours possible lors des négociations commerciales ou contractuelles car les auteurs sont souvent en position de faiblesse. Cette protection, efficace, implique donc que les auteurs ne soient pas obligés de

transmettre leurs droits moraux. Le droit moral est inaliénable (*section 94*) mais est transmissible pour cause de mort (*section 95*). Compte tenu du lien étroit, en droit anglais, entre les droits moraux et l'exploitation commerciale de l'œuvre, la durée des droits moraux est liée à la durée du droit d'auteur de l'œuvre concernée. La seule exception à cette règle concerne le droit de ne pas se voir attribuer une œuvre qui n'est pas la sienne (« attribution abusive ») qui peut être exercé jusqu'à l'expiration d'une période de vingt ans après la mort de l'intéressé (*section 86-1*).

1. Le droit de paternité

a) Le droit d'être identifié en tant qu'auteur

L'auteur d'une œuvre a le droit d'être identifié en tant que tel (*section 77*). C'est le principe de base qui sous-tend le droit de paternité. Il a pour but de restaurer l'équilibre avec l'exploitation commerciale de l'œuvre et ne concerne que les œuvres qui sont protégées par droit d'auteur. Une restriction supplémentaire limite ce droit aux œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques ainsi qu'aux films. En outre, ce droit d'être identifié en tant qu'auteur obéit à des règles différentes selon les catégories d'œuvres, ces catégories étant elles-mêmes différentes de celles utilisées en ce qui concerne l'existence du droit d'auteur. À cet égard, par



1. E. Adeney (2006) *The Moral Rights of Authors and Performers : An International and Comparative Analysis*, Oxford : *Oxford University Press*.

2. I. Stamatoudi, *Moral rights of authors in England : the missing emphasis on the role of creators* [1997] *IPQ* 478.

3. *Humphreys v Thomson* (1908) *Mac CC* 148.

4. *Samuelson v Producers Distributing* [1932] 1 *Ch* 201.

5. Il ne sera question ici que des droits moraux des auteurs à l'exclusion de ceux des artistes-interprètes.

exemple, le texte d'une chanson n'est pas considéré comme une œuvre littéraire mais comme une œuvre musicale. Il aurait été plus logique de se référer aux mêmes « catégories » d'œuvres dans toute la loi. Ces petits changements ne démontrent pas seulement une attitude restrictive envers les droits moraux mais aussi une forme de rigidité et de formalisme qu'on aurait cru inexistante en droit anglais.

L'auteur d'une œuvre artistique a le droit d'être identifiés à chaque fois que l'œuvre est publiée de façon commerciale ou exposée au public, ou qu'une image visuelle en est radiodiffusée ou programmée à la télévision (*section 77-4*). Une exploitation non-commerciale de l'œuvre, par exemple une pièce de théâtre jouée dans le cercle de famille, ne donne pas lieu à ce droit d'identification de l'auteur.

Un autre point intéressant est l'interprétation donnée aux termes « diffuser des copies de l'œuvre ». La définition restrictive de la *section 18-2* de la loi ne s'applique pas sur ce point : chaque publication commerciale de l'œuvre et chaque interprétation publique nécessitent l'identification de l'auteur ; il ne s'agit donc pas de la première publication ou de la première interprétation. Une autre interprétation ne serait pas conforme à la logique du système.

Toute identification doit être faite de façon claire et suffisamment évidente, par exemple, dans ou sur chaque copie de l'œuvre ou de toute autre manière permettant de porter l'identité de l'auteur à l'attention de l'acquéreur d'une copie (*section 77-7*).

L'auteur a également le droit d'être identifié dans le cas d'une adaptation de son œuvre. Cette obligation d'identifier l'auteur d'origine s'applique à l'œuvre entière ou à une partie substantielle de l'œuvre (*section 89-1*). La détermination de la partie substantielle ou non de l'œuvre se fait sur la base des règles qui s'appliquent à la contrefaçon.

b) Les conditions et les exceptions

Le droit de paternité n'est pas mis en œuvre automatiquement. L'auteur qui veut en bénéficier doit le revendiquer (*section 78*). Cette revendication peut être générale ou se limiter à certains actes spécifiques. Elle peut être insérée dans un document contractuel, précisant que l'auteur revendique le droit d'être identifié par rapport à son œuvre, document établi par écrit et signé par l'auteur (*section 78-2*). Ce mode de revendication du droit de paternité doit être recommandé car il ne lie pas seulement les parties au contrat mais également tous ceux qui obtiennent des droits sur la base du transfert d'origine, même si la revendication ne leur est pas notifiée (*section 78-4*). Le droit de paternité peut être revendiqué à n'importe quel moment durant la vie de l'auteur mais il n'est pas rétroactif. Dans une action pour atteinte à ce droit, le tribunal prendra en considération, pour déterminer les réparations à accorder, tout retard apporté à la revendication du droit (*section 78-5*).

La *section 79* de la loi sur le droit d'auteur contient également une liste assez longue d'exceptions au droit de paternité. Certaines sont particulièrement impor-

tantes et concernent notamment les programmes d'ordinateur ou les œuvres générées par ordinateur (*section 79-2*) ainsi que les publications dans des journaux, encyclopédies, magazines ou dictionnaires (*section 79-6*). La première de ces catégories étant fortement liée aux aspects technologiques, elle s'éloigne donc trop de la conception de l'artiste-créateur qui constitue le socle du droit moral. En ce qui concerne la seconde catégorie, l'identification de l'auteur de chaque contribution ou article est en fait quasi-impossible compte tenu du nombre d'auteurs et des importantes modifications que les éditeurs apportent aux copies. Toutes ces identifications seraient beaucoup trop lourdes.

Une autre exception s'applique à l'employeur d'un auteur salarié (*section 79-3*) : le droit ne peut être exercé lorsque le droit d'auteur sur l'œuvre appartient, à titre originaire, à l'employeur de l'auteur. Dans certaines circonstances le droit de paternité ne pourra pas non plus être exercé par rapport à une œuvre créée en vue de rendre compte d'événements d'actualité (*section 79-5*).

2. Le droit à l'intégrité

a) La nature du droit de s'opposer à toute atteinte à l'œuvre

Les bénéficiaires de ce droit moral, le droit à l'intégrité, sont les mêmes que les bénéficiaires du droit de paternité. Il ne s'applique que si les œuvres concernées sont encore couvertes par un droit d'auteur et permet de s'opposer à toute modification de nature à porter atteinte à l'œuvre : adjonction, suppression, transformation ou adaptation, pour autant qu'il en résulte une déformation ou une mutilation de l'œuvre ou qu'elle est préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur (*section 80*).

Notons cependant que la critique de l'œuvre n'est nullement gênée par ce droit à l'intégrité dès lors qu'elle n'entraîne pas de déformation ou de mutilation de l'œuvre et ne porte pas atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur⁶, le point essentiel étant donc de savoir à partir de quand il y a atteinte à l'œuvre ou à la réputation de l'auteur⁷.

Dans ce processus, la nature et le but de l'œuvre concernée ont une importance capitale. On considérera, par exemple, qu'un changement apporté à un dessin technique dans un processus industriel constituera moins facilement une atteinte au droit à l'intégrité qu'un changement similaire sur un tableau. Un premier critère sera donc la nature artistique ou utilitaire de l'œuvre. Une affaire récente montre que le droit à l'intégrité d'un dessin destiné à une brochure touristique n'a pas été retenu pour des changements mineurs qui

6. V. Confetti Records, *Fundamental Records & Andrew Alcee c/ Warner Music UK Ltd* (t/a East West Records) [2003] ECDR 336.

7. A. Dietz, *The artist's right of integrity under copyright law : a comparative approach* (1994) 25 *IIC* 177, p. 183.

n'étaient détectables que lorsqu'on y prêtait vraiment attention⁸. Le même jugement mentionne que le degré et la nature des modifications apportées à l'œuvre, ainsi que le caractère réversible ou irréversible de ces changements, peuvent également être pris en compte. Le nombre de personnes intervenant dans la modification et le fait que l'œuvre ait été créée par un employé jouent également un rôle. Le jugement ajoute que les conséquences pour la vie professionnelle de l'auteur ou sa réputation doivent bien évidemment être prises en compte. On peut ajouter que la destination de l'œuvre et son utilisation constituent aussi des critères importants car le droit à l'intégrité est lié étroitement à l'idée d'équité et d'équilibre entre l'auteur et l'utilisateur de l'œuvre. Il existe d'ailleurs dans certains secteurs de l'industrie des usages bien établis sur ce point.

Tous ces éléments nous dirigent vers un test plutôt objectif. La question de l'atteinte à l'intégrité de l'auteur est appréciée en tenant compte de l'avis de personnes « raisonnables » qui indiquent si oui ou non le traitement de l'œuvre affecte leur estime pour l'auteur⁹. Ce test ressemble à celui qu'on utilise dans des affaires de diffamation et il faut donc rejeter l'idée que le point de vue subjectif de l'auteur puisse jouer un rôle quelconque¹⁰. Une affaire récente¹¹ va dans ce sens, le tribunal ayant décidé que le fait que l'auteur s'estime blessé par ce qui s'était passé ne suffisait pas à considérer qu'il y avait atteinte à son honneur et sa réputation. Mais il faut reconnaître que pour le moment il n'y a que très peu de décisions concernant les droits moraux au Royaume-Uni¹², ce qui ne facilite pas l'interprétation des textes législatifs.

Les auteurs peuvent invoquer leur droit à l'intégrité quand des copies de leurs œuvres sont commercialisées dans une version modifiée, même s'il s'agit d'une modification partielle de l'œuvre (section 80-7).

b) Les exceptions

La portée, large, de ce droit, est soumise à plusieurs exceptions. Ainsi, il n'y a pas violation du droit à l'intégrité lorsque la modification consiste en une traduction de l'œuvre littéraire ou dramatique, d'un arrangement ou une transcription d'une pièce musicale qui se limite à un changement de clé ou de tonalité (section 80-2).

En outre, l'exercice de ce droit ne s'applique pas aux programmes d'ordinateur et aux œuvres générées par ordinateurs ainsi qu'aux œuvres créées en vue d'une publication dans un journal, une revue, une encyclopédie, etc. (section 81).

Dans le cas où l'œuvre est créée par un salarié, le droit à l'intégrité se limite à une déclaration permettant à l'auteur de se dissocier de l'œuvre modifiée (sections 81-82). L'impact du droit à l'intégrité est également fortement limité par l'introduction d'une sanction particulière ; le tribunal peut en effet ne pas exiger la cessation de l'acte attaqué si une déclaration, dissociant l'auteur de cette œuvre modifiée, est ajoutée (section 103-2).

Il existe également une exception en faveur de la BBC, lui permettant de modifier ses programmes sans être liée par le droit à l'intégrité, afin d'éviter que figure

dans l'un de ses programmes « tout élément contraire au bon goût ou à la décence ou de nature à pousser ou inciter au crime, à provoquer des désordres ou à heurter l'opinion publique » (section 81-6).

Malgré toutes ces exceptions, l'impact et l'efficacité du droit à l'intégrité retrouvent toutes leurs forces si quelqu'un a en sa possession dans le cadre d'une activité commerciale (vente, location, exposition au public) une œuvre modifiée en étant au courant de l'infraction (ou en étant censé être au courant). Il est en effet beaucoup plus simple de retrouver cette personne que d'identifier celle qui a apporté les modifications.

3. Le droit de réfuter l'attribution abusive d'une œuvre

Toute personne a le droit de ne pas se voir faussement attribuer la paternité d'une œuvre (section 84-1) ; ce qui est utile dans un contexte de plagiat. Quelqu'un peut en effet réaliser une œuvre médiocre tout en adoptant le style d'un auteur qui bénéficie d'une belle réputation et y apposer le nom de ce dernier ce qui risque de lui nuire et d'engendrer une perte financière importante.

Ce droit peut être mis en œuvre quand des copies ou des exemplaires non autorisés d'une œuvre sont diffusées, exposées ou représentées en public (section 84-2). La personne concernée a également le droit d'agir contre quiconque possède ou exploite, dans le cadre d'une activité commerciale, une copie d'une telle œuvre alors qu'une attribution abusive y figure (section 84-5).

Un cas spécial se présente quand une œuvre artistique est déposée dans une galerie puis est ensuite modifiée. Le droit de réfuter une attribution fautive pourra alors être invoqué si cette œuvre est exposée, après modification, comme étant l'œuvre de l'auteur d'origine sans qu'il y ait mention de cette modification (section 84-6).

Le droit s'applique aussi quand une copie d'une œuvre artistique est faussement présentée comme une copie faite par l'auteur de cette œuvre, au même titre qu'il est applicable lorsque l'œuvre est faussement attribuée à une personne présentée comme l'auteur (section 84-8).

Le législateur a prévu que ce droit peut être exercé jusqu'à l'expiration d'une période de vingt ans après la mort de l'intéressé (section 86-2). En ce sens il s'agit d'une exception à la règle normale qui établit un lien entre la durée du droit d'auteur et celle du droit moral.



8. *Pasterfield c/ Denham* [1999] FSR 168 (Plymouth County Court).

9. *Tidy c/ Trustees of the Natural History Museum* [1996] 3 EIPR D-81.

10. *Snow c/ Eaton Centre* (1982) 70 CPR 105 (2d) (une décision de la Canadian High Court).

11. *Pasterfield c/ Denham* [1999] FSR 168.

12. *Ibid.* et *Tidy c/ Trustees of the Natural History Museum* [1996] 3 EIPR D-81. V. aussi *Confetti Records, Fundamental Records & Andrew Alcee c/ Warner Music UK Ltd (t/a East West Records)* [2003] ECDR 336.

4. Le droit à la non-divulgence de certains films et photographies

En droit anglais, le photographe, en tant que créateur de l'œuvre, est le titulaire du droit d'auteur sur ses photos même si elles lui ont été commandées. Ce qui veut dire qu'il peut utiliser ces photos sans avoir besoin du consentement de la personne qui a commandé l'œuvre. Cette situation peut entraîner des conséquences indésirables si ces photos ont été commandées à titre privé. Ce droit de non-divulgence (*section 85*) garantit le respect de la vie privée et une certaine protection à la personne qui commande les photos puisqu'elle aura le droit de s'opposer à la diffusion et à l'exposition au public de ces photos. La mise en œuvre de ce droit suppose que deux conditions soient remplies : les photos doivent être protégées par droit d'auteur et elles doivent avoir été commandées pour un usage personnel et privé. Le même droit existe en ce qui concerne les films. En revanche, peu importe qu'il s'agisse d'un photographe professionnel qui a été rémunéré ou d'un simple amateur qui a travaillé gratuitement. La durée de ce droit est égale à la durée du droit d'auteur sur la photo ou sur le film (*section 86*). Ce droit est soumis à quelques exceptions mineures (*section 85-2*), l'exception principale étant qu'il n'y aura pas d'infraction à ce droit si la photo (ou le film) est incluse de façon fortuite dans une œuvre artistique, dans un film ou dans une émission de télévision.

On peut considérer que ce droit, avec une portée limitée, prend la place du droit, plus global, au respect à la vie privée qui reste absent du droit anglais, même si le *Human Rights Act 1998* a quelque peu remédié à ce problème. Il fallait en tout cas trouver une solution car la loi sur le droit d'auteur de 1988 avait transféré la propriété du droit d'auteur sur l'œuvre commandée au créateur de l'œuvre. Il ne s'agit donc peut-être pas vraiment d'un droit moral ou d'une introduction partielle d'un droit de l'Homme à la vie privée mais plutôt d'une mesure pratique qui efface des conséquences indésirables de ce changement en droit d'auteur.

5. Autorisation et renonciation au droit

Il est toléré que ne porte pas atteinte aux droits moraux, l'accomplissement de tout acte autorisé par le titulaire du droit considéré (*section 87-1*). Mais la loi anglaise va beaucoup plus loin : elle accepte le principe de la renonciation au droit moral. Toute personne peut renoncer à chacun des quatre droits moraux cités dès lors que cette renonciation est faite par écrit (*section 87-2*), alors même qu'il n'y a pas de contrepartie contractuelle ; cette renonciation peut être subordonnée ou non à une condition (*section 87-3*).

Une telle renonciation peut être prévue avant même qu'un problème quelconque ne se pose : on peut donc, par exemple, renoncer à son droit à l'intégrité avant de connaître le traitement que subira l'œuvre. La renonciation peut se limiter à un seul droit moral mais elle peut également s'étendre à plusieurs droits moraux. Elle peut porter sur une œuvre particulière ou sur certaines

catégories d'œuvres ou encore sur toutes les œuvres de l'auteur, et peut viser aussi bien des œuvres actuelles que futures (*section 87-3*). Cette possibilité pour l'auteur de renoncer à son droit moral diminue substantiellement l'impact et la valeur du droit moral en droit anglais. On peut même considérer que la possibilité de renonciation est en contradiction directe avec le rôle essentiel du droit moral dans le contexte du droit d'auteur. Pire encore est la possibilité d'une renonciation informelle selon les principes généraux du droit des contrats ou d'*estoppel* (*section 87-4*). Il pourrait, par exemple, devenir impossible de faire-valoir son droit de paternité si le comportement de l'auteur mène une tierce personne à la conclusion que l'auteur n'insistera pas pour être identifié.

Conclusion

L'introduction formelle du droit moral dans la loi sur le droit d'auteur de 1988 constitue bien évidemment un progrès. On s'aperçoit, dans la pratique, qu'un changement de mentalité est en cours. Mais le fait qu'il y ait de nombreuses exceptions et que le Royaume-Uni n'ait en réalité introduit que le minimum imposé par l'article 6 *bis* de la convention de Berne (les deux derniers droits de la loi anglaise n'étant pas vraiment des droits moraux) montre bien qu'il ne s'agit que d'un début timide. Le fait que l'auteur puisse renoncer à son droit moral n'est guère acceptable : ceci contredit le fondement même de ce droit. Conserver cette contradiction et en même temps élargir le champ d'application des droits moraux aux artistes-interprètes, comme c'est le cas actuellement en droit anglais, diminue substantiellement la vraie valeur du droit moral. Les auteurs méritent une protection plus ferme compte tenu de leur contribution créative *a priori* supérieure à celle des artistes-interprètes. Une réforme s'impose donc mais vu le climat actuel et la tradition anglaise en droit d'auteur, cela pourrait encore prendre du temps. N'en déplaise à ceux qui proclament l'absence de rigidité et de formalisme du droit anglais, le chapitre sur les droits moraux, dans sa version actuelle, montre bien qu'ils ont choisi le mauvais exemple. Il y a de nombreuses petites restrictions et le système compte en réalité de nombreux éléments de rigidité et de formalisme. On aurait pu s'attendre à cette conclusion en droit français mais, quand on lit ensemble cette contribution et celle du Professeur C. Caron, on s'aperçoit que ce n'est pas le cas et que cette conclusion s'applique plutôt au droit (moral) anglais.



Le jeu de l'art ou l'art a-t-il tous les droits ? Censorship and the Arts

THE RIGHT HONOURABLE LORD JUSTICE SEDLEY
JUGE À LA COURT OF APPEAL OF ENGLAND AND WALES

Most censorship tries to base itself on some form of consequentialism : if this or that is seen or heard, identifiable social evils will result. The United Kingdom thus entered the 20th century, and left it, with a received definition of obscenity as matter tending to corrupt and deprave those likely to come in contact with it.

What then were corruption and depravity ? Mervyn Griffith-Jones QC, remembered as the advocate who asked a jury whether they would want their servants to read *Lady Chatterley's Lover*, was once asked by a colleague how he advised the Director of Public Prosecutions on such cases. « Oh, I don't know a lot about literature », he said. « I just read what the Director sends me, and if I get an erection we prosecute ».

This was not as jejune as it now sounds : in fact it is revealing. Punishing others for what excites the punisher is familiar enough to anyone who has endured an English public school education, and a number of other forms of education too. The true basis of most censorship, I would suggest, is not the consequentialist reasoning by which it is commonly justified but the unadmitted anger or embarrassment of the censor – a human enough emotion which every parent encounters, but not an entirely sound basis on which to send people to prison. Yet are there not instances where consequentialism is justified ?

While most governed societies place a premium, sometimes a very high one, on the freedom of individuals to say whatever they think, all of them accept the need for a limit. Even the First Amendment of the United States constitution, as we all know, does not permit you to shout « Fire ! » in a crowded theatre. A universe nevertheless separates such a free speech culture from that of, say, China, where the state is currently constructing its Green Dam Youth Escort firewall to keep unofficial ideas away from its millions of internet users, or of Islamic states where blasphemy is widely defined and cruelly punished. But you don't need to look very far back to see a time when the First Amendment gave no worthwhile protection to political dissent¹ : in 1907, the US Supreme Court upheld both the conviction of a Colorado newspaper for publishing a cartoon attacking political corruption and the trial

court's refusal to let the publisher prove that it was true² ; and as recently as the 1950s neither the First nor the Fifth Amendment did much for the victims of the House Un-American Activities Committee. One looks back, beyond that, to a Europe in which heresy meant torture and execution. The location of the line between free speech and censorship has shifted massively over time and can be expected to go on doing so as political and moral cultures go on changing.

Within our own lifetime, however, we have exchanged one form of consequentialism for another. What has come to be substituted for the idea that the consumers of undesirable material will become morally corrupted or politically disaffected is the quite different idea that in a democracy everyone, however marginalised, is entitled to respect. This is arguably another version of consequentialism. Its premise is that every human being is of equal worth – an idea that less than a century ago was alien even to developed and liberal societies, which were quite ready to understand mankind in terms of racial genotypes and to see it managed by segregation and eugenics. It accepts correspondingly that individual choices, however unwelcome to others, and personal autonomy, however eccentric, are entitled to be respected. This, however, is both the case for toleration of unpopular speech and the case for forbidding hate speech.

Probably, the only certain thing about moral censorship is that the censor will sooner or later make a fool of himself. The Lord Chamberlain, during the 231 years for which he and his office exercised a microscopic control of what could be said and done on the London stage, managed to ban or eviscerate a range of scenes to which only the most sexually inhibited mentality could



This paper is a condensed version of « The Three Wise Monkeys Visit the Marketplace of Ideas », first delivered as a lecture in Cambridge and Dublin in 2009 and to be published in full by Cambridge University Press in 2011 in Ashes and Sparks, a volume of essays by the author.

1. See in particular Zachariah Chafee jr. *Free Speech in the United States* (1964).

2. *Patterson v. Colorado* 205 US 454 (1907).

have taken exception. In 1961, a year after the jury's verdict had allowed *Lady Chatterley's Lover* to be published unexpurgated, the script for a stage production was submitted to the Lord Chamberlain's office. It had already been purged of four-letter words, but this did nothing to placate him. Connie was not allowed to put on her slip on stage : she must be fully covered throughout. Mellors was not permitted to appear bare-chested : he could appear in his shirt and bare feet only if his underpants were visible below the hem. Neither he nor Connie was to put on their underwear on stage. In no circumstances was it even to appear that the two of them had been together in bed with nothing on. One can only begin to guess at the mind which devised such requirements, but it must have held the unshakable conviction that making love unclothed was an idea that must not get about. It was not until 1968 that the Home Secretary took away the Lord Chamberlain's functions as theatre censor (leaving him with the no less individious task of compiling the guest lists for Palace garden parties).

The modern history of literary censorship makes depressing reading. In 1888, there had been a successful prosecution in London of the publisher Henry Vizetelli for issuing in English translation Zola's *La Terre*, Flaubert's *Madame Bovary*, Daudet's *Sappho*, Maupassant's *Bel Ami* and Gautier's *Madame de Maupin*. In the United States, the First Amendment had not prevented the banning of Theodore Dreiser's *American Tragedy*, Lilian Smith's *Strange Fruit*, Edmund Wilson's *Memoires of Hecate County* and Eskine Caldwell's *God's Little Acre*. Among the four thousand or so books on the Vatican's *Index Librorum Prohibitorum* have been works by Hobbes, La Fontaine, Locke, John Stuart Mill, Victor Hugo, Balzac and Pascal ; Gibbon's *Decline and Fall of the Roman Empire*, Larousse's *Grand Dictionnaire Universel*, Montaigne's *Essais*, and Taine's *History of English Literature*.

Without the need of prosecution, British customs officers have, for many years, had the power to confiscate anything they regarded as obscene, leaving it to the traveller to try to recover it by bringing proceedings in the magistrates' court. The year 1922 saw a rich haul of copies of *Ulysses*, newly published in Paris – then the home of liberal publication laws – and bought by a large number of British tourists who spent the crossing grappling with James Joyce's famously dense first chapter and were greatly relieved, when they reached Dover, to have the book taken off them by a customs officer.

Time and tide have made a farce of such censorship. But time and tide have brought in other views and other versions of the unmentionable. On the current list of the most objected-to books held by American libraries, number five is *The Adventures of Huckleberry Finn*. The ground of objection – racism – seems to me tragic. It supposes that the authentic use of the word « nigger » in contexts in which today we would say « black » or « African-American » has made the story racist. Yet the story of the white boy and the runaway slave is as humane and progressive now as it was when

Mark Twain wrote it. It is only by reading it ahistorically that you can take offence at it.

And what does such censoriousness make of the 1943 musical which eleven years later became the celebrated film *Carmen Jones* ? Is it the breakthrough it is generally reckoned to be – an operatic makeover which gave its entirely black cast three-dimensional human dignity ? Or is it another essay in cultural apartheid, with not a single white actor on set and – of all things – Dorothy Dandridge and Harry Belafonte miming, to the voices of white operatic singers, songs in code African-American speech : « Dat's love », « Dis flower », « Dere's a café on de corner ». The awkward and complicated answer – that it's arguably both – is one with which the censorious mind has difficulty in coping.

The first book I learned to read was Helen Bannerman's *Little Black Sambo*, a book you will no longer find in any children's library in the UK or US, though, since its first publication in 1899, it has been continuously in print. What chiefly gives offence in it is the name Sambo, used formerly to patronise and today to insult. My seven-year-old granddaughter, who is of mixed race but knows nothing of this history, enjoyed the book ; but she preferred Julius Lester's modern retelling of it, *Sam and the Tigers*, beautifully illustrated by Jerry Pinkney, because it has more incident. *Sam and the Tigers* is only one of dozens of benign bowdlerisations and retellings of *Little Black Sambo*. But what is interesting about it is that Sam and his mother and father (in the original they were Black Mumbo and Black Jumbo, two more names fraught with adult prejudice), live in a place where everyone is called Sam, laying the story open to the « they all look the same to me » stigma, and are depicted by Pinkney as light-skinned people in respectable old-fashioned Southern dress – to a hostile mind unthreatening and untypical.

Both the telling or the retelling of the story illustrate how time – and place – bound the perceptions of innocence and experience are. They also underscore the argument that suppression is merely negative, whereas comprehension and criticism, while time-consuming and sometimes fractious, can be positive. You could make a perfectly good case, if you wanted to, for putting *Sam and the Tigers* on the list of disapproved books along with its progenitor *Little Black Sambo*. But to do so either impoverishes both literature and culture. I want to be able to talk with my granddaughter about why both books are as they are. My French friends may well feel the same about the Babar stories, which are simultaneously uncritical allegories of French colonialism and enchanting tales for children who know nothing of France's colonial past.

I doubt whether any of us wants to go into a library which has banned these books or, under organised pressure, has removed from its shelves *And Tango Makes Three*. This, believe it or not, is a children's book about an orphaned penguin chick raised by two adult males, which until recently headed the American Libraries Association's list of most objected-to titles. Nor is one much encouraged by the fact that the – at least – well-

meaning objections to Huckleberry Finn are outnumbered in the US by the orchestrated objections to the Harry Potter books because of their promotion of witchcraft. There is no bottom to this pit.

There comes a point, even so, at which a society is entitled to calculate that a malignant cause will have a malign effect. The suppression in most developed societies of publications intended or – far more important – likely to arouse racial hatred is determined by this calculus, and I do not argue against it, even if it constrains public discourse. The UK's recent replacement of common law blasphemy by a statutory crime of incitement to religious hatred is a much more contentious shift. So is the French ban on the burka, another form of censorship which requires a consequentialist justification. But wherever a democracy draws the boundary of free speech, it surely cannot be at a point which simply protects individuals or groups from offence or insult on account of their ideas : freedom to speak only within such limits is a form of bondage.

Western societies, just as they have had to rediscover the need for mechanisms to control the anti-social tendencies of free markets, have repeatedly had to recognise that the marketplace of ideas, whatever philosophers and judges have grandly said about it, is likewise open to manipulation and abuse. Does the market of ideas likewise need regulation ?

The Protocols of the Elders of Zion are a serious weapon in the battery of incendiary anti-Semitic material to be found in print and on the web. It matters hardly at all that this supposed record of the plans for world domination hatched by the leaders of world Jewry in Basle in 1897 are known to have been composed by a member of the Tsar's secret police, Pyotr Ivanovich Rachovsky, by plagiarising an episode in a French satire on Napoleon III, Maurice Joly's Dialogue aux Enfers entre Montesquieu et Machiavel. Not only did Joly's fiction have nothing whatever to do with world Jewry ; in the earlier novel from which Joly himself had lifted the idea, Eugène Sue's Les Mystères du Peuple, the plot was the work of Jesuits. But the grand lie of the Protocols persists, and the physical dangers it helps to provoke persist with it.

Should the Protocols then be banned ? The argument from consequences says they should. The law of unintended consequences says that it would backfire. The pragmatic argument is simply that it can't be done. But the moral argument is that it shouldn't be done.

The moral argument is at base a utilitarian argument. It is John Stuart Mill's much recycled contention that, in the marketplace of ideas, the true will eventually drive out the false, so that all ideas, however abhorrent (indeed perhaps especially the abhorrent) are entitled to equal treatment. No thinking person who has lived through the twentieth century, I suggest, can seriously believe this. The capacity of the grand lie to mobilise enough prejudice and violence to overwhelm reason and opposition is one of the starkest object-lessons of modern history. If the ideology and practice of Nazism eventually failed Mill's test, it was not exactly in an orderly and self-regulating marketplace of ideas.

But there has in any case to be something wrong with any philosophy which would have accorded such an ideology legitimacy had Nazism succeeded. This is an arena in which societies are entitled to take sides. The big issue is whether societies ought to limit their prohibitions to consequential acts or whether they are entitled, perhaps even obliged, to strike at the ideas that prompt them.

The difficulty about being tough on the causes of prejudice as well as its manifestations is that the causes are not so easy to get at. We need to guard ourselves against the mistake of carrying over into the sensitive area of equality and human dignity the suspect syllogism of embarrassment and causation. We need equally to beware of supposing that respect can be enforced by censorship or punishment. One of the real achievements of the British race and sex equality legislation, and of our disability and human rights statutes, has been not what these laws forbid or penalise but what they have helped to make culturally unacceptable. Those who dismiss these changes in civility as no more than political correctness not only display a depressing degree of myopia but encourage the reversal of worthwhile gains in the acknowledgment of human dignity. They also make it easier for the state to abandon the carrot and resort to the stick.

The stick has already replaced the carrot in parts of Europe in one historic sphere. The case for banning and penalising Holocaust denial sets a meaning upon legitimate discourse which excludes the grand lie. Such a case has first to show Holocaust denial (not about numbers, which because of their very magnitude are uncertain, but about the fact) to be such a lie. No-one familiar with the historical and human material has any serious difficulty about this, apart from those who are determined not to accept it ; and here lies the difficulty. Whether believing whatever you want is regarded as a human right or simply as something that can't be prevented, it is not the simple repudiation of denialist beliefs but the potential consequences of such beliefs which have led not only Germany but Austria and France – states which have directly experienced the mobilising power of the grand lie – to outlaw Holocaust denial.

The case for doing the same in the United Kingdom is, in my view, different, weaker and more hazardous. I would rather see the Holocaust argued over in my country, with all the bigotry that the argument exposes and generates, than have it declared a fact by law. As Ronald Dworkin has argued, if you intervene too far upstream by stifling argument, you dilute the legitimacy of the eventual laws – for example laws against the incitement of racial hatred – which a democracy is entitled to demand that everyone obey.



La culture de l'art L'État, juge de l'art

MARIE-HÉLÈNE MITJAVILE
CONSEILLER D'ÉTAT

L'État dans toute nation moderne s'intéresse au patrimoine national, en ce sens il se fait juge de l'art pour distinguer les œuvres dignes d'une protection particulière. C'est ainsi qu'il agit en vue de la conservation et de la mise à la disposition du public des œuvres jugées majeures – soit par l'entrée de l'œuvre dans les collections publiques et la valorisation de son patrimoine, soit par le biais d'autres politiques visant à identifier, recenser, et conserver le patrimoine national. Avant d'aborder (avec l'exposé de Marie Cornu) les moyens d'action en France de l'État collectionneur, il convient de présenter les outils dont il s'est doté pour maintenir le patrimoine national, sans nécessairement acquérir les œuvres.

Ces outils ont été mis en place tout au long du XX^e siècle – le législateur a tâtonné, recherchant un équilibre entre le droit de propriété et les droits reconnus à l'État pour la protection du patrimoine – puis ajustés à la fin du siècle dernier pour deux motifs : la sauvegarde du patrimoine national est un objectif primordial mais l'État ne peut compromettre la réalisation de l'autre objectif également d'intérêt général qu'est la volonté de dynamiser le marché de l'art, outil de rayonnement culturel pour notre pays et pour sa création. Au demeurant, l'État n'agit pas dans ce cadre national étroit, le marché de l'art est international et l'État doit respecter les normes communautaires.

Et on verra que si la loi française est d'abord le produit de notre histoire nationale – c'est vrai de notre loi de 1913 relative aux monuments historiques et de son extension aux objets mobiliers, comme du contrôle des exportations – la loi a été adaptée et fortement inspirée en 2000 par le système britannique.

Ces deux régimes principaux de protection – classement des objets au titre des monuments historiques et contrôle des exportations d'objets culturels – ont une finalité et un champ d'application différents, mais se rejoignent pourtant en ce qu'ils traduisent l'un et l'autre une conception typiquement française et donc universaliste du patrimoine national.

I. Genèse et équilibre du dispositif actuel

Le législateur s'intéresse d'abord à la protection du patrimoine monumental mais étend progressivement la protection aux objets mobiliers appartenant aux propriétaires privés – en maniant ces deux outils, classement et contrôle des exportations. Le texte fondateur est la loi du 31 décembre 1913 relative aux monuments historiques dont les dispositions figurent désormais au Code du patrimoine¹ : la loi s'applique aux objets mobiliers, comme aux immeubles ; elle prévoit leur classement qui peut être imposé d'office, sans l'accord des propriétaires privés et elle interdit l'exportation des objets classés. Ce sont les destructions d'églises, de châteaux et de remparts, commencées à la Révolution et se poursuivant pendant les premières années du XIX^e siècle, qui amènent les pouvoirs publics à se préoccuper de protéger les monuments et objets remarquables : sous la monarchie de Juillet, Guizot organise l'inspection générale puis la commission des monuments historiques et une première liste de monuments à protéger, tous propriété publique, est établie en 1840 sous l'impulsion de Mérimée. Puis en 1905 la loi de séparation de l'Église et de l'État aboutit à la nationalisation des édifices du culte qui n'étaient pas déjà propriété de l'État ; or la France fille aînée de l'Église a un patrimoine religieux, monumental et mobilier, d'une richesse particulière. Et c'est ainsi que par l'effet des deux mouvements qui marquent, à l'orée et à la fin du XIX^e siècle, l'histoire de notre pays – Révolution et séparation de l'Église et de l'État –, la sauvegarde des édifices et des objets précieux qui s'y trouvent devient une responsabilité de la puissance publique.

La loi de 1913 est d'abord conçue pour la protection du patrimoine monumental. Une première loi du 30 mars 1887 sur la conservation des monuments et

1. Code du patrimoine, art. L. 621-1 *sq.* pour le classement des immeubles, art. L. 622-1 *sq.* pour le classement des objets mobiliers.

objets d'art ayant un intérêt historique et artistique national avait donné un cadre légal à l'action de l'État et défini les conditions du classement, mesure de protection des monuments historiques, tout en étendant cette protection aux meubles – loi modifiée en 1909 pour permettre le classement d'objets mobiliers appartenant à des particuliers afin de limiter les exportations d'objets vers les États-Unis désormais grands acheteurs d'antiquités et de peintures –, mais le classement des objets comme des immeubles ne peut intervenir en vertu de la loi de 1887 sans le consentement du propriétaire privé ; la loi de 1887 restreignait donc de fait le classement à la propriété publique.

La loi de 1913 innove : le classement d'un monument peut être décidé sans l'accord du propriétaire². Le rapporteur de la loi, Théodore Reinach, préfère évoquer, plus qu'une atteinte au droit de propriété, « un compromis entre deux droits de propriété également respectables. C'est en effet dans une véritable copropriété idéale que l'État, représentant de la nation, puise le droit d'intervenir, soit par l'expropriation, soit par la constitution d'une servitude spéciale, pour préserver, contre les dangers qui le menacent, son patrimoine artistique et historique, pour empêcher l'incurie de laisser tomber les monuments en ruines, le vandalisme de les saccager, la cupidité de les expatrier, l'ignorance ou le mauvais goût de les défigurer par des restaurations téméraires »³.

Or, comme la loi de 1887 avant elle, la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques ne concerne pas seulement les édifices ; elle vise également les objets mobiliers et si, dans sa version de 1913, la loi ne prévoit pas le classement d'office des objets mobiliers, ce pas est franchi après guerre⁴.

Les rédacteurs de la loi de 1913 envisagent le classement des objets mobiliers même sans l'accord de leur propriétaire, sans oser le proposer. Théodore Reinach déclare : « [...] Le meuble comme l'immeuble historique intéresse le patrimoine national. L'un et l'autre comportent cette sorte de copropriété idéale de la nation que nous avons tâché de définir. Toutefois, outre l'intérêt du commerce des objets d'art et de la propagation même de l'art français à l'étranger qui militent en faveur du *statu quo*, il semble que l'opinion publique, et notamment l'opinion des juristes, ne soit pas encore mûre pour ce progrès ». L'État d'ailleurs avait déjà fort à faire pour terminer le classement des objets d'église.

Après la Grande guerre le premier mouvement du législateur est à la vérité de taxer les exportations d'œuvres d'art (très accélérées vers les États-Unis qui bénéficient de la dépréciation du franc), mais, à la Chambre, la voix d'Édouard Herriot fait entendre une autre préoccupation, celle de la sauvegarde du patrimoine français. C'est ainsi qu'est votée la loi du 31 août 1920, texte de compromis entre mesures fiscales et mesures de protection : elle soumet l'exportation des œuvres à autorisation et à taxation, elle institue la rétention c'est-à-dire la possibilité pour l'État d'acquérir l'œuvre au prix déclaré par l'exportateur, ce qui est en substance une sanction fiscale, consistant à opposer au contribuable ses propres déclarations ; enfin l'œuvre à

laquelle la licence d'exportation est refusée est classée d'office au titre des monuments historiques. Mais cette loi de 1920, trop contraignante, ne sera jamais appliquée ; elle est abrogée par la nouvelle loi de finances du 31 décembre 1921 qui supprime licence et taxe d'exportation et donc rétention, mais qui institue le classement d'office par décret en Conseil d'État des objets sensibles au titre de la loi de 1913 sur les monuments historiques, classement emportant interdiction de sortie du territoire ; c'est la même loi de 1921 qui crée le droit de préemption en vente publique.

Ainsi le dispositif de classement conçu pour les immeubles a-t-il été prudemment et progressivement étendu aux objets mobiliers⁵. La loi de 1913 toutefois traite distinctement les monuments et les objets qui ne sont pas exposés aux mêmes risques : le dispositif est davantage centré sur la conservation matérielle des immeubles tandis que des dispositions spécifiques sont prévues pour éviter le risque de dispersion et de soustraction des objets mobiliers.

Une incidente doit être faite ici : la loi de 1913 définit deux régimes de classement applicables l'un aux immeubles et l'autre aux objets mobiliers, y compris les immeubles par destination. D'où l'importance de la qualification des boiseries, peintures ou fresques d'un monument classé – qui ne bénéficieront de cette protection accordée au monument, que si elles peuvent être regardées comme des immeubles par nature et non comme des immeubles par destination – ce qui a pu conduire le juge à retenir une conception assez ouverte de l'immeuble par nature⁶.

Revenons aux objets mobiliers : le but premier de leur classement est de répondre aux risques de dispersion et de soustraction ; il faut en garantir la conservation,



2. Pour mémoire, le classement d'un immeuble a pour effet d'interdire toute cession du bâtiment sans information préalable du ministre et les travaux conduits sur le bâtiment classé doivent se faire sous le contrôle de l'administration.

3. Rapport T. Reinach, Chambre des Députés : *JO* Chambre, Doc Parl. 14 juin 1912, Annexe, n° 1999, p. 1343.

4. Sur cette évolution v. conclusions du Président Kahn sur l'affaire *Héli de Talleyrand Périgord*, CE, Assemblée, 28 nov. 1969 : *AJDA* 1970, p. 34.

5. De même, lorsque le législateur complète la loi de 1913 par la loi du 23 juill. 1927 en instituant une protection de second rang – l'« inscription à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques », devenue depuis l'« inscription au titre des monuments historiques » – ; il étend ensuite ce régime progressivement aux objets mobiliers : la loi du 23 déc. 1970 l'étend aux objets mobiliers appartenant à un propriétaire public ou « semi-public » (objets appartenant à l'État, aux collectivités territoriales et objets de culte appartenant aux associations cultuelles) ; puis l'ordonnance n° 2005-1128 du 8 sept. 2005 aux objets mobiliers privés – qui ne peuvent toutefois être inscrits qu'avec l'accord de leur propriétaire. Rappelons pour mémoire ce régime de protection souple : le propriétaire d'un objet inscrit est tenu d'informer préalablement l'administration de son intention de modifier, réparer ou restaurer ou encore déplacer l'objet, de notifier sa cession (actuels art. L. 622-20 *sq.* du Code du patrimoine).

6. CE, 24 févr. 1999, *Sié Transurba* : *Rec.* p. 33, jugeant que sont des immeubles par nature les bas-reliefs du grand salon du château de La Roche Guyon, parce qu'ils ont été réalisés en 1769 pour être intégrés dans le décor de cette pièce dont l'aménagement a été terminé à cette date.

donc en interdire la destruction, mais aussi et surtout garantir que l'on pourra les suivre au fil du temps lorsqu'ils passeront d'un propriétaire à l'autre, et c'est cela qui conduit à en interdire l'exportation⁷.

À côté du classement d'office des objets mobiliers, la même loi de 1921 dote l'État d'un second moyen pour s'opposer à la sortie d'un bien du territoire national : c'est la possibilité d'acheter l'objet en usant du droit de préemption à l'issue d'une vente publique⁸. Dispositif utile pour l'État collectionneur mais limité en termes de protection.

C'est pourquoi intervient la loi du 23 juin 1941 relative à l'exportation des œuvres d'art, reproduction quasi littérale de la loi mort-née du 21 août 1920, soumettant à autorisation l'exportation des objets présentant un intérêt national d'histoire ou d'art et reprenant le mécanisme de la rétention en douane permettant à l'État d'acheter les œuvres retenues en douane au prix indiqué par leur propriétaire.

Tels ont été jusqu'à la fin des années 1980, à côté naturellement d'autres dispositifs – loi de 1979 sur les archives, régime des fouilles – les principaux instruments de l'État pour assurer la protection du patrimoine mobilier en mains privées. Le droit de préemption en vente publique, s'il évince l'acheteur, respecte les droits du propriétaire vendeur ; mais le classement d'office au titre de la loi de 1913, comme le refus de licence d'exportation et la rétention de la loi de 1941, sont des instruments très contraignants.

Ces instruments ont toutefois été appliqués avec mesure. C'est vrai pour la loi de 1913 : la grande majorité des objets classés sont propriété de personnes publiques – ce sont d'abord des objets d'église – et pour l'essentiel le classement des objets mobiliers privés s'est fait avec l'accord du propriétaire, le classement d'office ne concernant qu'un petit nombre d'objets privés. C'est vrai aussi pour la loi de 1941 : le nombre de biens contrôlés était considérable (11 000 dossiers enregistrés en 1989 pour près de 120 000 objets) mais le nombre d'interdictions d'exportation demeura limité (environ 80 au total entre 1941 et 1992) ; quant aux acquisitions réalisées par les collections publiques au prix déclaré par l'exportateur, on en comptait quelques dizaines par an.

Il n'en demeurait pas moins que la combinaison de ces dispositifs – classement au titre de la loi de 1913 sur les monuments historiques, refus d'autorisation d'exportation en application de la loi de 1941 – accordait de larges pouvoirs à l'administration sans garantir les droits des propriétaires, déséquilibre qui pouvait peser sur le marché de l'art.

La loi de 1941 ne prévoyait aucune compensation de la perte potentielle subie par le propriétaire privé de la possibilité de vente à l'étranger. Par ailleurs, la loi de 1913 qui permet en cas de désaccord du propriétaire le classement d'office par décret en Conseil d'État, prévoyait bien, à son article 16, le paiement d'une indemnité représentative du préjudice résultant pour le propriétaire de la servitude du classement d'office, mais la Cour de cassation jugeait que le préjudice causé par un classement d'office empêchant l'exportation ne pouvait être indemnisé dès lors qu'à défaut de classement d'office, le ministre

de la Culture disposait avec la loi de 1941 d'un pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation d'exportation, ce qui aurait engendré un préjudice identique et non indemnisable⁹. Ainsi, non seulement l'administration pouvait-elle sans compensation interdire l'exportation d'un bien en vertu de la loi de 1941, mais encore cela pesait sur l'indemnisation normalement ouverte par la loi de 1913 en cas de classement d'office.

Un tel système, qui concernait en outre la totalité des œuvres d'intérêt national, pouvait sembler en délicatesse avec le traité de Rome, dont l'article 36 (devenu 30) prévoit que les interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit peuvent s'appliquer pour « la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ». La notion de trésor national n'est nullement définie par le traité ni par les instances communautaires. Elle ne désigne naturellement pas les seules œuvres d'origine nationale mais renvoie au contraire à l'appréciation que chaque État se fait de sa richesse nationale ; cependant la règle étant la libre circulation des œuvres d'art sur le marché, les restrictions de circulation sont l'exception et donc la notion de trésor national devrait s'interpréter strictement. Le Conseil d'État avait certes jugé l'article 1^{er} de la loi de 1941 cohérent avec l'article 36 du Traité de Rome¹⁰ mais la doctrine la plus autorisée avait relevé que la question eût mérité au moins une question préjudicielle¹¹.

Aussi le législateur a-t-il voulu en 1992 remédier à cette situation préjudiciable à la réputation du marché de l'art français. La loi 92-1477 du 31 décembre 1992, relative aux produits soumis à certaines restrictions de



7. Conséquences du classement des objets mobiliers : tout détenteur d'un objet classé est tenu d'en assurer la garde et la conservation, mais si en pratique l'État a longtemps tiré de cette obligation le fondement pour sa propre intervention en vue de la conservation des propriétés classées des collectivités locales en cas de carence de ces dernières, la loi ne lui donne pas de base pour intervenir de manière similaire en ce qui concerne les propriétés privées ; le détenteur d'un objet mobilier classé ne peut les modifier, réparer ou restaurer que sous le contrôle de l'administration des affaires culturelles ; les objets classés doivent être présentés par leur propriétaire aux agents de cette administration chargés tous les 5 ans d'opérer le recensement des objets classés ; les objets classés appartenant à l'État sont imprescriptibles et inaliénables ; les objets propriété privée sont cessibles mais seulement sur le territoire national, ils restent imprescriptibles ce qui signifie qu'en cas de dépossession involontaire (vol ou perte) ils peuvent être réclamés par leur propriétaire sans limite de temps.

8. Art. 37 de la loi du 31 déc. 1921, dispositions aujourd'hui codifiées à l'article L. 123-1 du Code du patrimoine.

9. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, *Agence judiciaire du trésor c/ Schlumpf* : Bull. 1991, I, n° 170.

10. CE, 7 oct. 1987, *Ministre de la Culture c/ Genty* : Rec. p. 304 : « Il ressort clairement des stipulations de l'article 36 du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne qui autorisent les restrictions à l'exportation justifiées "par la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique", que ces stipulations sont applicables dans le cas de l'interdiction d'exportation d'une jarre d'origine chinoise, d'époque Yuan, qui "présente un intérêt national d'histoire ou d'art" au sens de l'article 1^{er} de la loi du 23 juin 1941 ».

11. Chronique M. Azibert et Mme. de Boisdeffre : *AJDA* 1987, p. 720.

circulation, abroge et remplace la loi de 1941. Elle s'inspire du règlement 3911/93/CEE du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels – règlement qui instaure un contrôle aux frontières extérieures de l'Union européenne, et soumet l'exportation des biens à une autorisation nationale, qui peut être refusée lorsque le bien est couvert par une législation protégeant des trésors nationaux, à la condition que le bien dépasse certains seuils financiers.

La loi de 1992 part d'une définition du trésor national qui repose sur une inversion logique : aux termes du traité l'exportation ne peut être refusée que pour les trésors nationaux ; sont donc trésors nationaux les biens dont l'État refuse l'exportation, ce qui recouvre trois catégories de biens :

- les biens des collections nationales qui sont inaliénables (et la loi 2002-5 du 4 janvier 2002 y a ajouté les collections des musées de France qui peuvent être personnes publiques ou personnes privées),
- les biens qui sont ou seront classés en application de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques ou de la loi de 1979 sur les archives,
- mais aussi, troisième catégorie, « les autres biens qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie » ; la loi vise ici les biens auxquels on a refusé ou on va refuser licence ou certificat d'exportation.

La loi renvoie ainsi, pour cette troisième catégorie, à une décision de l'administration sous contrôle du juge ; le critère est sensiblement le même que dans la loi de 1941 (c'est la notion d'intérêt d'histoire ou d'art) mais plus resserré (intérêt majeur d'art ou d'histoire)¹², ce qui est plus en phase avec la notion communautaire de « trésor national », même si le Conseil d'État avait jugé la loi de 1941 compatible avec l'article 36 (devenu 30) du traité limitant la possibilité de s'opposer à la libre circulation au cas des seuls « trésors nationaux ».

Mais surtout le cadre que dessine la loi de 1992 est beaucoup plus mesuré que celui de la loi de 1941 en termes d'atteinte à la liberté de circulation et donc au droit de propriété :

– alors que la licence d'exportation était exigée quelles que soient la nature et la valeur du bien, le certificat d'exportation n'est exigé que pour les biens culturels appartenant à des catégories déterminées et, pour la plupart des cas, ayant une valeur et ou une ancienneté supérieure à des seuils fixés par décret ;

– alors que la licence pouvait être refusée autant de fois qu'elle était demandée, le refus de certificat ne peut être opposé que pendant trois ans ; au-delà de ce délai le certificat ne peut être refusé une seconde fois pour le même bien, si l'administration compétente ne procède pas à son classement en application de la loi du 31 décembre 1913. L'administration devait donc, après avoir refusé un certificat d'exportation, soit acquiescer l'œuvre, soit la classer au titre des monuments historiques au risque, dans le cas d'un classement d'office, de devoir indemniser le propriétaire en vertu de l'article 16 de la loi de 1913.

Les commentateurs avaient souligné que si la loi de 1992 permettait, mieux que celle de 1941, de respecter

les droits des propriétaires privés, le nouveau dispositif affaiblissait les possibilités d'action de l'État, privé de la rétention en douane et ne pouvant compter que sur des ressources budgétaires limitées et *in fine* sur l'arme du classement des œuvres, délicate à manier s'il devait, en application de l'article 16 de la loi de 1913, dédommager les propriétaires¹³.

Et précisément l'abandon par la Cour de cassation de sa jurisprudence *Schlumpf* par son arrêt *Walter* du 20 février 1996 relatif au tableau *Le jardin à Auvers* de Van Gogh, acceptant d'indemniser le préjudice résultant du classement d'office en se basant sur les estimations faites par le propriétaire lui-même, a rendu la loi de 1992 inapplicable en fait : l'arrêt *Walter* a placé l'État devant le dilemme de devoir soit acheter effectivement les œuvres, soit les laisser quitter le territoire, puisque classer une œuvre sans l'acheter contraignait l'État à indemniser le propriétaire lourdement, trop lourdement pour les finances publiques.

II. Un dispositif inspiré du système britannique

Le législateur de 2000 a voulu briser ce dilemme... et pour réformer totalement le dispositif de 1992 il s'est inspiré très directement du système britannique de contrôle des trésors nationaux.

Désormais, après avoir refusé le certificat d'exportation – pour un délai que la loi ramène de 36 à 30 mois –, l'État peut soit renoncer à poursuivre l'interdiction d'exportation de l'œuvre, soit classer l'œuvre au titre des monuments historiques, soit encore en poursuivre l'achat dans des conditions qui doivent permettre de faire une offre au prix du marché international. Le propriétaire qui déclinerait cette offre doit alors conserver l'objet sur le territoire, sans compensation financière¹⁴.



12. La loi de 1941 permettait de refuser l'autorisation d'exportation aux « objets présentant un intérêt national d'histoire ou d'art », termes repris exactement de la loi de 1920, tandis que la loi de 1992 qualifie de trésor national « les biens qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie ».

13. Maryvonne de Saint-Pulgent. Sujétions et privilèges de l'État collectionneur : de la loi de 1913 sur les monuments historiques à la loi de 1992 sur la circulation des biens culturels *in Revue de l'Art* 1993, n° 1, p. 63-66.

14. Mécanisme de la loi de 2000 : le ministre de la Culture fait une offre d'achat, soit le pétitionnaire l'accepte et la vente se réalise, le paiement devant être effectué dans les six mois de cette acceptation, soit le pétitionnaire refuse l'offre ; dans ce cas l'État peut renoncer à acheter l'œuvre et délivrer le certificat d'exportation, ou bien faire procéder à une expertise contradictoire pour fixer le prix du bien en vue de faire une nouvelle offre d'achat à la valeur d'expertise, dans un délai de deux mois à compter du dépôt du rapport d'expertise. Si à l'issue de ce délai de deux mois une nouvelle offre n'est pas formulée l'État est regardé comme ayant renoncé à la procédure d'achat et le certificat d'exportation ne peut plus être refusé. Mais si cette nouvelle offre à la valeur d'expertise est formulée, soit le propriétaire de l'œuvre l'accepte et la vente est faite, soit le propriétaire la rejette et dans ce cas le refus de certificat d'exportation est renouvelé sans qu'aucune indemnité soit due à ce titre.

La loi allonge aussi la durée du certificat d'exportation que la loi de 1992 avait fixé à 5 ans, durée jugée trop brève par le marché ; le certificat devient permanent pour les objets de plus de 100 ans d'âge, et passe de 5 à 20 ans pour les biens de 50 à 100 ans.

Ce dispositif est directement inspiré du système britannique qui soumet à autorisation l'exportation (au sein de l'Union ou vers un pays tiers) des œuvres d'une valeur et d'une ancienneté supérieures à certains seuils, en tenant compte de trois critères dits critères *Waverley* où l'on retrouve l'écho de notre notion d'intérêt national d'histoire ou d'art¹⁵. Lorsque l'œuvre est jugée d'importance nationale, les institutions britanniques et les particuliers sont invités à faire une offre d'achat à un prix au moins égal à la valeur du marché. Si aucune offre n'est faite, l'autorisation d'exporter est accordée. Mais si une offre est faite, le propriétaire peut refuser cette offre mais il doit alors, sans compensation, conserver l'objet en Grande-Bretagne.

Pour ce qui est du financement, le système anglais de souscription ouverte au public n'a pas été transposé, mais la loi du 4 janvier 2002 relative aux musées de France, puis la loi 2003-709 du 1^{er} août 2003 dite *Aillagon* relative au mécénat, aux associations et aux fondations sont néanmoins intervenues pour aider, par des incitations fiscales, au financement des offres d'achat de trésors nationaux.

Le classement des objets mobiliers au titre de la loi de 1913 sur les monuments historiques et le contrôle des exportations d'œuvres culturelles en vertu de la loi de 1992 modifiée en 2000, tels qu'ils sont appliqués par l'administration sous le contrôle du juge, emportent le même effet – interdiction d'exportation – aussi sont-ils encadrés par une procédure protectrice, mais demeurent deux outils distincts répondant à des finalités différentes et ayant un champ d'application distinct, même s'ils traduisent tous deux une conception universaliste du patrimoine national, allant bien au-delà des œuvres d'origine nationale.

C'est parce que le classement d'office des objets mobiliers privés, en application de la loi de 1913, emporte une interdiction d'exportation, produisant ainsi les mêmes effets que le refus d'une licence d'exportation en application de la loi de 1941 – dont il avait jugé sous l'empire de la loi de 1941, qu'il restreignait une liberté et devait donc être motivé¹⁶ – que le Conseil d'État, dans son arrêt *Amon*, a rangé le classement d'office – qu'il s'agisse du décret de classement ou de la décision par laquelle l'administration propose de classer l'objet (décision plaçant l'objet sous le régime de l'instance de classement parmi les monuments historiques) – dans la catégorie des décisions restreignant l'exercice des libertés publiques ou constituant une mesure de police et qui doivent donc en application de la loi du 11 juillet 1979 être motivées¹⁷. Tandis que la décision d'inscription à l'inventaire d'un immeuble n'est pas une décision individuelle et n'a pas à être motivée¹⁸, pas davantage qu'une décision de classement d'un immeuble au titre de la loi de 1913¹⁹.

Et pour le même motif, en raison de la nature de la décision, l'arrêt précité *Amon* juge que le classement

d'office (ou l'instance de classement) doit être précédé d'une procédure contradictoire ; procédure qui est effectivement prévue par les textes d'application de la loi de 1913. Cependant, en cas d'urgence, cette obligation de suivre une procédure contradictoire ne s'impose pas à l'administration (même arrêt *Amon*)²⁰.

Mais la finalité des deux législations est différente. On observe donc une conception extensive de la notion d'intérêt d'histoire ou d'art justifiant le classement au titre des monuments historiques – et une application plus ciblée des refus d'exportation d'œuvres considérées comme « trésor national » – même si dans les deux cas l'administration et son juge retiennent une conception universaliste du « patrimoine national ».

À l'origine, le législateur entendait, par la loi de 1913, protéger les édifices remarquables, et pour les objets, les seuls chefs-d'œuvre des beaux-arts, peintures, sculptures, tapisseries, objets précieux. La notion d'intérêt d'art ou d'histoire visait soit les œuvres de valeur, soit les objets ou lieux prestigieux marqués par l'Histoire. Allant bien au-delà de cette approche classique, l'administration a classé des objets qui, sans être exceptionnels, sont porteurs d'une mémoire : ils témoignent d'un style, d'une époque, d'une activité révolue alors que tous les autres exemplaires ont disparu.

Le juge administratif, qui exerce un contrôle de qualification juridique sur une décision de classement au



15. Critères *Waverley* : L'œuvre est-elle si étroitement associée à l'histoire de la Grande-Bretagne et à sa vie nationale que son absence serait considérée comme un malheur ? L'œuvre est-elle d'une importance esthétique exceptionnelle ? L'objet est-il d'une signification exceptionnelle pour l'étude de certaines formes d'art, de savoir ou d'histoire ?

16. CE, 17 juin 1985, *Dauberville* : *Rec.* p. 184.

17. CE, 24 janv. 1990, *Amon* : *Rec.* p. 13.

18. CE, 7 févr. 1992, *Ministre de la Culture c/ SCI du Vieux Château* : *T.* p. 678.

19. CE, 5 mai 1993, *Commune de Mirecourt* : *T.* p. 565. Une précision : ce n'est pas parce que la décision de classement d'un immeuble au titre de la loi de 1913 s'analyse comme une décision qui n'est ni individuelle ni réglementaire et n'entre dans aucune des catégories de décisions devant être motivées en vertu de la loi de 1979, que les décisions de classement – dont le juge contrôle la légalité – ne sont pas de fait fortement motivées : elles doivent reposer, sur le fond, sur des motifs solides et elles sont de fait toujours en la forme soigneusement motivées par l'administration. Le propriétaire de l'immeuble – quand il n'est pas lui-même à l'origine de la demande de classement – est informé de son instruction et son accord est recherché, ce n'est qu'en cas de refus qu'est ouverte la possibilité de classement d'office ; à tous ces stades il y a information et discussion.

20. Notons que le juge estimera la notification de l'instance de classement régulièrement faite – et donc, l'obligation d'inviter le propriétaire à présenter ses observations respectée – lorsque l'administration aura bien procédé à la notification aux adresses connues du propriétaire qui a cherché à se soustraire à ces notifications et en tout cas n'a pas pris les dispositions utiles pour retirer les plis qui lui ont été adressés : CE, 31 juill. 1992, *Walter* : *Rec.* p. 313. Arrêt écartant le moyen dont se prévalait M. Walter propriétaire du tableau de Van Gogh *Le Jardin à Auvers sur Oise*, tiré de l'échec des notifications faites par la voie diplomatique par l'intermédiaire du Consul de France à Genève, puis par voie postale par lettres recommandées avec accusés de réception envoyées à de multiples reprises aux adresses connues de l'intéressé et de son fils à Genève, Paris et Rio de Janeiro...).

titre de la loi de 1913²¹, a suivi et consacré cette évolution de la notion d'intérêt d'art et d'histoire, et retenu cette fonction de témoignage. Le Conseil d'État a admis pour ce motif le classement de salles de spectacles, comme en 1978 *le Palace*, dont la salle et le décor sont « caractéristiques d'un style qui était en faveur au début du siècle et dont les exemples sont devenus rares » ou encore en 1993 le cinéma *La Pagode*, « témoignage de l'intérêt pour l'art japonais à la fin du XIX^e siècle »²². De même il entend largement la notion d'intérêt d'art ou d'histoire en ce qui concerne les objets, avec un intérêt particulier pour la science et la technique. C'est ce que démontre l'arrêt *Schlumpf*²³ : « la collection de véhicules appartenant à MM. Schlumpf étant composée de modèles qui constituent des témoignages exceptionnels de la technologie du XX^e siècle et qui n'existent qu'à quelques exemplaires, la conservation de cette collection présente un intérêt public au point de vue de l'histoire et de la technique, justifiant son classement au titre de la loi de 1913 ».

On trouvera donc parmi les objets classés une extrême variété, et nombre d'objets tout à fait insusceptibles d'intéresser aucun musée. Cela reflète la finalité de la législation sur les monuments historiques : protéger, maintenir en place, suivre au fil du temps collections et objets, pas nécessairement précieux, qu'il n'est pas question d'accueillir dans un musée mais représentatifs des différentes époques qu'a traversées la nation...

Tout autre est le but du contrôle des exportations d'œuvres culturelles : il s'agit d'éviter le départ d'œuvres précieuses, susceptibles d'entrer dans les collections publiques et celles des musées. L'administration et son juge n'appliquent donc pas, en matière d'exportation, la conception très ouverte de la notion d'intérêt d'histoire ou d'art qu'ils retiennent en matière de classement au titre de la loi de 1913 ; en atteste la disproportion entre le nombre d'objets classés et le nombre de refus d'autorisations d'exportations de biens culturels.

Toutefois, on retrouve pour l'application de ces deux législations d'esprit et de buts différents, une même conception universaliste du patrimoine national qui ne se réduit nullement aux objets d'origine française.

Or, cela n'allait pas de soi. La loi de 1913 était d'abord conçue pour la protection du patrimoine monumental. Compte tenu du principe de territorialité du droit public, elle visait les immeubles situés en France, avec leur mobilier ; et le caractère national de ce patrimoine s'entend assez aisément. L'extension du classement d'office aux objets mobiliers, au-delà des immeubles par destination, aux purs objets mobiliers, pose la question de savoir, en cas de contentieux, si la mesure de classement répond bien à l'objet de la loi qui est la protection du patrimoine national.

La même question se pose à propos du contrôle des exportations de biens culturels : quels sont les objets dont l'État veut ou peut légalement limiter l'exportation (qu'il considère aujourd'hui comme trésor national au sens communautaire) : cela vise-t-il les œuvres d'artistes français ou ayant un lien avec l'histoire du pays ? Or, dans les deux cas, la loi ne fait pas de l'origine nationale du bien un critère, et l'administration comme le juge

ne limitent nullement la protection aux objets d'origine française ni même en lien avec la France.

Certes la protection des œuvres d'origine française était le but poursuivi lors des discussions sur l'éphémère loi de 1920 par Édouard Herriot, qui déclarait « les objets nationaux nous pouvons les conserver, mais ceux qui sont en transit dans notre pays relèvent du commerce d'art »²⁴. Mais la rédaction de la loi de 1920 reprise en 1941 ne fait aucune mention de l'origine française des objets, et évoque seulement « l'intérêt national d'histoire ou d'art » – formule qui est présentée dans les débats comme plus restrictive que la mention générale des œuvres d'origine française qui effraie le marché de l'art – et qui est en réalité plus ouverte car elle ne cible plus les seules œuvres d'origine française ou ayant un lien précis avec l'histoire nationale.

Les termes de la loi de 1913, qui ont d'ailleurs inspiré le législateur des années 1920, puis des versions successives de la loi relative à l'exportation des œuvres d'art, sont proches (« présenter un intérêt public au point de vue de l'histoire ou de l'art »), et la mention du « patrimoine national » n'est pas plus précisément définie.

À partir de ces textes, l'administration et son juge développeront une conception universaliste du patrimoine national et donc de l'intérêt d'art ou d'histoire, pour l'application de l'une et de l'autre législation.

En matière de classement au titre de la loi de 1913, le Conseil d'État valide ainsi le classement de la collection



21. Le contrôle de la qualification juridique des faits a été inauguré avec l'arrêt *Gomel* de 1914 dans un domaine relativement proche ; il est affirmé en matière de classement au titre des monuments historiques par une jurisprudence constante (v. par exemple, CE, 5 mai 1993, *Commune de Mirecourt*, précit.) – tandis qu'inversement sur le refus de procéder à une inscription ou un classement d'un immeuble au titre de la loi de 1913, le juge administratif n'exerce qu'un contrôle d'erreur manifeste d'appréciation (CE, 10 juin 1994, *M^{me} Eberhardt* : T. p. 1050).

22. CE, 10 nov. 1978, *Sté générale d'exploitation de théâtres et concerts*, T. p. 880 : « l'architecture de la salle du *Palace* et son décor sont caractéristiques d'un style qui était en faveur au début du siècle et dont les exemples sont devenus rares ; par suite la conservation de cet immeuble présente un intérêt public d'art et d'histoire de nature à justifier légalement son classement ». CE, 28 juill. 1993, *Sté Foch-Dauphine*, T. p. 887 : « les façades et la toiture de l'immeuble dit *La Pagode*, sis à Paris 57, rue de Babylone et 1, rue Monsieur, édifié en 1896 [...] de même que la grande salle et son riche décor de stucs et de peintures d'inspiration orientalisante, constituent un témoignage de l'intérêt pour l'art japonais qui s'est manifesté à la fin du XIX^e siècle. Dans ces conditions, la préservation des façades et toitures de cet édifice, de sa grande salle et du décor de celle-ci, présente un intérêt public de nature à justifier le classement ».

23. CE, 27 mars 1981, *Schlumpf*. : Rec. p. 168.

24. É. Herriot affirmait encore que l'art est « à ce point lié au génie national qu'on ne peut l'en séparer sans mutiler l'un ou l'autre et quelque fois l'un et l'autre. Il n'y a rien de triste, rien même de poignant, comme une œuvre d'art exilée », et on peut sans malice rappeler qu'il ajoutait « Je ne veux rien dire qui puisse atteindre ou contrister nos amis les Anglais. Mais n'est-il pas vrai, Messieurs, que lorsque nous circulons à travers les galeries du *British Museum* et lorsque nous voyons, tout près de nous, à hauteur de poitrine, ces admirables frises du Parthénon, nous regrettons que ces jeunes cavaliers chevauchent dans l'obscurité et quelque fois dans le brouillard, au lieu d'être restés là-bas – et là-haut ! – sous la couronne lumineuse du temple dont ils étaient pour ainsi dire la vivante chair »...

Schlumpf qui comporte de nombreuses pièces étrangères²⁵. L'arrêt *Amon* précité de 1990 relatif au classement d'office du portrait du duc d'Orléans par Ingres²⁶ ne juge rien sur le fond quant à la qualification de l'œuvre, qui n'était nullement contestée : le requérant ne contestait nullement que l'œuvre présente un intérêt d'histoire ou d'art justifiant son classement et appartienne au patrimoine national, et soutenait seulement que la décision n'était pas formellement motivée, moyen qui sera jugé opérant mais non fondé. Mais Maryvonne de Saint-Pulgent, dans ses conclusions, avait évoqué la question et penchait pour une définition du patrimoine national fondée sur un lien avec des événements nationaux ou des artistes de nationalité française ou ayant un lien avec la France.

Peu de temps après le Conseil d'État a jugé dans l'affaire *Walter* précitée « que *Le jardin à Auvers* de Vincent Van Gogh est un témoignage important de l'art de la peinture à la fin du XIX^e siècle ; que la circonstance que, peint en France par un artiste étranger, il ait quitté la France après la mort du peintre pour n'y revenir qu'en 1955 n'interdisait nullement au ministre de la Culture de le regarder comme présentant un intérêt public au point de vue de l'histoire et de l'art »²⁷. On retrouve bien dans le cas de Van Gogh le critère évoqué par Maryvonne de Saint-Pulgent – artiste ayant un lien avec la France – mais cette décision *Walter* illustre une conception très ouverte du patrimoine national, ne se réduisant pas aux œuvres d'artistes français. Plus généralement, aucune décision n'est venue à ce jour censurer un classement au motif qu'il porterait sur une œuvre n'appartenant pas, en raison de ses caractéristiques, au patrimoine national, ni même décliner de manière précise des critères d'appartenance au patrimoine national en tenant compte de l'origine de l'artiste ou de ses liens avec la France ou des rapports de son œuvre avec l'histoire de notre pays : la question reste ouverte mais le fil de la jurisprudence semble orienté vers une conception très universaliste de la notion de patrimoine national.

En matière de refus d'autorisation d'exportation, le juge suit aussi l'administration pour retenir une conception remarquablement ouverte des œuvres méritant d'être qualifiée de trésor national au sens de la loi de 1992 : c'est l'arrêt précité (*Ministre de la Culture c/ Genty*), rendu sous l'empire de la loi de 1941, visant une jarre chinoise... Cet arrêt refuse de voir dans l'application de la loi de 1941 une contradiction avec l'article 36 du traité de Rome et la solution est *a fortiori* transposable sous l'empire de la législation actuelle. Cette décision est d'ailleurs dans la ligne des conclusions du Président Kahn qui estimait, dans l'affaire *Héli de Talleyrand Périgord*²⁸ relative à une décision de rétention prise en application de la loi de 1941 : « ce qui fait l'intérêt national d'un ouvrage ou d'une entreprise, c'est l'intérêt que lui porte ou qu'est supposé lui porter la nation, bien plus que la nationalité de son auteur. Les deux choses, certes, sont parfois liées, mais elles ne le sont pas d'une manière assez étroite, assez rigide pour que l'origine de l'œuvre d'art soit autre chose qu'un simple élément de fait dans l'appréciation de l'intérêt qu'elle présente pour le public ou pour la nation » ; il

en déduisait que rien ne s'oppose en principe à admettre que des œuvres d'art d'origine étrangère soient regardées comme présentant un intérêt national d'histoire ou d'art et que tel était le cas des dessins de maîtres vénitiens appartenant au sieur de Talleyrand ; l'arrêt qui prononce l'annulation de la décision pour un autre motif ne tranche pas la question mais l'analyse du Président Kahn s'est révélée juste.

Mais notons-le, pour le même motif – la loi vise la protection du patrimoine national – le classement ne saurait s'appliquer à des biens qui n'entrent pas dans ce patrimoine²⁹ : c'est ainsi que le même arrêt *Schlumpf* annule le classement de certaines automobiles de la collection parce que ces objets ont été régulièrement introduits en France sous un régime suspensif de droits et en attente de réexportation : ils n'entraient donc pas dans le champ d'application de la loi de 1913 qui a pour objet la protection du patrimoine national³⁰ ; les dispositions de la loi du 31 décembre 1913 ayant pour objet la protection du patrimoine national, les articles 14 et suivants de cette loi, relatifs au classement des objets mobiliers, ne sauraient légalement recevoir application lorsque les objets ont été régulièrement introduits en France sous un régime suspensif de droits et n'y séjournent que dans l'attente de leur réexportation. L'arrêt *Schlumpf* annule donc le décret du 14 avril 1978 en tant qu'il classe d'office des véhicules introduits en France sous le régime de l'admission temporaire.

III. L'articulation des deux législations

Un arrêt de 2002 du Conseil d'État, *Hottinguer*, rendu sous l'empire de la version initiale de la loi de 1992 précise l'articulation de ces deux dispositifs³¹.

25. CE, 27 mars 1981, *Schlumpf* : Rec. p. 168.

26. CE, 24 janv. 1990, *Amon* : Rec. p. 13.

27. CE, 31 juill. 1992, *Walter* : Rec. p. 313.

28. CE, Assemblée, 12 déc. 1969, *Héli de Talleyrand Périgord*, précit. : Rec. p. 574.

29. Plus généralement, en vertu du principe de la territorialité du droit public, l'État ne pourrait légalement classer une œuvre qui ne se trouverait pas sur le territoire national. Dans l'affaire du tableau de Van Gogh, *Le jardin à Auvers*, toutefois, la décision de mise en instance de classement a été prise alors que l'œuvre était sur le territoire (et non pas comme le prétendait le défendeur sous le régime de l'admission temporaire), cette mesure ayant pour effet d'interdire toute exportation, l'œuvre doit être regardée comme étant toujours en France et le décret de classement a pu légalement intervenir alors même qu'entre-temps le tableau a été illégalement expédié à Monaco (CE, 31 juill. 1992, *Walter* : Rec. p. 313).

30. CE, 27 mars 1981, *Schlumpf* : Rec. p. 168.

31. CE, 21 juin 2002, *Hottinguer*, T. p. 623 : affaire relative à un tableau du peintre anglais James Tissot, *Le cercle de la rue Royale*, représentant un groupe de jeunes gens où figure Charles Hass, l'un des modèles du Swan de Proust : son propriétaire l'a proposé à la direction des musées de France, dont l'offre lui a paru insuffisante, et a alors envisagé de le vendre à l'étranger, mais s'est vu opposer un refus de certificat ; ayant redemandé un certificat d'exportation à l'issue d'un délai de trois ans il s'est vu notifier une mise en instance de classement puis un nouveau refus de certificat pour ce motif.

La loi de 1992 disposant³² que l'État ne peut après un refus de certificat d'exportation, opposé pendant trois ans, opposer un nouveau refus sans avoir classé l'objet (en application de la loi de 1913 sur les monuments historiques ou de législations de même esprit), le Conseil d'État précise que cela ne signifie nullement que le classement ou la mise en instance de classement devrait intervenir avant expiration de ce délai, ni que, faute de classement avant expiration de ce délai l'administration serait contrainte de délivrer un certificat d'exportation. L'administration peut au contraire légalement, lorsqu'elle est saisie à l'issue de ce délai d'une seconde demande de certificat, décider en application de la loi de 1913 la mise en instance de classement de l'objet puis refuser pour ce motif le certificat d'exportation.

Le raisonnement du Conseil d'État repose sur deux considérations. En premier lieu, le texte est clair : la loi ne dit nullement qu'à l'issue du délai de trois ans, le certificat d'exportation est délivré à l'objet, faute de classement intervenu précédemment ; elle prévoit au contraire que le refus de certificat gèle la situation pendant trois ans, et ce n'est qu'au terme de ce délai qu'une nouvelle demande peut être déposée, l'administration qui instruit cette seconde et donc dernière demande est alors placée devant ses responsabilités, et elle doit soit classer le bien, soit accorder le certificat.

En second lieu, admettre que le bien pour lequel un certificat d'exportation a été refusé, mais qui n'a pas été classé à l'expiration du délai de trois ans suivant ce refus, ne pourrait plus désormais être classé, reviendrait à restreindre le champ d'application de la loi de 1913, alors qu'en vertu de cette loi, tout bien situé sur le territoire peut être classé ; seuls ne peuvent plus l'être les biens exportés (et les biens dotés d'une autorisation d'exportation sont considérés comme n'étant plus sur le territoire). Or, la loi de 1992 n'a pas pu intervenir ainsi sur le champ d'application de la loi de 1913 ; ce n'était pas son objet et ce ne peut être son effet, les deux législations étant indépendantes.

Et de même, sous l'empire des textes actuels, l'administration peut manier les deux procédures : classer l'objet pendant la durée de validité du refus de certificat ou ensuite, après expiration de ce délai, choisir entre le classement et l'offre d'achat à faire au propriétaire.

En conclusion, on l'aura noté, ce ne sont que quelques décisions de jurisprudence qui, au fil des années, sont venues éclairer des dispositions législatives complexes... Le petit nombre de décisions de justice résulte avant tout d'un emploi très modéré des instruments de contrainte, et l'assèchement des affaires dans les dernières années semble indiquer que la rédaction actuelle des textes a permis d'atteindre un point d'équilibre entre droit de propriété et protection du patrimoine national.

L'application de la législation comporte encore toutefois quelques difficultés – comment en particulier déterminer le juste prix de l'œuvre pour indemniser le propriétaire suite au classement d'office ?³³ – et suscite

parfois des interrogations – en particulier sur la confusion toujours possible des rôles entre l'État collectionneur et l'État protecteur du patrimoine.



32. L'article 9 de la loi de 1992 disposait dans sa rédaction initiale : « En cas de refus du certificat, les demandes présentées pour le même bien sont irrecevables pendant une durée de trois ans. Après ce délai, le certificat ne peut être refusé une seconde fois pour le même bien si l'administration compétente n'a pas, selon la nature du bien, procédé à son classement en application des lois du 31 déc. 1913 et n° 79-18 du 3 janv. 1979 précit. ou ne l'a pas revendiqué en application des lois du 27 sept. 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques et n° 89-874 du 1^{er} déc. 1989 relative aux biens culturels maritimes ».

33. Le principe d'une indemnisation des propriétaires en cas de classement d'office, est prévu par la loi et consacré par la jurisprudence judiciaire depuis l'arrêt *Walter* de la Cour de cassation, mais la réparation est subordonnée à l'existence effective d'un préjudice (ne subit aucun préjudice le propriétaire auquel le directeur des musées de France a fait à deux reprises une offre au prix du marché international : Cass. 1^{re} civ. 8 mars 2005). Les débats se poursuivent sur la détermination de ce qu'est le prix du marché international...

La culture de l'art

L'État collectionneur et la valorisation de son patrimoine artistique

MARIE CORNU

DIRECTEUR DE RECHERCHE AU CECOJI-CNRS – UMR 6224

Nous nous intéressons ici à l'État collectionneur en relation avec le projet de valorisation du patrimoine artistique, histoire classique et de longue tradition¹. Le sujet est à entrées multiples selon la nature du lien entre la fonction de collecter et celle de valoriser. Dans une première approche, on peut soutenir que la première s'exerce au service de la seconde. L'État collectionneur, en achetant une œuvre, l'identifie comme élément du patrimoine artistique. Et cette affectation est déjà un acte de reconnaissance, donc de mise en valeur². La question concerne la constitution de la collection et les moyens que se donne l'État. Mais la valorisation du patrimoine artistique, c'est aussi la vie des collections, une fois installées dans leur condition « patrimoniale ». L'État collectionneur crée de la valeur non seulement dans l'enrichissement de ses collections mais encore dans leur exploitation³. Les rapports commerce/culture ne manquent pas de soulever d'intéressantes questions⁴. C'est cependant plus nettement au moment de la constitution des collections que se révèle la mise en tension des intérêts en présence.

Dans cet exercice de fondation du patrimoine national, la fonction d'acquisition tient une place électorale dans la protection du patrimoine. Dans le Code du patrimoine, sous le chapeau des dispositions générales communes à l'ensemble des biens culturels, le titre consacré à l'acquisition fait immédiatement suite à celui dédié à la protection des biens culturels. La question de l'enrichissement des collections publiques est aussi disséminée dans les ressorts spéciaux de la protection, le domaine de l'archéologie⁵, des archives ou encore des musées. La formule contenue à l'article L. 441-2 du Code du patrimoine est évocatrice de ce point de vue, texte qui énonce les missions du musée, dont la première série vise à « Conserver, restaurer, étudier et enrichir leurs collections ». Où se dessine tout à fait nettement la connexion acquisition/protection.

Bien sûr l'État collectionneur, c'est l'État donataire et encore l'État légataire, les libéralités du droit commun sont un mode substantiel d'enrichissement du patrimoine (de loin le plus important sinon en valeur du moins en nombre dans de nombreuses institutions). Par

ailleurs, la personne publique, personne juridique capable d'acheter comme toute autre sur le marché de l'art, est aussi une réalité des collections publiques. Laisant de côté cet aspect, nous nous concentrerons sur les outils intimement liés à la fonction régaliennne de formation des collections publiques, les modes d'enrichissement spéciaux animés par une cause culturelle d'intérêt public. Nous envisagerons par conséquent ici exclusivement les modes d'acquérir en matière mobilière. Le Code du patrimoine en distingue de plusieurs sortes. Méthodes dures ou méthodes douces, ces outils mettent en tension d'une façon plus ou moins vive la fonction de protection et la logique de marché.

1. Les procédés autoritaires d'enrichissement des collections publiques

Sur le volet coercitif, les techniques autoritaires de privation de la propriété privée concernent les procédés par lesquels la collectivité publique soit évince autoritairement le propriétaire d'un bien culturel (technique d'expropriation), soit est *de lege* investi de sa propriété (technique de dévolution). Dans ces différentes modalités, le point d'impact patrimoine/marché soulève des questions sensibles d'équilibres entre les intérêts en pré-



1. Sur la formation des premières collections, en particulier les collections royales, v. notamment J. Sallois, *Les musées de France*, Que sais-je, PUF, 3^e éd. 2005, introduction.

2. Sur « la valeur, notion constitutive du patrimoine », N. Boillet, *La mise en valeur du patrimoine naturel et culturel en droit public*, thèse, Université de Bretagne-Sud, 2009, p. 44.

3. Sur le sujet, M. Cornu, M. Frigo, *La création du musée universel à Abou Dhabi, une double invention culturelle et juridique*, AFDI, CNRS Éd., 2009, p. 110 sq.

4. Celle de la commercialité de l'activité muséale, de la possibilité d'en dégager des actifs immatériels (droits de propriété intellectuelle notamment), plus généralement de tirer profit de l'exploitation de la collection et de la circulation des œuvres et objets, de la compatibilité de ces pratiques avec le statut d'indisponibilité des collections.

5. Dans lequel l'acquisition est explicitement reliée à la notion d'intérêt des collections publiques, art. L. 531-5 du Code du patrimoine.

sence : ceux du monde du marché, celui des propriétaires privés, ceux encore des collectivités publiques et institutions muséales. En réalité ces méthodes autoritaires, contrairement à ce qu'on pourrait penser, ne sont pas si nombreuses dans le Code du patrimoine. Par exemple, les mécanismes de dévolution de la propriété à l'État⁶ ou encore les formes « d'expropriation » mobilière de la propriété privée n'existent qu'en matière archéologique pour les découvertes et objets mis au jour⁷ et l'État doit y recourir dans le seul intérêt des collections publiques (art. L. 531-5), le Code écartant ici l'expropriation pour des raisons d'étude scientifique⁸. Le droit de l'archéologie maritime connaît aussi ce mode d'éviction s'agissant des biens culturels privés qui s'exprime dans des termes proches de ceux du droit commun⁹.

La loi du 23 juin 1941 prévoyait une faculté d'expropriation plus large qui concernait les biens culturels en général, ouverte au moment de l'exportation. Mais le mécanisme a disparu dans la loi du 31 décembre 1992¹⁰, évolution prise dans le mouvement de libéralisation du marché dans l'espace européen.

Parmi les modes autoritaires généralistes, ne reste guère aujourd'hui que le droit de préemption en ventes publiques institué initialement au profit de l'État, puis progressivement étendu à d'autres personnes de droit public et de droit privé : collectivités territoriales, musées de France, fondations, associations, Fondation du patrimoine. Procédé d'acquisition préférentielle, il permet à la collectivité publique de se substituer au dernier enchérisseur dans les conditions fixées lors de l'adjudication d'un bien. C'est à ce moment et seulement à ce moment-là qu'il doit annoncer son intention de préempter. Il dispose ensuite d'un délai de quinze jours à compter de la vente pour confirmer sa décision. Si, à l'issue de ces quinze jours, il renonce à l'acquisition, l'acquéreur initial recouvre alors la propriété du bien. Le droit de préemption s'exerce dans un cadre contenu : les seules ventes aux enchères publiques en salle ou en ligne. Les autres transactions ne peuvent générer un droit de préemption sauf exception¹¹, ce contrairement à d'autres États¹².

Entrant dans la question de l'arbitrage entre protection du patrimoine et nécessité de préserver les droits du propriétaire, il faut se demander quel est le juste point d'équilibre, appréciation qui ouvre à deux séries de questions : celle de la légitimité culturelle de l'opération et celle des garanties qui entourent une éventuelle expropriation.

Sur le premier point, la légitimité culturelle. C'est la question de la réalité d'une cause d'intérêt public justifiant la mise en mouvement de ces leviers. Elle paraît assez solidement installée dans notre système aujourd'hui, même si tel n'a pas toujours été le cas. Il a fallu près d'un siècle après la Révolution pour faire admettre l'idée que l'intérêt général « patrimonial » et le droit de propriété de l'article 544 du Code civil étaient d'égale valeur, que la propriété, droit inviolable et sacré, n'était pas de rang supérieur, qu'il fallait raisonner en termes de conciliation d'intérêt. Les débats parlementaires qui ont entouré l'adoption de la loi de 1913 sont édifiants

de ce point de vue. Il faut laisser parler certains de ses artisans fameux pour comprendre le contexte, en particulier Théodore Reinach : « On a parlé [...] d'un sacrifice imposé au droit de propriété, au nom de l'intérêt général, de l'histoire ou de l'art. Il serait plus exact de dire qu'il s'agit là d'un conflit ou, si l'on préfère, d'un compromis entre deux droits de propriété également respectables. C'est, en effet, dans une véritable copropriété idéale que l'État, représentant de la nation, puise le droit d'intervenir, soit par l'expropriation, soit par la constitution d'une servitude spéciale, pour préserver [...] son patrimoine artistique et historique »¹³.

Se plaçant sous une logique de compromis, quelle est la justification culturelle ou patrimoniale du droit de préemption ? Dès lors que l'État intervient de façon singulière sur le marché de l'art, armé de cette prérogative de puissance publique, on peut se demander dans quelles conditions raisonnablement il exerce ce droit, et pour quelles œuvres il préempte. Le mécanisme ne devrait-il concerner que les seules œuvres majeures. Pour les acquisitions plus ordinaires, la collectivité publique prendrait alors part à la vente comme tout autre acquéreur, en participant aux enchères. La règle est de source déontologique. Mais quoique les textes soient silencieux sur ce point¹⁴, on pourrait se demander



6. Méthode qui investit l'État de tout ou partie de la propriété d'un bien, c'est le cas du partage par moitié des objets issus de fouilles préventives (art. L. 523-14 du Code du patrimoine) ou exécutées par l'État (art. L. 531-11 du Code du patrimoine). On pourra y rattacher la dévolution légale de la propriété des gisements immobiliers à laquelle conduit l'article L. 541-1 du Code du patrimoine.

7. Dénommé droit de revendication dans le Code du patrimoine, art. L. 531-5, L. 531-11 et L. 531-16.

8. La technique du dépôt suffisant en ce cas, dans la mesure où l'étude des objets est temporaire. Opportune limitation.

9. Jusque dans la formulation. L'article L. 532-11 du Code du patrimoine prescrit : « L'autorité administrative peut, après avoir mis le propriétaire en mesure de présenter ses observations, déclarer d'utilité publique l'acquisition par l'État d'un bien culturel maritime situé dans le domaine public maritime. À défaut d'accord du propriétaire, l'utilité publique est déclarée par décret en Conseil d'État. Le transfert de propriété est prononcé par les tribunaux judiciaires de droit commun moyennant une indemnité versée préalablement à la prise de possession. Cette indemnité doit couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain. À défaut d'accord amiable, l'indemnité est fixée par le tribunal ».

10. Loi n° 92-1477 du 31 décembre 1992 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation et à la complémentarité entre les services de police, de gendarmerie et de douane.

11. En vertu de l'article L. 123-1 du Code du patrimoine, « L'État peut exercer, sur toute vente publique d'œuvres d'art ou sur toute vente de gré à gré d'œuvres d'art réalisée dans les conditions prévues par l'article L. 321-9 du Code de commerce, un droit de préemption par l'effet duquel il se trouve subrogé à l'adjudicataire ou à l'acheteur. » Il s'agit des biens déclarés non adjugés à l'issue des enchères.

12. Par exemple l'État italien qui mobilise bien plus largement le droit de préemption. Le fait générateur n'en est pas exclusivement la vente aux enchères publiques.

13. Rapport T. Reinach, Chambre des députés : *JO* Chambre, Doc. Parl., 14 juin 1912, Annexe, n° 1999, p. 1343.

14. On peut cependant citer une circulaire en ce sens. Circulaire du 6 janv. 1988 concernant l'exercice du droit de préemption au profit des collectivités patrimoniales.

si cette exigence de haute valeur des œuvres préemptées ne s'impose pas au regard du respect de la propriété privée, en particulier lorsqu'on met en rapport ce moyen exorbitant et le but poursuivi : la protection du patrimoine. La mise à l'épreuve conduit finalement à juger de l'enjeu patrimonial, donc de la valeur des œuvres. L'exercice soulève de sérieuses difficultés, d'abord en raison de ce que la valeur d'une œuvre se construit aussi du fait de son acquisition. L'intégration d'un bien dans les collections publiques lui confère, juridiquement, un statut d'œuvre d'intérêt majeur. C'est très explicitement ce que nous dit le Code du patrimoine. Aux termes de l'article L. 111-1, sont considérés comme trésors nationaux « les biens appartenant aux collections publiques et aux collections des musées de France, les biens classés en application des dispositions relatives aux monuments historiques et aux archives, ainsi que les autres biens qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie [...] ». Autrement dit, un musée de France achète une œuvre jugée mineure par le marché. Intégrée dans ses collections publiques, elle devient une œuvre majeure. Et le fait est que la jauge n'est pas toujours la même entre le marché et l'État collectionneur, ce qui nous mène vers une autre difficulté sans doute plus sérieuse. Comment et selon quels critères juger du caractère mineur ou majeur d'une œuvre ? On va naturellement avoir tendance à rapprocher valeur culturelle et valeur économique. L'assimilation n'est pas absurde, notamment dans le champ des beaux-arts. Matisse, Giacometti, Van Gogh, leur prix est à la hauteur du chef-d'œuvre. Mais si dans certains cas, les approches patrimoniales et économiques se rejoignent, il serait tout à fait hâtif de penser que les œuvres majeures sont toujours et nécessairement les plus chères. Des pièces d'apparence modeste et de moindre valeur économique sont en réalité de toute première importance d'un point de vue patrimonial pour elles-mêmes ou en ce qu'elles complètent un ensemble. C'est le cas soit d'objets ethnologiques, qui n'ont pas encore de valeur sur le marché soit encore d'éléments de collection ou de documents ou manuscrits isolés ou appartenant à un fonds. Dans un certain nombre de ces hypothèses, c'est l'intérêt historique, scientifique, sociologique qui fait la valeur de l'objet. Quand les Archives nationales préemptent le registre du grand argentier d'Henri IV, ce n'est pas tant l'objet lui-même mais, au travers des différentes rubriques de comptes, les informations précieuses et uniques qu'il délivre sur la société de l'époque. Et d'évidence, la sensibilité patrimoniale à ces documents est plus difficile à éveiller¹⁵.

Quoi qu'il en soit, ces difficultés de détermination de la valeur culturelle et les distances qu'elle peut prendre avec la valeur donnée par le marché rendent assez improbable un contrôle de proportionnalité. L'État a une marge de discrétion appréciable dans la délimitation de l'intérêt général patrimonial¹⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme a admis cette forme d'ingérence qu'est le droit de préemption, estimant notamment que « le contrôle du marché des œuvres d'art par l'État constitue un but légitime dans le cadre

de la protection du patrimoine culturel et artistique d'un pays »¹⁷. La cause publique d'intérêt culturel est entendue, relativement consolidée dans ses assises, aux plans national, international, européen.

Une fois admis le principe de l'éviction, il faut se poser la question des garanties. Le droit de préemption sur les œuvres d'art est une cause légitime, encore faut-il que les conditions de sa mise en œuvre satisfassent aux exigences de l'article 1 du protocole n° 1 en particulier l'existence d'un juste équilibre¹⁸. C'est entre autres sur le terrain économique que prospère la discussion. Quelles compensations est en droit d'attendre le propriétaire évincé ? Reçoit-il une juste contrepartie ? La jauge est de plus en plus exigeante aujourd'hui avec la montée en puissance du droit au respect des biens, exigeante notamment en ce qu'elle prend pour point de repère le prix de marché international. On se souvient de l'affaire *Walter* dans laquelle l'État, pour avoir classé d'office, est condamné à verser une indemnité de 145 millions de francs compensant le préjudice né du classement¹⁹. Et le calcul se fait par référence explicite au prix supposé qu'aurait été vendu le tableau en l'absence d'une servitude de classement impliquant l'immobilisation sur le territoire français. Dans l'affaire *Beyeler*, les juges, tout en admettant la légitimité de l'action de l'État



15. Ce que l'on mesure très lisiblement à la lecture du rapport de Yann Gaillard, à propos de la préemption d'archives de Picasso, pour laquelle l'auteur reproche l'exercice abusif de ce droit et ou filtre le peu de cas de ces pièces plus modestes : « [...] l'État s'est particulièrement fait remarquer [...] en exerçant près de cent fois son droit de préemption sur des papiers déchirés de Picasso, des photographies de Dora Maar et des livres, manuscrits et documents illustrés par l'artiste. [...] », Rapport d'information du Sénat n° 330 (98-99) du 29 avril 1999 fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation sur les aspects fiscaux et budgétaires d'une politique de relance du marché de l'art en France, par Y. Gaillard, sinon que précisément dans ce cas, ces documents ne peuvent être isolés d'un contexte.

16. C'est en l'occurrence ce que rappellent les juges dans l'affaire *Beyeler*.

17. La question de la protection du patrimoine confrontée au droit au respect des biens vient depuis peu devant les juges européens. Pour un autre plaidoyer intéressant en faveur du droit des États de préserver leur patrimoine, v. CEDH, Gde ch., 19 févr. 2009, *Kozacioglu c/ Turquie* : *JCP G* 2009, I, 143, p. 36, obs. F. Sudre. Jamais selon J.-P. Marguenaud « la Cour n'avait souligné avec autant de force que "la conservation du patrimoine culturel et, le cas échéant, son utilisation durable ont pour but, outre le maintien d'une certaine qualité de vie, la préservation des racines historiques, culturelles et artistiques d'une région et de ses habitants" » et que, à ce titre, « elles constituent une valeur essentielle dont la défense et la promotion incombent aux pouvoirs publics » : *RTD civ.*, n° 4, oct.-déc. 2009, chroniques, sources internationales, p. 683.

18. L'espèce concernait le droit italien et l'exercice par l'État du droit de préemption d'un tableau de Van Gogh. On discutait notamment des conditions d'exercice de ce droit et plus spécialement des incertitudes liées à l'exercice très tardif de cette prérogative par l'État italien, ainsi que des aspects financiers. Les juges concluent à la violation de l'article 1 du Protocole n° 1, estimant que « le requérant a supporté une charge disproportionnée et excessive ». Aff. *Beyeler c/ Italie*, requête n° 33202/96, arrêt *Strasbourg*, 5 janv. 2000.

19. Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 1996 : *D.* 1996, 2, 511, note B. Edelman, J.-F. Poli, Les leçons de « l'affaire Walter », *op. cit.* ; *Gaz. Pal.* 3-4 sept. 1997, p. 5, 6, note H. Vray ; *AJDA* 20 juin 1996, J. 459, note P. L. Frier.

« préempteur » le condamne à verser une indemnité substantielle²⁰.

Au bilan, on s'aperçoit que même si le droit de préemption est souvent perçu comme lieu « d'affrontements idéologiques entre la protection du marché et la protection du patrimoine, entre l'intérêt particulier et l'intérêt général »²¹, d'une part l'opération est moins lourde de conséquences que ne l'est l'expropriation²² puisque par définition le propriétaire veut vendre son bien et que la vente se réalisera au prix arrêté une fois le bien adjudgé aux conditions initialement prévues. En l'occurrence, le recours au droit de préemption reste assez discret relativement à la masse des biens vendus aux enchères.

Les procédés autoritaires, en particulier la dévolution, l'expropriation et le droit de préemption sont maniés dans le champ du patrimoine avec une certaine prudence²³. En parallèle, le droit du patrimoine a développé plusieurs outils qui encouragent sans contraindre l'enrichissement des collections.

2. Les modes consensuels d'enrichissement des collections publiques

On peut ranger parmi ces méthodes douces tous les outils spéciaux d'acquisition qui mobilisent le secteur privé sur une base volontaire, pour la plupart d'entre eux mécanismes qui prennent leur source dans le droit fiscal. Les règles d'exportation des biens culturels connaissent par ailleurs un mécanisme original d'acquisition fortement inspiré du système anglais, dans le but d'éviter la sortie de pièces majeures non encore protégées.

Sur le volet fiscal, par ordre d'apparition, il faut d'abord évoquer les deux créations « Malraux » que sont la donation et la dation en paiement d'œuvres d'art à l'État. Introduites dans le droit français en 1968²⁴, aujourd'hui codifiées aux articles 1131 et 1716 *bis* du Code général des impôts (CGI), elles ont très largement contribué à l'enrichissement des collections publiques, spécialement la dation en paiement plus avantageuse pour le disposant puisque la remise d'œuvre d'art vient en contrepartie d'une dette fiscale²⁵.

L'article 1716 *bis* du CGI dispose que : « I. Les droits de mutation à titre gratuit et le droit de partage peuvent être acquittés par la remise d'œuvres d'art, de livres, d'objets de collection, de documents, de haute valeur artistique ou historique, [...] ».

Cette procédure exceptionnelle de règlement des droits n'est pas automatique. Elle est subordonnée à un agrément délivré après consultation d'une commission composée par moitié de représentants du ministère de la Culture et du ministère du Budget²⁶. La décision d'agrément fixe la valeur libératoire qu'elle reconnaît aux biens offerts en paiement (la dation en paiement n'est parfaite que par l'acceptation par l'intéressé de ladite valeur).

Sans entrer dans les détails techniques de l'opération, et nous intéressant plus spécialement aux relations entre l'État et les personnes concernées dans la mise en mouvement de ce ressort « patrimonial », se pose à nouveau

la question du champ d'application de la dation. On retombe sur la double question de la valeur culturelle des œuvres éligibles et de leur capacité libératoire relativement à la dette fiscale. Procédure exceptionnelle de paiement de l'impôt, elle est à la fois en mode ouvert quant à la consistance des biens susceptibles de dation, et sur une ligne très élitiste quant à la valeur exigée.

Sur le premier point – question de l'assiette de la dation – sont bien sûr concernés les beaux-arts, « œuvres d'art de haute valeur artistique » rappelle le CGI, mais également d'autres œuvres et objets moins emblématiques, qui sans toujours être exceptionnels d'un point de vue artistique, sont des objets mémoire dignes de conservation : les éléments du patrimoine ethnologique, les objets traces ou objets témoins. Fragonard, Vermeer, Rubens, Picasso, Matisse, Chagall, Rothko, Man Ray, Duchamp et bien d'autres leurs œuvres sont entrées dans les collections au moyen de la dation (pour certaines à la faveur d'une succession d'artiste). Mais ont aussi été acquises par ce moyen, des archives scientifiques, celles du physicien Louis de Broglie ou encore du chimiste Lavoisier²⁷, des collections naturelles (minéraux, insectes coléoptères), des ordinateurs *Bull* de seconde génération, un hélicoptère ayant servi à des fins humanitaires à Dien Bien Phu, etc. Évoquant l'entrée des nouveaux patrimoines, Jean-Pierre Changeux, président de la Commission depuis 1988,



20. 1 300 000 €, à titre de réparation du préjudice, y compris les frais extrajudiciaires et ceux encourus devant les juridictions internes ; 55 000 € pour frais et dépenses devant les organes de la Convention.

21. Y. Lécuyer, Le droit de préemption et la protection des œuvres d'art, *Droit administratif*, n° 9, oct. 2008, p. 31.

22. Historiquement, l'apparition du droit de préemption s'inscrit dans une logique de compromis destinée à rétablir un certain équilibre entre droit du propriétaire/droit du marché d'un côté et intérêt général de l'autre. Il est introduit dans le droit français par une loi de finances du 31 décembre 1921, technique substituée à un mode d'éviction beaucoup plus radical contenu dans une loi de 1920 qui prévoyait au bénéfice de l'État un droit de rétention des œuvres exercée au moment de l'exportation qui pouvait conduire jusqu'à l'expropriation du bien. Cette loi fut si décriée par le marché qu'elle fut abrogée un an plus tard. Elle fera cependant surface en 1941, autre contexte d'adoption...

23. Certains mécanismes ont même disparu de notre droit, comme par exemple le droit de rétention en douane de la loi de 1941 qui permettait à l'État de retenir un bien culturel à l'exportation et l'acquérir autoritairement. Le champ d'application en était très étendu. Cette loi a été abrogée par la loi du 31 décembre 1992 adoptée dans un contexte de libéralisation de la circulation des biens culturels.

24. Loi n° 68-1251 du 31 déc. 1968.

25. Depuis 1972, 800 millions d'euros ont été dégagés au titre de la dation. Sur 700 dossiers de dation, 58 % ont été acceptés.

26. Le service des impôts auprès duquel la demande est adressée transmet pour avis à cette commission « dont la composition est fixée par arrêté conjoint du Premier ministre, du ministre chargé de la Culture et du ministre chargé du Budget. », art. 310 G du CGI, v. notamment J.-P. Changeux, *L'enrichissement du patrimoine français par la procédure des dations, La dation d'œuvres d'art en paiement d'impôts*, Centre de droit de l'art, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1996, p. 44.

27. Les éléments du patrimoine scientifique et/ou naturel ont vocation à bénéficier de la dation, même s'ils restent aujourd'hui en situation très minoritaires.

explique qu'ils « ne transgressent pas, aux yeux de la commission, l'impératif de haute valeur artistique ou historique ». Bien au contraire, « ces pièces de premier rang, qui sont exceptionnelles, voire uniques en leur genre, témoignent plutôt d'un fait de société [...] ».

Quant à la valeur libératoire, elle est en partie déterminée par des indicateurs économiques, le prix de marché international notamment, ce point de référence n'étant pas toujours pertinent, lorsque notamment les biens acquis soit n'ont pas de valeur de marché (c'est le cas de certains documents d'archives ou d'objets issus de fouilles archéologiques), soit encore tirent leur valeur culturelle d'une caractéristique qui ne peut être évaluée (valeur mémorielle par exemple). En ce cas, le recours à la notion de valeur libératoire permet d'intégrer, dans la jauge, la dimension culturelle²⁸. Sous ces précisions, lorsque la valeur de l'œuvre est supérieure au montant de la dette, il n'y a pas de soulte au profit du « dataire ». Il dispose simplement de la faculté de refuser l'offre.

Toujours dans cette idée d'approche ouverte, la période ou l'ancienneté du bien n'est pas déterminante. Aucun critère temporel ne vient contenir le champ d'application de la dation, si bien que les œuvres contemporaines pourraient rejoindre les collections publiques par ce procédé. Rien ne s'y oppose sinon les réticences dans la pratique administrative de juger trop vite de la valeur d'œuvres notamment lorsque les artistes sont vivants.

La notion de patrimoine artistique est entendue dans un sens large, l'enveloppe éligible inclut tout élément « patrimonial ». Tout en même temps, le mécanisme se veut sélectif, dans la pratique sans doute plus que ne l'est le droit de préemption. C'est que la justification de cette approche élitaine n'est pas de même source : respect de la propriété privée dans un cas, privation d'une ressource fiscale dans l'autre. Et le fait est que les textes sur la dation en paiement semblent bien élever le niveau d'exigence de la valeur de l'œuvre ainsi acquise. C'est ce que signale très lisiblement le CGI : les œuvres remises en dation doivent être de « haute valeur artistique et historique ». Intervient également la question de la destination de l'œuvre qui, si elle n'est pas explicite dans les textes, semble dans la pratique administrative, déterminante. La décision se prend au vu de l'affectation du bien à une collection publique. Il est censé venir en combler une lacune. Une dation d'œuvre d'un peintre illustre pourrait très certainement être refusée au motif qu'elle figure déjà en bon nombre dans les collections publiques²⁹.

Toujours sur une base volontaire, il faut saluer à partir des années 1980 le développement des outils du mécénat en faveur de la culture en général, de l'enrichissement des collections en particulier, spécialement les dispositifs d'acquisition de trésors nationaux introduits par la loi 2002-5 du 4 janvier 2002, encourageant les entreprises à participer au financement d'œuvres majeures moyennant faveur fiscale. Le mécanisme est en lien avec les règles de circulation des biens culturels, l'idée étant de développer, sur une base incitative, les moyens d'empêcher la sortie d'œuvres ayant qualité de trésors nationaux.

« Opérations fiscalement très valorisantes pour les entreprises » : ces dispositions ouvrent droit à des réductions d'impôt substantielles. La plus emblématique concerne l'aide à l'acquisition de trésors nationaux par l'État ou par toute autre personne publique. La réduction de l'impôt sur les sociétés s'élève à 90 % des versements effectués par l'entreprise³⁰.

Un autre dispositif instaure une réduction d'impôt égale à 40 % des dépenses d'acquisition consacrées par une entreprise à l'acquisition d'un trésor national³¹. L'entreprise bénéficiaire doit mettre l'œuvre présentée au public dans un musée de France pendant dix ans. Elle est indisponible durant cette période et ne peut être aliénée. Elle est par ailleurs classée monument historique, effet automatique résultant du dispositif fiscal. La servitude, par conséquent, n'ouvre droit à aucune indemnisation.

À l'origine prévue pour les biens culturels pour lesquels le certificat d'exportation était refusé en raison de leur qualité de trésor national, cette possibilité a été étendue à d'autres hypothèses, notamment dans le cas où des biens culturels d'intérêt majeur seraient identifiés soit sur le territoire indépendamment de toute question de circulation soit, nouveauté intéressante, hors du territoire. Si l'achat se réalise avec l'aide d'une entreprise, le dispositif fiscal a vocation à jouer dans les mêmes termes que si l'opération se faisait sur le territoire national. Cette notion de bien culturel d'intérêt majeur est à relier à celle de trésor national au sens de l'article L. 111-1 du Code du patrimoine. Il s'agit ici des biens dignes d'appartenir au patrimoine national qui seront, ainsi acquis, considérés comme tels et frappés d'une interdiction de sortie du territoire³².

Ces leviers du mécénat sont un progrès, assurément, dans la levée des fonds destinés au patrimoine culturel. Un certain nombre de ces opérations « prestige » ont en effet permis l'acquisition d'œuvres majeures menacées d'exportation, pour lesquelles l'État n'aurait tout simplement pas pu s'opposer à leur sortie faute de moyens suffisants. Mais le fait est que les politiques d'acquisitions des grandes institutions réalisées dans le cadre du mécénat sont aujourd'hui fortement influencées par les



28. Comment évaluer le prix de marché de l'hélicoptère humanitaire inscrit dans l'histoire... Calcul non pertinent, la charge de mémoire interfère évidemment ici.

29. L'argument était venu en débat à propos de la renonciation à l'exercice du droit de préemption d'un tableau de Delacroix par l'État (portrait de Charles de Verminac) : T. civ. Seine, 8 déc. 1950. L'État fait valoir notamment l'état des crédits et la circonstance que les œuvres de Delacroix sont en abondance dans les musées, décision critiquée en ce qu'elle peut influencer la valeur de l'œuvre sur le marché. En quoi les deux modes d'acquiescent sont finalement assez proches.

30. Art. 238 bis-O A du CGI. Un certain nombre de ces acquisitions sont très médiatisées, par exemple l'*Aphrodite à la coquille* dite nymphe de sainte colombe.

31. Art. 238 bis-0 AB

32. Sauf à titre temporaire dans certains cas spécifiés.

attentes des entreprises qui préféreront investir dans des œuvres emblématiques, négligeant d'autres formes de patrimoine moins valorisantes en termes d'image. C'est ainsi que l'État n'a pas réussi à mobiliser le mécénat pour le manuscrit *Une vie* de Maupassant ou encore le manuscrit autographe des mémoires de Turenne. C'est la raison pour laquelle, à côté de ces outils, doivent demeurer d'autres modes d'acquérir dégagés de toute considération d'image, inspirée par la seule cause patrimoniale. Ce que permet notamment le droit de préemption.

Pour clore ce tour d'horizon, on ne peut manquer d'évoquer la procédure d'acquisition prévue à l'article L. 121-1 du Code du patrimoine. La mécanique est complexe, reliée au système de contrôle à l'exportation des biens culturels. Lorsque la sortie d'un bien culturel a été refusée au motif qu'il revêt potentiellement le caractère de trésor national, l'État dispose d'une période de trente mois pour confirmer son intérêt, soit en classant au titre des monuments historiques ou des archives historiques, soit en achetant ou faisant acheter à des musées de France privés ou publics ou autres personnes morales de droit public. M^{me} Mitjaville a rappelé l'économie du dispositif. Dans son premier état, la loi du 31 décembre 1992 réformant les règles d'exportation des œuvres d'art n'avait cependant prévu aucun mécanisme de nature à contraindre le propriétaire à vendre à l'État. L'arme du classement d'office demeurait, certes, mais avec le risque, pour l'État, d'avoir à indemniser le propriétaire à raison du préjudice subi du fait de la servitude de classement³³. Cette faille du système a motivé l'introduction d'une procédure originale. La loi du 10 juillet 2000, modifiant la loi du 31 décembre 1992³⁴, prévoit que l'État peut faire une offre d'achat au propriétaire, celui-ci étant contraint d'entrer en discussion. En cas de désaccord sur le prix, un système en cascade de recours à expert permet de garantir les droits du propriétaire sachant que le texte précise que la transaction doit être conclue par référence au prix de marché international. C'est la première fois qu'apparaît ce critère dans le droit du patrimoine, même si la référence n'est pas absente des pratiques administratives d'une part, de la jurisprudence d'autre part. À l'issue de la procédure, l'État ou le propriétaire peuvent renoncer à acheter ou vendre. Dans le premier cas, le bien revient à une condition ordinaire. Puisque l'État se défausse, le bien peut circuler librement, d'une certaine façon disqualifié par défaut d'intérêt public. Dans le cas où c'est l'acheteur qui refuse de vendre, le refus de certificat peut être renouvelé sans limite de temps, sans indemnité d'aucune sorte et sans pour autant que le bien bénéficie d'une quelconque protection. Opération d'apparence consensuelle, cette procédure d'acquisition quasi forcée est donc lourde de conséquences pour le propriétaire qui souhaiterait conserver son bien.

Pour finir, quel que soit le mode sur lequel se réalise l'acquisition, autoritaire ou volontaire, un certain nombre de constantes se dégagent dans l'appréciation de la valeur de l'œuvre. À l'inventaire de ces différents

modes d'acquérir, on perçoit l'approche ouverte dans l'appréhension du patrimoine, d'un point de vue matériel, temporel, culturel. Sur le premier point, l'évolution s'est produite au fil du temps, avec quelques périodes clés. L'emploi du terme de patrimoine dans le vocabulaire administratif et juridique dans la seconde moitié du XX^e siècle en est un des marqueurs, manifestant notamment l'intérêt porté à de nouveaux objets de protection. Dans le même temps, la temporalité évolue. Les patrimoines contemporains entrent dans le faisceau de la protection. Enfin, dans son projet de protéger le patrimoine, le droit français développe une conception dite universelle de la culture dégagée de tout critère de nationalité. Il n'est pas utile de caractériser un lien de rattachement pour décider qu'une œuvre est un trésor national. Le qualificatif ne renvoie pas à l'idée de nationalité, ce qu'ont, à plusieurs reprises, rappelé les juges³⁵. « Au-delà de la nationalité de l'auteur, ce qui fait l'intérêt national d'une œuvre, c'est l'intérêt que lui porte ou qu'est supposé lui porter la nation »³⁶. Dans la même veine, la Cour européenne des droits de l'Homme, à propos de l'affaire *Beyeler*, reconnaît dans une formule inédite « le caractère légitime d'un État qui accueille de façon licite sur son territoire des œuvres appartenant au patrimoine culturel de toutes les nations et qui vise à privilégier la solution la plus apte à garantir une large accessibilité au bénéfice du public, dans l'intérêt général de la culture universelle »³⁷.

Dans cette fonction régaliennne d'enrichissement du patrimoine, l'État achète pour une cause spécifiée, agissant au nom d'un intérêt général culturel. Il n'est pas en ce sens un collectionneur comme les autres. Il achète pour conserver et donner à voir, deux servitudes cardinales dans le droit du patrimoine culturel, ce qui justifie qu'il intervienne de façon singulière sur le marché de l'art, en position dominante dans cette charge fondatrice. Ce faisant, il a aussi une responsabilité particulière. Il achète des œuvres d'intérêt majeur, perspective qui emporte aussi une responsabilité quant à la pérennité et la conservation dans le patrimoine de ces œuvres.

Une fois intégrés dans les collections publiques, ces œuvres et objets conquièrent un statut particulier. Ils



33. La loi le prévoit spécialement. La preuve du préjudice doit être apportée par le propriétaire. Il peut résulter de la perte de valeur d'une œuvre interdite d'exportation qui ne peut, par conséquent, se vendre que sur le marché français. Dans plusieurs affaires, les juges ont statué en ce sens, par exemple à propos de l'œuvre de Van Gogh, *Jardin à Auvers*, v. *supra*.

34. Loi 2000-643 du 10 juill. 2000 relative à la protection des trésors nationaux et modifiant la loi 92-1477 du 31 déc. 1992 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation et à la complémentarité entre les services de police, de gendarmerie et de douane, aujourd'hui article L. 121-1 du Code du patrimoine.

35. Par exemple à propos d'un tableau de Van Gogh, d'un vase chinois ou d'une collection de voitures anciennes.

36. Selon les termes du commissaire de gouvernement Kahn, CE, 12 déc. 1969, *Héli de Talleyrand-Périgord* : *AJDA* 1970, p. 34, conclusions Com. Gov. Kahn.

37. CEDH, 5 janv. 2000, *Beyeler c/ Italie* : *Rec. CEDH* 2000, I, § 113.

rejoignent le cercle des biens du domaine public, « choses publiques [...] destinées et asservies à l'usage de tous et dont la propriété n'appartient exclusivement à personne »³⁸. Certaines tentations de libéralisation du principe d'inaliénabilité en France notamment pourraient être au risque de cette fonction majeure³⁹.



38. J.-B. V. Proudhon, *Traité du domaine public*.

39. Exprimées notamment dans le rapport Jouyet-Levy sur l'économie de l'immatériel. Sur ces questions, v. « L'inaliénabilité, performances et limites », colloque Musée du Quai Branly organisé par le groupe de recherches sur le droit du patrimoine culturel (CECOJI, Université de Poitiers, Université Paris XI), le GDRI droit du patrimoine et du droit de l'art et le Musée du Quai Branly, mars 2010, à paraître.

La culture de l'art

L'État collectionneur et la valorisation de son patrimoine artistique

RUTH REDMOND-COOPER

DIRECTOR, INSTITUTE OF ART AND LAW

À part les simples achats par les musées ou les legs et donations, il existe trois moyens principaux pour l'État britannique d'acquérir des objets d'art d'importance exceptionnelle : acquisition par rétention et achat (les contrôles sur les exportations) ; acquisition par le système fiscal ; acquisition par déclaration de propriété (le trésor).

Avant de parler de ces différents moyens d'acquisition, il faut examiner les diverses possibilités de financement : lorsque l'État veut acquérir un objet culturel (soit pour l'empêcher de quitter le territoire, soit par le biais du système fiscal, soit lorsqu'il s'agit de « trésor »), il faut financer l'achat. Divers organismes peuvent intervenir pour qu'un objet soit « sauvé » pour la nation : le *Art Fund*¹ ; le *National Heritage Memorial Fund (NHMF)*² ; le *Heritage Lottery Fund*³ ; le *Museums, Libraries and Archives Council (MLA)/Victoria & Albert Museum (V&A) Purchase Grant Fund*⁴.

Le *Art Fund* est une *charity*, établi en 1903 dans le but de sauver les œuvres d'art pour le bénéfice du grand public – plus de 860 000 œuvres depuis 1903 – il peut agir seul ou avec un autre organisme. L'organisation est indépendante et ne reçoit pas de subventions du gouvernement. Son financement est assuré par l'adhésion de ses membres (environ 80 000) et par des donations *ad hoc*.

Le *National Heritage Memorial Fund* a été établi en 1980 pour sauver le patrimoine national exceptionnel lorsque celui-ci est en danger. Son financement vient du gouvernement. Les objets ainsi sauvés (par exemple, le *Mappa Mundi* à la Cathédrale de Hereford, *Le bateau d'Henri VIII*, *La Mary Rose* et *Les Trois Grâces* de Canova) servent comme mémorial à ceux qui ont donné leur vie pour la nation.

Le *Heritage Lottery Fund* est géré par le *NHMF* pour soutenir le patrimoine national. Il distribue les revenus produits par la loterie nationale. Sa mission est très large et comprend l'environnement naturel, l'archéologie, les monuments et les sites. Récemment il a permis l'achat par la *National Portrait Gallery* d'un portrait d'une infirmière du XIX^e siècle, *Mary Seacole*.

Le *MLA/V&A Purchase Grant Fund* intervient dans l'achat d'objets dont le prix est inférieur à 300 000 livres.

I. Les contrôles sur les exportations

À la différence de la France, les musées britanniques ne disposent pas d'un droit de préemption : ils doivent acheter sur le marché, en concurrence avec les marchands et les collectionneurs. Les objets culturels sont donc vendus à celui qui offre le prix maximum. Mais le propriétaire d'une œuvre d'art ne peut pas exporter librement son œuvre : il existe des contrôles sur les exportations.

Le problème de la sortie du territoire des objets d'art a été reconnu à la fin du XIX^e siècle : les collectionneurs (parmi lesquels figurait souvent un certain Henry Clay Frick) et les galeries américaines ont acheté un grand nombre d'œuvres d'art et, souvent, les musées britanniques n'avaient même pas l'occasion de concurrencer les Américains. La *National Gallery* à Londres a « perdu » plusieurs œuvres, et au début du XX^e siècle le débat sur la question des contrôles sur les exportations a commencé. Mais Lord Curzon, un *trustee* de la *National Gallery*, dans un rapport pour le gouvernement, a mis en exergue le ridicule de la situation en évoquant l'image des douaniers à Douvres et à Southampton fouillant dans les poches et les valises d'un « gentleman anglais ».

Il n'en reste pas moins qu'en 1952 le *Chancellor of the Exchequer*, Sir Stafford Cripps, a nommé un comité pour établir un système pour contrôler les exportations d'œuvres d'art : le *Waverley Committee*⁵. Système encore en place aujourd'hui.

La nécessité d'obtenir un permis d'exportation

Celui qui a l'intention de faire sortir du territoire un objet culturel doit apprécier si cet objet doit être



1. < www.artfund.org.uk >.

2. < <http://search.hlf.org.uk/nhmfweb/aboutthenhmf> >.

3. < www.hlf.org.uk >.

4. < http://www.vam.ac.uk/about_va/partnerships/purchase_grant/index.html >.

5. V. < http://www.mla.gov.uk/what/cultural/export/reviewing_cttee >.

accompagné d'un permis d'exportation. Le but de ce système de contrôle est de fournir à l'État l'occasion de retenir, sur le territoire et pour le bénéfice du grand public, les objets culturels d'importance exceptionnelle.

Le système est conçu afin de trouver le juste milieu entre les intérêts des propriétaires/acheteurs et l'État. On ne peut cependant contraindre le propriétaire d'un objet culturel à le vendre à l'État.

Quand faut-il demander un permis d'exportation ?

Les conditions gouvernant la nécessité d'un permis (soit pour l'Union européenne, soit pour le reste du monde) varient selon les objets et dépendent de son ancienneté et de sa valeur⁶.

Par exemple : un permis est requis pour l'exportation vers un autre État membre de l'Union européenne (UE) des peintures de plus de 50 ans ayant une valeur qui dépasse 20 600 livres ou pour les peintures à l'huile ayant une valeur qui dépasse 103 400 livres. Il existe des règles spéciales pour les portraits des personnages historiques (ici le seuil de valeur est réduit à 10 000 livres pour l'exportation vers un État non-membre de l'UE).

Si la valeur de l'objet tombe au-dessous du seuil pour ce genre d'objet, un permis n'est pas requis et l'objet peut être librement exporté ; de même si l'âge de l'objet est (en général) inférieur à 50 ans : ici on peut faire allusion à une œuvre du peintre britannique, Lucian Freud *The Painter's Room*.

Quelle est la procédure pour décider de l'octroi d'un permis d'exportation ?

Lorsqu'on veut exporter un objet culturel qui, à première vue, doit être accompagné d'un permis d'exportation, la demande doit être faite auprès du *Export Licensing Unit* du *Museums, Libraries and Archives Council (MLA)*.

Pour les objets « ordinaires » la décision se prend facilement et le permis est accordé sans formalité supplémentaire.

Lorsqu'il y a une possibilité que l'objet possède une importance nationale, la demande peut être renvoyée à un *Expert Adviser* qui prépare un rapport dans les quinze jours qui suivent. En déterminant la question « d'importance nationale », l'*Adviser* va prendre en compte les critères *Waverley* qui sont les suivants :

– Histoire : est-ce que cet objet est intimement lié à l'histoire nationale, tel que son départ à l'étranger serait un malheur ?

– Esthétique : est-ce que l'objet est doté d'une importance esthétique exceptionnelle ?

– Érudition : est-ce que l'objet possède une signification exceptionnelle pour l'étude de l'art, l'érudition ou l'histoire ?

Les trois critères sont exclusifs et non cumulatifs : on peut donc refuser un permis à un objet qui ne possède pas de lien historique avec l'État britannique simplement parce que l'objet se trouve sur le territoire depuis au moins 50 ans et possède une importance esthétique exceptionnelle, bien que cet objet possède un lien historique important avec un autre État.

En 1994 la question s'est posée de la nécessité d'un permis pour l'exportation d'une œuvre d'un peintre vivant, *The Painter's Room* de Lucian Freud. Le permis a été refusé, ce qui a suscité des critiques, le gouvernement a cependant confirmé qu'un permis était nécessaire même lorsque le peintre est toujours vivant. Mais – peu de temps après – Freud a été interviewé par *The Art Newspaper*, et il a évoqué ses souvenirs de cette œuvre de jeunesse, en se rappelant qu'au moment de l'exécuter les premiers *doodlebugs* (bombes volantes) tombaient sur Londres : il était donc évident que, au moment où le permis a été refusé, l'œuvre n'avait pas encore 50 ans, car les premiers *doodlebugs* ont été lancés seulement en juin 1944 et la demande pour le permis a été faite début 1994.

Suite au rapport de l'*Adviser*, la demande va être renvoyée au *Reviewing Committee for the Export of Works of Art* qui va prendre la décision finale. Si le *Committee* décide que l'objet rentre dans un des critères *Waverley*, il conseille au secrétaire d'État de suspendre la décision sur la demande de permis d'exportation pour une période déterminée afin de permettre à une institution publique de faire une offre au *fair market price* (prix juste). L'institution publique qui veut acquérir l'œuvre doit alors trouver les moyens, ce qui devient de plus en plus difficile de nos jours. Comme mentionné auparavant, deux organisations sont conçues pour faciliter l'achat par les musées des œuvres importantes : le *Art Fund* et le *NHMF* mais leurs moyens sont limités, le *Art Fund* est un *charity* et dépend de donations et des souscriptions de ses membres.

La période de suspension est normalement de deux à six mois. Auparavant, la période de suspension était sans complication ni condition : si une offre d'achat ne se réalisait pas pendant la période de suspension, le permis devait être octroyé. Mais le système a été modifié à la suite d'un litige controversé qui concernait le renouvellement de la suspension d'un permis d'exportation pour *Les Trois Grâces* de Canova.

En 1993 le *John Paul Getty Trust* avait acheté *Les Trois Grâces* de Canova en vue de l'exporter aux États-Unis. En février 1994, suivant le conseil du *Committee Waverley*, le ministre a différé pour une période de six mois l'octroi d'un permis d'exportation. En août 1994, un nouveau ministre a accordé une prolongation de trois mois supplémentaires afin de donner à un acheteur possible la possibilité de trouver le financement. L'acheteur était un *consortium* du *Victoria and Albert Museum (V&A)* et les *National Galleries of Scotland (NGS)*.

La décision du ministre a été contestée par le *Getty* sur trois bases :

– l'extension a violé l'attente « raisonnable » du *Getty* que cette extension ne serait pas accordée (suite aux assurances données par l'ancien ministre) ;



6. Pour plus de détails, v. < http://www.mla.gov.uk/what/cultural/export/export_licensing >.

- la décision était « *Wednesbury* déraisonnable »⁷ ;
- le financement donné par le *NHMF* pour faciliter l'achat était contraire aux règles de l'UE.

Mais ces arguments ont été rejetés par la Cour d'appel⁸ et la sculpture a été acquise avec l'assistance du *NHMF*, de l'*Art Fund* et des donations individuelles ; elle est maintenant partagée entre le *V&A* et les *NGS*.

Actuellement, la période de suspension peut être divisée en deux phases, une phase initiale (normalement de deux mois) suivie éventuellement par une seconde phase : si, pendant la phase initiale un acheteur potentiel sérieux se manifeste, la période de suspension sera prolongée afin de permettre à cet acheteur potentiel de trouver les moyens financiers.

Le système *Waverley* a permis la rétention de nombreuses œuvres, mais il faut avouer que nous en perdons tout de même beaucoup par manque de financement et, si un acheteur public ne se manifeste pas pendant la période de suspension, on risque de perdre l'objet à l'étranger. Tout d'abord, signalons deux succès très récents : *Saint Jean l'Évangéliste* de Domenichino qui a été sauvé par un acheteur anonyme et a été donné à la *National Gallery* ; *Diane et Actéon* du Titien qui a été acheté pour la *National Museums of Scotland* à la suite d'un appel d'urgence au public.

Dans le rapport le plus récent du *Reviewing Committee for the Export of Works of Art* (2008–2009)⁹, on voit 22 objets qui ont été renvoyés devant le *Committee*, parmi lesquels figurent une paire de statues en bronze de Cipriani, *Venus Médicis* et *Faune Dansant*. Les statues avaient été achetées par le *Getty Trust* ; au bout de la période de suspension il n'y avait pas d'acheteur ; les statues ont donc obtenu leur permis d'exportation et sont maintenant exposées au Musée *Getty*. La situation a été comparable pour une peinture de Turner, *Pope's Villa at Twickenham* qui a bénéficié d'une période de suspension mais qui a finalement obtenu un permis d'exportation car il n'a pas été possible de trouver un acheteur dans ce pays.

Dans ce même rapport est cité le *Willy Lott's House* par Constable – l'*Adviser* avait recommandé la suspension de l'octroi du permis d'exportation, mais le *Committee* a considéré que l'œuvre, bien que possédant une signification pour l'histoire de l'art en Angleterre, n'était pas unique et qu'il existait déjà dans les collections publiques britanniques des exemples de ce genre : le permis a donc été accordé. Parfois, au moment où l'objet doit passer devant le *Committee*, la demande est retirée, ce fut le cas du *Portrait d'une Dame* de Cranach.

Quelles conséquences si le demandeur refuse d'accepter l'offre ?

Si, au bout de la période de suspension, une institution publique britannique (ou, même, une institution privée¹⁰) arrive à trouver les moyens financiers pour faire une offre semblable (*matching offer*) le demandeur n'est pas obligé de l'accepter : il a le droit de garder l'œuvre et il n'existe pas de moyen pour le forcer à vendre. Mais dans une telle situation, le secrétaire d'État peut refuser définitivement le permis d'exportation. Ceci est arrivé

avec le *Portrait d'Omai* de Joshua Reynolds : l'acheteur anonyme a demandé un permis d'exportation qui a été suspendu afin d'essayer de trouver un acheteur britannique ; un donateur anonyme a offert le prix afin d'acquérir la peinture pour la *Tate Gallery* mais, l'acheteur a refusé de vendre. Le secrétaire d'État a donc refusé le permis d'exportation. Une telle situation ne bénéficie à personne car l'œuvre peut très bien finalement rester dans la chambre forte d'une banque ou, comme ici, être prêtée à une institution étrangère.

II. L'acquisition par le système fiscal

L'État a parfois la possibilité d'acquérir des œuvres d'art importantes par le biais de dispositions fiscales¹¹. Il existe deux systèmes : l'acceptation en lieu et l'exemption conditionnelle.

A. L'acceptation en lieu (*Acceptance in Lieu*)

Le système d'acceptation en lieu permet aux contribuables d'offrir à l'État des objets d'importance culturels ou historiques en paiement des droits de succession (maintenant dénommé « inheritance tax », auparavant « capital transfer tax » et « estate duty »¹²). Pour que le contribuable bénéficie de la réduction d'impôts, il faut que l'objet soit de qualité exceptionnelle (*preminent*), c'est-à-dire possède une signification historique, artistique ou scientifique particulière, ou qu'il ait été associé à un bâtiment du domaine public (par exemple, un bâtiment du *National Trust*) que le public puisse visiter au moins 100 jours par an.



7. *Associated Provincial Picture Houses c/ Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 (arrêt de la Cour d'appel anglaise qui prévoit les conditions pour déclarer nulles les décisions des autorités publiques sur la base de *unreasonableness*).

8. Pour une analyse de la décision concernant *Les Trois Grâces*, v. N. Bamforth, « Protecting the National Heritage ? Judicial Review and the Three Graces » (1996) *I Art Antiquity and Law* 147.

9. < http://www.mla.gov.uk/what/cultural/export/~media/Files/pdf/2009/RCEWA_Annual_report_08-09_sm_2 >.

10. Lorsque les institutions publiques ne sont pas en mesure d'acquérir l'œuvre, il est possible d'accepter une offre privée – mais les *Ridley Rules* stipulent que l'acquéreur privé doit garantir l'accès public à l'œuvre pour un minimum de 100 jours par an.

11. Pour une description générale, v. J. Simmonds, *Art and Taxation* (Institute of Art and Law, 2^e éd., à paraître), et H. Wilson, « State Intervention – Fiscal Incentives and Financial Assistance » (1997) *II Art Antiquity and Law* 367 ; E. Manisty, « Negotiated Sales of Heritage Chattels : the Law, Practice and Procedures with some Comments on Funding » (1996) *I Art Antiquity and Law* 235 ; V. Wang, « Deductions and Donations : Tax Policy as a Manifestation of Attitudes about Art in the United States, United Kingdom and Canada » (2009) *XV Art Antiquity and Law* 79. V. également *the Goodison Review – Securing the Best for our Museums : Private Giving and Government Support* (2004, HMSO).

12. Pour la procédure à suivre pour faire une offre à l'État, v. les sections 230–231, *Inheritance Tax Act* 1984.

Les offres sont jugées par un comité du *Museums, Libraries and Archives Council (MLA)* – le nouveau gouvernement a annoncé l'abolition du *MLA* en avril 2012, mais on ne sait pas encore par quoi il va être remplacé. Le comité (*acceptance in lieu panel*) fait une recommandation sur la question de la prééminence de l'objet et sur sa valeur. Toute demande doit être accompagnée de justificatifs, à savoir la valeur (et un justificatif de cette évaluation) ; un descriptif justifiant la signification exceptionnelle de l'objet ; des photographies de haute qualité ; des détails sur la localisation de l'objet et comment l'inspection peut être effectuée ; la preuve que l'objet est bien la propriété du contribuable – y compris des détails sur la propriété de l'objet dans les années 1933 à 1945.

Ensuite, il faut calculer le crédit fiscal qui résulterait en cas d'acceptation par l'État : le crédit fiscal accordé au contribuable sera la valeur de l'objet sur le marché moins les droits de succession qui seraient payables, plus un pourcentage de ces droits de succession, que l'on appelle (en anglais) « *la douceur* ». Donc, si pour payer les droits de succession, les héritiers vendent un objet dont la valeur sur le marché est de 100 000 livres, l'impôt correspondant serait normalement de 40 % – ce qui laisserait 60 000 livres pour les héritiers. Mais si l'objet est offert en lieu, les héritiers vont recevoir les 60 000 livres plus « une douceur » de 25 % de l'impôt qui aurait été payé, c'est-à-dire, 25 % de 40 000 livres, les héritiers reçoivent au final 70 000 livres.

B. L'exemption conditionnelle (*Conditional Exemption*)

Le but du système d'exemption conditionnelle est de préserver des objets de signification historique, scientifique ou artistique pour le bénéfice de l'État en encourageant les propriétaires de ces objets à les protéger et à les exposer au grand public. Le paiement de certains impôts peut être suspendu pourvu que le propriétaire respecte les conditions de l'exemption. Les impôts qui peuvent être suspendus de cette manière sont les droits de succession (*inheritance tax*) et les impôts sur les revenus des ventes d'objets de capital (*capital gains tax*).

Toute demande doit être accompagnée de justificatifs, à savoir : la valeur (et un justificatif de cette évaluation) ; une explication de la signification exceptionnelle de l'objet ; des photographies de haute qualité ; des détails sur la location de l'objet et comment l'inspection peut être effectuée ; la preuve que l'objet est bien la propriété du contribuable – y compris des détails sur la propriété de l'objet dans les années 1933 à 1945.

Afin de bénéficier de l'exemption, l'objet doit être jugé « prééminent » par les conseillers experts auprès des services fiscaux (*Her Majesty's Revenue and Customs*). Jusqu'en 1998 (*Finance Act, 1998*), le critère pour en bénéficier était beaucoup plus bas : il fallait simplement que l'objet soit adéquat pour une collection de musée.

Les conditions qui doivent être respectées par les propriétaires sont les suivantes : garder et entretenir l'objet ; retenir l'objet au Royaume-Uni (s'il s'agit d'un

meuble) ; assurer l'accès raisonnable du public à l'objet – ce qui est « raisonnable » varie selon les objets mais en général il faut en permettre l'accès pour un minimum de 25 à 156 jours par an et cet accès ne peut plus être sur rendez-vous. En déterminant les conditions d'accès on tient compte de la nature de l'objet (par exemple, sa fragilité) et non pas de l'âge ou de la santé du propriétaire ; attirer l'attention du public sur la disponibilité de cet accès ; (dans certains cas) prêter l'objet (anonymement si le propriétaire préfère) pour des expositions publiques (pourvu que l'exposition remplisse certaines conditions de sécurité et pour une durée maximum de six mois tous les deux ans).

En général les propriétaires passent un accord avec les services fiscaux selon lequel ils s'engagent à donner l'accès au public un certain nombre de jours par an (en ce qui concerne certains objets qui bénéficient du système antérieur à 1998, il suffit que l'accès public soit par rendez-vous uniquement – un système qui était vivement critiqué en raison des difficultés d'accès et de communication – évidemment, le changement a été fortement critiqué par les propriétaires en raison des inquiétudes sur la sécurité). Mais, dans de nombreux cas, les objets se situent dans un musée avec accès libre pour le public.

On peut trouver sur le site internet de *Her Majesty's Revenue and Customs* une liste de tous les objets qui participent à ce système d'exemption conditionnelle¹³.

III. Le trésor : le droit de l'État d'acquérir les objets trouvés

En droit anglais, si on parle de l'État en tant que collectionneur d'art, il faut mentionner le système du trésor qui permet aux musées nationaux d'acquérir des objets historiques et magnifiques. Nous n'avons pas le temps d'entrer dans les détails de ce système (qui s'applique en Angleterre et au Pays de Galles mais pas en Écosse) qui date, dans sa forme actuelle, de 1996 (*Treasure Act, 1996*). Selon la loi de 1996 la définition du trésor recouvre : toutes les pièces de monnaie venant d'une même masse (*hoard*) c'est-à-dire, un minimum de deux pièces datant d'au moins 300 ans (si les pièces sont composées de moins de 10 % d'or ou d'argent, la masse doit contenir un minimum de 10 pièces pour être définie comme trésor) ; un minimum de deux objets « associés » préhistoriques de métal de base ; des objets dont la composition est substantiellement en or ou en argent, qui datent de moins de 300 ans mais qui ont été délibérément cachés avec l'intention de les retrouver, mais dont les propriétaires (ou leurs successeurs) sont inconnus.

Toute personne qui trouve un objet qui tombe dans la définition du « trésor » est obligée de déclarer au *coro-*



13. < <http://www.hmrc.gov.uk/heritage/colsearch.htm> >.

ner de la région sa découverte dans les 14 jours qui suivent, à défaut cette personne commet une infraction. Le coroner mène une enquête (*inquest*) pour déterminer si la découverte est bien un trésor, et dans l'affirmative, renvoie la matière devant le *Treasure Valuation Committee* qui siège au *British Museum* pour juger la valeur de tout trésor et le montant de la récompense qui sera allouée à la personne qui l'a trouvé et au propriétaire du terrain où l'objet a été trouvé.

Une fois la valeur déterminée, les musées britanniques doivent payer la récompense fixée par le *Treasure Valuation Committee* afin d'acquérir le trésor.



Le « business » de l'art

Le trafic d'antiquités et d'objets d'art volés

JANET ULPH

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LEICESTER

Le vol d'objets d'art et d'antiquités dans les collections et musées privés représente un problème important. Il suffit de se souvenir du vol récent de cinq tableaux irremplaçables peints par Picasso, Matisse, Braque, Modigliani et Léger, au Musée d'art moderne de Paris en mai 2010¹. Le vol de ces objets tant admirés est affligeant : tous les ans, de nombreuses personnes venues du monde entier se rendent au musée où elles sont à présent privées du plaisir de les contempler. Au cours d'un vol, un objet risque d'être endommagé, par exemple lorsqu'un tableau est détaché de son cadre ; on peut également craindre qu'il soit conservé ensuite dans de mauvaises conditions. Il existe un autre type de tragédie, lorsque des objets anciens qui n'ont pas été découverts ni identifiés sont détachés ou arrachés à un monument ancien. D'un certain point de vue, cette pratique est encore pire, car le retrait de ces objets non seulement prive un pays vulnérable d'informations sur son histoire mais peut aussi dépouiller partiellement l'objet lui-même de son identité culturelle. Les renseignements relatifs à la profondeur à laquelle un objet est enterré (stratification) auraient fort bien pu indiquer son âge, par exemple². Par conséquent, d'autres artefacts sont souvent endommagés ou détruits lors du processus d'excavation de certains objets considérés comme intéressants ou désirables. Il en résulte que le site et les objets dérobés perdent une grande partie de leur signification.

Les objets volés peuvent parfaitement être exportés, vendus et revendus. La préoccupation principale de n'importe quel propriétaire sera de localiser les œuvres d'art ou les antiquités volées et de les récupérer. Il s'agit là d'un fait avéré, que le propriétaire soit un musée, un collectionneur privé ou un gouvernement agissant au nom de la nation. Néanmoins, la législation pénale en général peut jouer un rôle dissuasif non seulement pour les voleurs mais également vis-à-vis de leurs complices, par exemple ceux qui achètent en toute connaissance de cause un objet d'art volé. Le droit pénal peut avoir un impact particulier sur les revendeurs et les collectionneurs qui soutiennent ceux qui dérobent des objets d'art et des antiquités³. Ces personnes tentent de justifier leur conduite de différentes manières. En particulier, en ce qui concerne les antiquités, elles soutiennent parfois

qu'elles sauvent de tels objets de la destruction parce qu'ils ne sont pas valorisés dans leur pays d'origine. Pourtant, une condamnation au pénal dénotera un méfait moral. Les gens d'affaires peuvent factoriser le risque de dommages à verser à une victime de vol dans leur marge de bénéfices. Bien que l'on puisse s'assurer contre des pertes financières, aucune assurance ne fournira une protection contre une peine d'emprisonnement. Au Royaume-Uni, les criminels reconnus coupables d'un délit économique, tel que le vol ou le recel d'objets volés, risquent également de se voir confisquer le produit du crime par l'État⁴ et peuvent fort bien se retrouver en faillite pour cette raison.

En pratique, les poursuites pour des délits liés à l'art et aux antiquités peuvent être semées d'embûches. Tout d'abord, il n'est pas toujours facile d'obtenir des preuves concrètes dans un marché bien connu pour sa discrétion. Ensuite, toute enquête est susceptible d'être compliquée et coûteuse. Tandis qu'un objet d'art célèbre sera facilement identifiable, dans de nombreux cas de vols d'antiquités, le procureur devra s'appuyer essentiellement sur des experts pour identifier l'objet et déterminer s'il a été volé. Par exemple, des boucles d'oreilles néo-assyriennes en or, datant, estime-t-on, de plus de 3 000 ans, étaient proposées à la vente par Christie's à New York. Christie's décréta que leur ancien propriétaire les avait acquises en 1969. Fort heureusement, Donny George, Directeur du Musée national de Bagdad, a pu identifier les boucles d'oreilles comme uniques et appartenant au gouvernement irakien. Ces



1. V. également le vol de *Coquelicots* de Van Gogh au musée Khalil du Caire, Égypte, le 21 août 2010.

2. S. Mackenzie et P. Green, *Criminology and Archaeology*, éd. Hart, 2009, p. 2.

3. L'emprisonnement a un effet particulièrement dissuasif chez les criminels « cols blancs » : S. Mackenzie, « Illicit Antiquities, Criminological Theory, and the Deterrent Power of Criminal Sanctions for Targeted Populations » (2002) VII (2) *Art Antiquity and Law* 125, 142.

4. Lorsque l'accusé est reconnu coupable, un tribunal pénal (*Crown Court*) peut établir une ordonnance de confiscation équivalant en valeur au profit que l'accusé a retiré du délit. V. J. Ulph, « Confiscation Orders, Human Rights, and Penal Measures » (2010) 126 *Law Quarterly Review* 251.

boucles faisaient partie du « trésor de Nimroud » et avaient disparu d'Irak pendant la première guerre du Golfe en 1991. Elles ont été restituées aux autorités irakiennes en 2010⁵.

Le meilleur moyen de dissuader les voleurs et ceux qui effectuent ensuite des tractations concernant des objets volés est de poursuivre toutes les parties impliquées : les voleurs, les revendeurs, les acheteurs finaux. Cependant, les objets d'art et les antiquités sont souvent déplacés d'un pays à l'autre pour éviter d'attirer l'attention : il peut s'avérer difficile d'identifier précisément la série d'événements survenus après qu'un objet a été retiré de son lieu d'origine. Le Royaume-Uni et les États-Unis, ainsi que la France et le Japon, possèdent des marchés d'art et d'antiquités conséquents. La loi nationale d'un pays sur la propriété est très importante pour les pays de *Common law* (droit coutumier et jurisprudentiel), tels que l'Angleterre et les États-Unis. Un requérant ayant possédé autrefois un objet dispose d'une base solide pour engager des poursuites au civil afin de le récupérer⁶. Le droit de propriété signifie également que si l'antiquité ou l'œuvre d'art est entre les mains d'un tiers, il existe un fondement pour dire que l'objet a été volé et que les receleurs qui négocient ensuite ce bien commettent également un délit.

1. Complicité : recel d'objets volés

En général, le voleur d'une œuvre d'art ou d'une antiquité ne souhaite pas conserver celle-ci pour son plaisir. Il espère la vendre et sera pressé de le faire, afin de se débarrasser de l'objet compromettant. Il arrive que ceux qui ont l'habitude faire commerce d'objets volés incitent un voleur à se focaliser sur certains types d'art ou d'antiquités, parce qu'il existe un marché tout trouvé pour ces objets. Les receleurs peuvent encourager les pillards à dérober de petits articles qui se cachent facilement. Par exemple, un nombre important de sceaux-cylindres a été sorti d'Irak au cours de ces dernières années. Ces sceaux portent à leur surface l'illustration d'une histoire et sont en général façonnés dans de l'hématite ou d'autres matériaux. Il est facile d'en faire la contrebande, car ils sont petits (souvent de la taille d'un galet) et atteignent des prix élevés dans les pays acheteurs, puisqu'ils sont souvent d'une grande beauté.

Les personnes recevant ou achetant des objets volés en toute connaissance de cause sont traitées sévèrement par la justice anglaise, car elles alimentent une activité criminelle. On peut leur imposer une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 14 ans, ce qui est beaucoup plus important que la durée maximale de sept ans pour vol. Toutefois, il est très difficile de poursuivre quelqu'un pour recel d'objets d'art ou d'antiquités. En effet, il existe deux obstacles : on doit pouvoir démontrer que le vendeur a un objet « volé » et qu'il est malhonnête.

Le droit de propriété et le problème des objets enterrés

Un négociant ne peut être inculpé de recel d'objets volés que si ceux-ci ont été volés à quelqu'un d'autre, étant donné que la loi anglaise sur le vol stipule que

l'objet doit appartenir à une autre personne⁷. S'il s'avère qu'un négociant détient un tableau dérobé dans une collection privée, il sera en général assez facile de prouver qu'il appartient à quelqu'un d'autre. En principe, les musées possèdent des photographies et une description des objets qui y sont exposés. Les collectionneurs privés peuvent très bien avoir pris les mêmes précautions. Au contraire, si l'objet a été abandonné, le propriétaire a renoncé à tous ses droits sur l'objet qui n'appartient alors à personne, donc celui qui le découvre ne peut pas être coupable de vol. Toutefois, il est rare qu'un objet n'appartienne à personne. Par exemple, si une toile est dérobée dans un musée, puis jetée par le voleur dans sa fuite pour échapper à la police, elle n'est pas abandonnée : la toile appartient toujours au musée.

Il est plus complexe de déterminer qui est le propriétaire lorsque des objets anciens sont restés enterrés dans le sol pendant des centaines ou des milliers d'années. Sur ce point, la loi anglaise est très précise. Si les objets sont fixés ou enterrés dans le sol et font partie du sol, on présume qu'ils appartiennent au propriétaire ou à l'occupant du terrain⁸. D'après les directives, il existe un risque qu'une règle favorisant le propriétaire terrien encourage le découvreur à garder le secret sur ses découvertes. Cependant, en principe, la règle selon laquelle un découvreur allant sur le terrain d'une personne sans sa permission et détachant des objets (ou détachant des objets d'un bâtiment) n'a pas plus de droits que le propriétaire terrien, semble juste. La conséquence est que, si un découvreur conserve des articles qu'il a découverts, il est passible de poursuites pour vol.

Lorsqu'il s'agit d'un objet particulièrement important, il existe une exception à la règle selon laquelle une antiquité appartient au propriétaire terrien ou à l'occupant des lieux. Si l'objet est considéré comme un « trésor », on présume qu'il appartient à la nation, sauf si le gouvernement souhaite renoncer à tout intérêt. La *Treasure Act* 1996 (loi de 1996 sur les trésors) instaure un système élaboré encourageant les personnes qui découvrent des objets constituant un « trésor » à révéler leurs découvertes, afin d'éviter des poursuites pour défaut de déclaration, voire une inculpation pour vol. Si elles font leur déclaration, elles peuvent s'attendre à recevoir une récompense financière.

Malheureusement, tous les pays ne disposent pas d'une législation proposant des principes juridiques limpides par rapport au droit de propriété des objets enterrés. Lorsqu'une telle législation existe, investissant l'État d'un droit de propriété, on l'appelle souvent « loi



5. « 3,000 year old earrings returned to Iraq from US » (2010) *The Daily Telegraph* 22 août.

6. *Government of the Islamic Republic of Iran c/ The Barakat Galleries Ltd* [2007] *EWCA Civ* 1374 [2009] Q.B. 22, CA.

7. Art. 1(1) de la loi de 1968 sur le vol.

8. *Waverley B.C. c/ Fletcher* [1995] QB 334, CA ; *Elves c/ Brigg Gas Co* (1886) 33 Ch D 562 ; *South Staffordshire Water Co c/ Sharnan* [1896] 2 QB 44, DC ; *Parker c/ British Airways Board* [1982] QB 1004, CA.

patrimoniale ». Si un pays d'origine ne dispose pas de telles lois mais seulement d'un contrôle des exportations, il peut s'avérer impossible de poursuivre des complices pour recel d'objets volés, parce qu'il ne sera pas forcément évident de déterminer à qui les objets appartiennent.

Objets volés et malhonnêteté

En Angleterre, les éléments constitutifs de vol sont détaillés dans la *Theft Act 1968* (loi de 1968 sur le vol). L'accusé doit être malhonnête et doit avoir l'intention de dérober un objet appartenant à quelqu'un d'autre, avec le dessein d'en priver cette personne de manière permanente. La *Theft Act 1968* ne définit pas la malhonnêteté en tant que telle mais on peut trouver des indications dans la décision rendue dans l'affaire *R c/ Ghosh*⁹ par la *Court of appeal*. On a considéré qu'il revenait au ministère public d'établir que la conduite de l'accusé semblait malhonnête si on la soumettait à un test objectif : les normes des personnes ordinaires et honnêtes. Dans ce cas, il faut démontrer que l'accusé a dû réaliser que, d'après ces normes, ce qu'il faisait était malhonnête.

Lorsqu'une personne subtilisant un objet est prise en flagrant délit, il devrait être relativement facile de prouver qu'elle était malhonnête et qu'elle avait l'intention de priver le propriétaire de son bien. Bien que ce ne soit pas forcément le cas lorsqu'une personne prend un tableau ou un autre objet en signe de protestation politique, prévoyant de le retourner en fin de compte, il existe un délit spécifique couvrant cette situation¹⁰. Malgré tout, il reste extrêmement difficile de prouver qu'un négociant a agi de manière malhonnête, puisque les vendeurs ont agi dans un marché où l'on ne pose pas de questions¹¹. Si l'on accuse un vendeur de recel d'objets culturels volés, il dira qu'il ne savait rien. Il reconnaîtra parfois qu'il a été négligent de ne pas avoir posé de questions sur l'histoire d'un objet mais la négligence n'est pas la même chose que la malhonnêteté.

Les poursuites contre Tokeley-Parry

En Angleterre, il n'existe qu'une seule affaire dans laquelle des poursuites contre un négociant pour recel d'objets volés ont abouti¹². Il s'agissait de Jonathan Tokeley-Parry. Il était également restaurateur et avait eu l'idée de faire sortir d'Égypte en contrebande des antiquités en les recouvrant d'une fine pellicule de plastique et en les peignant de couleur dorée et d'autres couleurs, afin qu'elles ressemblent à des souvenirs pour touristes. Un complice a révélé les détails de ses activités et comme Tokeley-Parry avait consigné d'abondants renseignements dans des livres de comptes, l'accusation a pu établir qu'il avait agi de manière malhonnête. Les antiquités semblaient authentiques et étaient bien volées, puisque le droit égyptien a investi la nation du droit de propriété des antiquités.

Tokeley-Parry a travaillé avec un associé du nom de Schultz, qui était un éminent négociant aux États-Unis. Schultz avait financé une partie des activités de Tokeley-Parry et lui avait acheté des antiquités égyptiennes, y compris une sculpture de la tête d'Amenhotep

III. Il a été inculpé de conspiration pour avoir reçu des objets volés dans la décision *United States c/ Schultz*¹³. Le tribunal a reçu des preuves convaincantes que les antiquités avaient été volées : on a pu se rendre compte non seulement que la loi égyptienne investit la nation du droit de propriété, mais aussi que cette loi est bien appliquée. Bien que les poursuites échouent si un vendeur ne sait pas ou ne pense pas que les objets sont volés, le tribunal était prêt à reconnaître sa culpabilité sur la base de la connaissance présumée. Les contemporains de Schultz, auxquels il a eu affaire, étaient tout à fait au courant de la loi patrimoniale égyptienne. Schultz lui-même était expert en antiquités égyptiennes. Le tribunal a considéré que, si Schultz choisissait consciemment d'éviter de poser des questions, cela équivalait à dire qu'il savait. La condamnation de Schultz a soulevé une vive polémique. Les négociants s'inquiétaient qu'une simple négligence puisse suffire à entraîner une condamnation mais il est clair que, d'après la décision rendue dans l'affaire *Schultz*, il ne s'agissait pas d'un problème de négligence : l'accusé savait bel et bien qu'il agissait dans l'illégalité.

Aux États-Unis, relativement peu de poursuites de négociants ont abouti. Une raison pour laquelle les poursuites peuvent échouer est que, même si le vendeur a connaissance du droit interne d'un pays spécifique, il faut démontrer que la loi investit clairement la nation du droit de propriété sur les antiquités et que les antiquités en question ont été prélevées au départ à l'intérieur des frontières de ce pays. Les lois patrimoniales varient énormément d'un pays à l'autre et ne répondent pas toutes à ces exigences¹⁴.

2. Dealing in Cultural Objects (Offences) Act 2003 *Loi de 2003 sur [les délits concernant] les transactions relatives aux objets culturels*

En 2002, après avis de l'ITAP (*Illicit Trade Advisory Panel*), commission ministérielle de conseil sur le trafic



9. [1982] QB 1053, CA, 1064.

10. V. l'article 11 de la loi de 1968 sur le vol : c'est un délit de retirer sans autorisation légitime un objet qui a été mis à la disposition du public dans le cadre d'une collection. V. encore, H. Wine, « The Missing Goya : Section 11 of the Theft Act 1968 » (2001) VI (4) *Art Antiquity and Law* 301.

11. S. Mackenzie, « Dig a Bit Deeper : Law, Regulation and the Illicit Antiquities Market » (2005) 45 *Brit. J. Criminol.* 249. Cela semble également être le cas en France : v. L. Anglade, « The Portrait of Pastor Adrianus Tegularius by Franz Hals » (2003) VIII(1) *Art Antiquity and Law* 77, 83. V. encore, *De Martini c/ Williams* : T. correct. Nanterre 18^e ch., 6 juill. 2001.

12. *R. c/ Tokeley-Parry* [1999] *Crim LR* 578, CA.

13. 333 F.3d 393 (2d Cir. 2003). V. P. Gerstenblith, *United States c/ Schultz* : (2002) 10 *Culture Without Context*, sur < www.mcdonald.cam.ac.uk/projects/iarc/home.htm >.

14. V. *Peru c/ Jackson* 720 F. Supp. 810, 814 (C.D. Cal. 1989), affaire dans laquelle la législation nationale n'a pas fourni une déclaration de propriété suffisamment claire. De plus, il n'était pas certain que les antiquités soient péruviennes : v. R. Attwood, « Stealing History : Tomb Raiders, Smugglers and the Looting of the Ancient World », *St. Martin's Press* 2004, p. 88.

illicite, dirigée par le Professeur Norman Palmer, le gouvernement britannique a ratifié la convention de l'Unesco de 1970 sur les moyens d'interdire et d'empêcher l'importation et l'exportation illégales de biens culturels ainsi que le transfert illicite de leurs droits de propriété. Cette convention a encouragé les États signataires à protéger leurs propres biens culturels et à retourner ceux qui avaient été volés dans les musées d'un autre pays et qui étaient facilement identifiables dans l'inventaire des musées en question. L'ITAP a suggéré que les lois britanniques ne nécessitaient pas de modifications importantes avant d'accéder à la convention. Toutefois, l'ITAP a recommandé d'effectuer un changement pour réparer une omission en droit pénal. Le délit de recel d'objets volés ne couvre pas expressément l'importation de biens volés. Il a été suggéré qu'une nouvelle loi soit promulguée afin que l'importation de biens volés soit un délit.

La *Dealing in Cultural Objects (Offences) Act 2003* a tenu compte des recommandations de l'ITAP, ce qui est important et montre l'engagement du gouvernement britannique à combattre le trafic d'objets culturels. Cette loi considère comme un délit le commerce d'objets culturels (*sales*) présentant un intérêt historique, architectural ou archéologique ; par conséquent, elle ne s'applique pas aux œuvres d'art modernes. Elle s'applique aux objets enlevés illégalement ou excavés après 2003 mais n'est pas limitée aux objets volés. Cependant, elle pourrait n'avoir que peu d'effet en pratique, puisque le ministère public doit montrer non seulement que l'accusé savait ou croyait que l'objet avait été retiré ou excavé de manière illicite, mais aussi qu'il avait été malhonnête. Une consultation à grande échelle des négociants et autres parties concernées par le marché des objets culturels a été effectuée avant l'adoption du projet de loi¹⁵. Ces négociants étaient particulièrement inquiets de s'assurer qu'ils ne pouvaient pas être poursuivis s'ils avaient omis de se renseigner lorsqu'on pensait qu'ils auraient dû le faire. Le gouvernement britannique leur a assuré que cette nouvelle loi aurait peu d'impact sur leurs pratiques commerciales¹⁶. La *Dealing in Cultural Objects (Offences) Act 2003* et la législation générale traitant du recel d'objets volés ne seront utilisées que dans les cas où les faits sont très nets et il est peu probable que l'absence de questions posées sur l'histoire d'un objet suffise à prouver la malhonnêteté.

3. Blanchiment d'argent

Dans le passé, un grand nombre de transactions effectuées entre des négociants a concerné l'échange de grosses sommes en espèces contre des objets d'art ou des antiquités, sans que des questions aient été posées quant à l'histoire des objets¹⁷. Il serait difficile d'inculper quelqu'un de recel de biens volés sans autre preuve. Toutefois, les négociants sont beaucoup plus vulnérables face aux poursuites de blanchiment d'argent. Trois délits ont été créés par les articles 327 à 329 de la *Proceeds of Crime Act 2002* (loi de 2002 sur le produit du crime). Deux délits traitent des tractations concernant un objet représentant le produit d'un crime, crime : le cacher (ou le

stocker) et le transférer. Le troisième délit concerne les personnes agissant comme mandataires, tels que les avocats, qui n'ont pas de contrôle direct sur le bien¹⁸. Si une personne adopte la même technique que Tokeley-Parry et cache un objet volé en le recouvrant de plastique et en le peignant, elle a beaucoup plus de chances d'être inculpée pour blanchiment d'argent. Il est facile de poursuivre pour ce délit, parce qu'il suffit que le ministère public démontre que l'accusé suspectait que l'objet était le produit d'un délit, tel que le vol. Il n'est pas nécessaire de prouver qu'objectivement l'accusé était malhonnête. Malgré tout, la législation interne d'un pays reste importante : il sera toujours impératif de montrer que l'objet était volé ou représentait directement ou indirectement le produit criminel de quelque autre délit.

Les dispositions concernant le blanchiment d'argent ont changé la manière de travailler des négociants et commissaires-priseurs dans le domaine de l'art. Il existe dorénavant une pression incitant à révéler des informations¹⁹. Tous les négociants et commissaires-priseurs ayant affaire à des objets de grande valeur²⁰ commettent un délit s'ils ne déclarent pas toute transaction douteuse à la *Serious Organised Crime Agency* (agence de lutte contre le crime organisé) lorsqu'ils savent ou ont des raisons légitimes de suspecter qu'une autre personne blanchit de l'argent²¹.

La réglementation de 2007 sur le blanchiment d'argent ajoute à cette charge en leur demandant d'agir avec diligence dans leurs transactions, dans la vérification de l'identité des vendeurs et le contrôle de la propriété de l'objet²². S'il existe des circonstances suspectes, ils doivent se renseigner davantage ; ils ne peuvent pas prendre le risque de commettre un délit passible de



15. S. Mackenzie et P. Green, « Performative regulation : a case study of how powerful people avoid criminal labels » (2008) *Brit. J. Criminol.* 138.

16. « Dealing in Tainted Cultural Objects – Guidance on the Dealing in Cultural Objects (Offences) Act 2003 », *Department of Culture, Media and Sport* 2004, p. 1.

17. *Kurtha c/ Marks* [2008] *EWHC* 336.

18. V. la condamnation d'Anthony Blok en 2009 à la *Crown Court* de Croydon pour des activités de blanchiment d'argent en rapport avec le vol par un client de la toile *Girls on the Beach* de Sir William Orpen.

19. L'accusé est inculpé d'un délit de blanchiment d'argent, il possède une défense complète s'il peut démontrer qu'il a signalé la situation à un *internal money laundering reporting officer* (agent de signalement du blanchiment d'argent interne) ou à la *Serious Organised Crime Agency* (agence de lutte contre le crime organisé).

20. Tous ceux dont l'entreprise effectue des transactions comprenant la réception d'un total d'au moins 15 000 euros en espèces sont concernés : loi de 2002 sur le produit du crime : *Ann.* 9, part. 1, (1)(q).

21. Art. 30 et 31 de la loi de 2002 sur le produit du crime.

22. La définition de négociants de « grande valeur » se trouve dans le *Money Laundering Regulations 2007* (réglementation de 2007 sur le blanchiment d'argent) (SI 2007/2157), reg. 3(12). Il s'agit de la même que celle fournie par la loi de 2002 sur les produits du crime (note 20 ci-dessus). On peut également trouver la condition selon laquelle les négociants et commissaires-priseurs devraient établir des procédures d'identification et de vérification dans le code déontologique de ceux-ci (*CoPat Codes*).

poursuites pénales. Par exemple, le *Children Under a Palm Tree* de Winslow Homer a été proposé à la vente par Sotheby's en 2009²³, toutefois, la salle des ventes a retiré le tableau de la vente, une fois qu'il s'est avéré que celui-ci avait peut-être été volé et jeté dans une benne à ordures avant qu'on le retrouve.

Autrefois, le monde de l'art se targuait de fournir un service confidentiel à ses clients. Mais la confidentialité pouvait servir à masquer la criminalité²⁴, des objets d'art volés passant d'un vendeur à un autre ou étant achetés avec de l'argent provenant d'autres types d'activités illégales. À présent, les dispositions concernant le blanchiment d'argent incitent fortement les commerçants et les commissaires-priseurs à garder leurs distances avec leurs clients. Ces mesures vont miner graduellement les relations étroites existant entre les négociants mais aideront à combattre le commerce d'objets volés.

4. Une loi plus draconienne ?

On pourrait soutenir que la législation sur le blanchiment d'argent n'est pas assez sévère : un négociant en possession d'un objet volé devrait avoir l'obligation de s'expliquer. C'est la conséquence de l'application de l'Iraq (*United Nations Sanctions*) Order 2003²⁵ (amendement des Nations Unies de 2003 sur les sanctions en Irak), par exemple, qui s'applique à tous les propriétaires d'objets exportés illégalement d'Irak après août 1990. Toutefois, le problème par rapport au fait qu'il incombe à l'accusé de démontrer son état d'esprit est que l'article 6(2) de la *Human Rights Act* 1998 (loi de 1998 sur les droits de l'Homme), qui tient compte de la convention européenne de 1950 sur les droits de l'Homme, stipule que toute personne inculpée d'un délit pénal est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle soit déclarée coupable. Si une personne est accusée d'un délit d'après cette résolution, elle peut soutenir que la loi est incompatible avec la convention. Cet argument peut échouer car une interférence avec la charge de la preuve est tolérée²⁶ dans une procédure pénale. De plus, un tribunal dispose du pouvoir d'interpréter la loi à la lumière de la convention et de décider que l'accusation doit prouver tous les éléments clés, y compris apporter la preuve que l'accusé savait qu'il négociait un objet soustrait illégalement en Irak. Tout ce qu'il aurait à faire serait de présenter des éléments confirmant que, selon toute probabilité, il n'était pas au courant des circonstances²⁷. Même alors, le fait que la législation n'a pas été mise à l'épreuve et pourrait donner lieu à des recours pourrait décourager les procureurs d'inculper quelqu'un d'après ses dispositions. Il est beaucoup plus facile pour un procureur de faire appel à des lois qui lui sont familières, telles que la législation sur le blanchiment d'argent.

Conclusion

Trouver des méthodes adaptées pour s'attaquer au commerce d'objets volés de manière efficace relève du défi. Un marché des objets culturels prospère a des effets positifs en ce qu'il stimule l'intérêt pour la culture nationale et internationale. Il est important de s'assurer que

toute mesure prise pour contrecarrer le commerce illégal des objets culturels est proportionnée et n'a pas simplement pour conséquence de porter atteinte à ce marché.

Le droit civil et le droit pénal peuvent tous deux servir à combattre ce trafic. Étant donné qu'il peut être difficile de localiser et d'identifier un objet volé, plus on dispose d'informations, particulièrement par l'intermédiaire de banques de données informatiques, mieux c'est. Toutefois, j'affirme que les dispositions concernant le blanchiment d'argent sont particulièrement importantes et utiles, parce qu'elles changent la manière dont les professionnels, y compris les négociants et les salles de vente, effectuent leurs transactions. Elles les poussent à poser des questions et à signaler tout élément suspect à la *Serious Organised Crime Agency*, afin de prévenir un délit. Ces professionnels deviennent des détectives non rémunérés dans le combat contre la criminalité.

Il existe un risque que le public considère les personnes faisant le commerce de faux ou d'objets volés dans le domaine de l'art comme des personnages romanesques, comme des aventuriers plutôt que des criminels ordinaires. Il s'agit d'un point de vue passéiste. À présent, on doit reconnaître que de nombreux vols d'œuvres d'art ou pillages organisés dans des pays tels que l'Irak sont sous le contrôle de réseaux criminels importants. Il s'agit d'une activité entrepreneuriale internationale. Le vol d'un objet culturel prive non seulement le public d'information et de plaisir mais en outre les bénéfices réalisés servent souvent à financer d'autres activités, telles que le trafic de drogue ou d'armes²⁸. Compte tenu du fait qu'il s'agit d'un commerce international, tous les pays doivent collaborer et s'entraider en échangeant renseignements et assistance.

23. V. « Sotheby's Halts Auction of their "Stolen" Painting from Fly Tip » (2009) *London Evening Standard* 22 mai.

24. *Radmaninoff c/ Sotheby's and Eva Teranyi* [2005] EWHC 258, at [35] per Michael Tugendhat J.

25. Cette ordonnance a mis en œuvre la résolution 1483 du conseil de sécurité des Nations Unies dans la législation britannique.

26. *Salabiaku c/ France* (1988) 13 EHRR 379.

27. *R. c/ Lambert* [2002] 2 AC 545, HL at [37].

28. On pense que les tableaux volés au Musée d'art moderne de Paris en mai 2010 seront échangés contre de la drogue et des armes par la pègre : C. Bremner, « Pink Panther' lopes off with 85m of top art tucked under his arm » (2010) *The Times* 21 mai.

Le « business » de l'art

La spoliation, face noire du business de l'art

ISABELLE WEKSTEIN

AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

Le sujet lui-même présente une contradiction. En effet, le terme spoliation désigne le pillage et la confiscation de biens culturels (de manière illégitime, sans contrepartie ou en échange d'une contrepartie dérisoire) alors que le business de l'art fait référence à l'achat et la revente de ces mêmes biens (dans un contexte de légalité). Dans ces conditions, l'interaction entre spoliation et business de l'art ne paraît pas évidente. Toutefois, pour diverses raisons, les biens spoliés se retrouvent le plus souvent sur le marché et font l'objet de transactions atteignant bien souvent des montants très substantiels. C'est pourquoi cet article, tiré d'un exposé oral présenté lors du colloque de l'AJFB du 17 septembre 2010, sera centré sur la circulation au sens large des œuvres d'art spoliées (en y incluant la restitution et l'indemnisation des propriétaires d'œuvres).

La spoliation a concerné toute une série d'individus, de cultures ou de peuples à travers l'histoire. À la diversité des victimes s'ajoute d'ailleurs la diversité des auteurs : simples particuliers, organisations criminelles¹ ou encore États. Les vols d'antiquités grecques ou encore les pilleurs de sites égyptiens ou italiens viennent bien sûr immédiatement à l'esprit. Parmi les scandales plus récents de spoliation, l'on peut citer le pillage du muséum national d'Irak à la suite de l'invasion américaine en 2003, au cours duquel des milliers d'objets d'art auraient été volés. L'armée américaine a été vivement critiquée par certains qui estiment qu'elle aurait ignoré de multiples avertissements sur le risque de pillages².

Toutefois, malgré la diversité de l'histoire et l'importance du phénomène de spoliation des biens culturels à travers le monde, le terme de « spoliation » se rapporte le plus souvent spécifiquement à la spoliation des biens juifs par les nazis. Comme chacun le sait, le pillage artistique perpétré par les nazis n'était pas le fruit du hasard ou une simple conséquence de la guerre. Il relevait, au contraire d'une intention, longuement mûrie et préparée, constitutive et fondatrice de l'expansionnisme nazi, ce qui explique en partie son ampleur immense, comme le souligne justement le rapport de la Mission Mattéoli sur le pillage de l'art en France pendant l'Occupation.

I. Points d'interaction entre spoliation et marché de l'art

En principe, seule une partie de ce qui est spolié peut se retrouver sur le marché de l'art. Il convient de distinguer à ce titre la spoliation dite organisée qui n'intéresse pas le marché de l'art, de la spoliation « désorganisée ».

A. Spoliation organisée

On entendra par spoliation organisée une spoliation de biens culturels qui ne permet normalement pas la mise en place d'un véritable commerce et d'une circulation des œuvres. On rappellera par exemple que lors de la campagne d'Italie en 1796, un nombre considérable d'œuvres d'art avait été saisi et transféré en France afin de nourrir les collections du tout nouveau musée du Louvre inauguré en 1793³. On a même avancé les chiffres de 50 chars tirés par plus de 700 bœufs emportant plus de 300 tonnes d'objets⁴.

Le pillage organisé par les nazis en France au cours de la seconde guerre mondiale en est un autre exemple. Celui-ci s'est organisé autour de la mise en place par Hitler en septembre 1940 de l'ERR (*Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg*, d'après le nom du théoricien nazi Alfred Rosenberg), une organisation chargée des confiscations d'œuvres d'art, qui avait des antennes à l'étranger. Les pillages organisés par l'ERR ont duré quatre ans et

1. Bien qu'il soit difficile de pouvoir se référer à des statistiques sur la question, il est souvent indiqué que le trafic d'œuvres d'art volées serait devenu la troisième activité criminelle la plus rentable dans le monde, derrière le trafic de drogues et le trafic d'armes.

2. V. par exemple l'article intitulé « US army was told to protect looted museum » de P. Martin, E. Vulliamy et G. Hinsliff, publié le 20 avr. 2003 au *Guardian* et consultable à l'adresse suivante : < <http://www.guardian.co.uk/world/2003/apr/20/internationaleducationnews.iraq> >.

3. V. par exemple un article du magazine *Historia* du 1 nov. 2004 : < <http://www.historia.fr/content/recherche/article?id=15688> >.

4. V. l'art. d'I. Falconnier intitulé « Le désastre du pillage des antiquités » paru le 27 janv. 2010 dans le magazine suisse *L'Hebdo* : < http://www.hebdo.ch/le_desastre_du_pillage_des_antiquites_42827_.html >.

donné lieu à la rédaction de listes censées répertorier scrupuleusement les objets saisis. Les recherches après la guerre ont néanmoins révélé que les chiffres figurant sur les listes des nazis étaient sous-évalués par rapport à l'ampleur réelle des spoliations⁵.

Dans le cas de ce type de spoliations dites « organisées », il ne peut, en principe, exister de circulation des œuvres d'art et donc de marché. Toute différente est la situation dans les autres cas.

B. Spoliations ayant entraîné une circulation des œuvres sur le marché de l'art

Comme chacun le sait, bien souvent, les œuvres pillées sur divers sites font ensuite l'objet de ventes à des collectionneurs ou au plus offrant, et les œuvres circulent ensuite au gré des propositions des uns et des autres au fil du temps. C'est ici que se trouve véritablement la face noire du business de l'art.

Mais le marché, et donc cette face noire, a pu se développer aussi dans des cas où on ne l'attendait pas.

Pour le cas de la seconde guerre mondiale, il convient ainsi de relever le rôle de l'aryanisation, un maillon essentiel de l'entreprise d'éradication des Juifs et de « l'influence juive » dans tous les secteurs de l'économie et de la société. L'aryanisation était en soi une mesure de spoliation (puisqu'elle a abouti à une interdiction d'exercer une activité de marchand d'art notamment) qui a commencé avant la confiscation des biens (œuvres d'art et meubles). Comme l'indique le rapport de la Mission Mattéoli sur le pillage de l'art en France pendant l'Occupation, les mesures spoliatrices prises dans le cadre de l'aryanisation consistaient à injecter immédiatement dans le marché les biens spoliés, par cession directe à des particuliers ou par vente publique (le rapport donne pour exemple celui de l'administrateur provisoire de la galerie Asher, spécialisée en objets d'antiquité, qui a réalisé le stock par la vente de quelques pièces importantes à des marchands et en en dispersant le reste en ventes publiques). L'aryanisation n'a toutefois pas véritablement atteint le marché de l'art proprement dit car lorsqu'elle fut engagée, les acteurs juifs du marché de l'art avaient souvent déjà quitté la France ou mis leurs activités en sommeil. L'aryanisation a néanmoins eu un rôle dans le déplacement du marché de l'art vers l'Amérique du Nord.

Par ailleurs, pendant la seconde guerre mondiale, bon nombre d'œuvres spoliées ont en fait circulé sur le marché pour plusieurs raisons⁶ dont :

- un grand nombre de vols,
- la compétition à laquelle se livraient certains hauts dirigeants nazis pour amasser le plus d'œuvres possibles,
- le système de troc généré par les confiscations d'œuvres d'art dit « dégénéré »⁷ : ces dernières, qui ne pouvaient entrer en Allemagne, étaient échangées contre de l'art accepté par les nazis, ce qui permettait ensuite d'injecter les œuvres d'art dit « dégénéré » dans le circuit à partir des territoires envahis par les nazis.

Tout ceci met en lumière le fait que marché et spoliation sont souvent amenés à se rencontrer. La

recherche de gains financiers, par tous moyens, des pilliers ou voleurs, conjuguée au peu de scrupules de certains collectionneurs quant à la provenance des œuvres d'art ont toujours contribué à alimenter le marché de l'art. Mais l'ampleur des crimes les plus récents (comme la spoliation des biens juifs durant la seconde guerre mondiale) a éveillé l'opinion sur la nécessité de combattre le fléau. Quel état des lieux peut-on dresser aujourd'hui ?

II. Situation actuelle de la spoliation et du business de l'art : vers le développement de l'obligation professionnelle de traçabilité par opposition à une recherche centrée sur l'authenticité de l'œuvre ?

La situation actuelle est contrastée. De multiples obstacles se dressent à l'éradication de cette face noire du marché de l'art mais l'on constate une évolution des consciences – aussi lente soit-elle – qui n'est malgré tout pas suffisante au vu de l'inefficacité des instruments de protection actuellement disponibles.

A. La lente évolution des consciences

Pendant longtemps, les acteurs du marché de l'art se sont plus souciés de la recherche de l'authenticité de l'œuvre que de la question de savoir d'où provenait cette œuvre. Il n'y avait ni véritable réflexion ni recherches poussées sur la traçabilité de l'œuvre. C'est une des raisons, parmi d'autres, pour lesquelles les biens spoliés ont pu circuler sur le marché impunément et relativement aisément.

Pour prendre un exemple concret, la presse s'était faite l'écho il y a une dizaine d'années du cas d'une œuvre intitulée *Portrait du pasteur Adrianus Tegularius* de Frans Hals, pour laquelle une mention particulièrement notable était présente dans le catalogue raisonné du peintre : « Collection Schloss. Volée par les nazis ». Cette peinture serait pourtant passée quatre fois dans les



5. Pour en savoir plus sur les cibles du pillage artistique, l'ampleur de la spoliation (16 872 références consignées par l'ERR en France), les lieux de la spoliation, ou encore les périodes du pillage, l'auteur invite à se reporter au rapport de la Mission Mattéoli (Mission d'étude sur la spoliation des Juifs de France mise en place en 1997) sur le pillage de l'art en France pendant l'Occupation, *La documentation Française* 2000 : <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004001389/0000.pdf>>.

6. V. notamment l'article de Thomas R. Kline intitulé « Resolving Stolen Art Theft Claims » et paru dans le *Congress Monthly*, Vol. 66, 6.

7. V. la fameuse exposition de Munich de 1937 sur l'art dégénéré – ce terme renvoyant bien sûr aux juifs mais aussi à presque tout art contemporain ou moderne : impressionnisme, expressionnisme, dadaïsme, fauvisme, cubisme...

salles de vente de Christie's et Sotheby's⁸... ce qui révélait un certain laxisme au sujet de la provenance des œuvres au sein de plusieurs acteurs du marché.

Ce tableau a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation qui a été rendu le 4 juin 1998⁹. L'affaire a débuté lorsque l'ayant droit de la célèbre collection Schloss a reconnu cette toile lors d'une exposition organisée à Paris sur le stand d'une société américaine. Une plainte auprès du procureur de la République a alors été déposée puis une information pour recel de vol a été ouverte à l'encontre du dirigeant de la galerie américaine en cause. Le juge d'instruction a néanmoins rendu une ordonnance de non-lieu, considérant que la mauvaise foi n'était pas caractérisée. Cette décision était confirmée par la chambre d'accusation en appel. La Cour de cassation a cassé l'arrêt en fustigeant la chambre d'accusation pour n'avoir pas répondu aux articulations essentielles des mémoires des parties civiles ni aux réquisitions du ministère public, lesquels se référaient à la connaissance par la personne mise en examen du vol de la toile litigieuse. La Cour de cassation a pris le soin, dans cet arrêt, de mentionner dans son attendu que : (i) la collection avait une réputation mondiale que le marché de l'art ne pouvait ignorer ; (ii) plusieurs ouvrages de référence mentionnaient la toile litigieuse comme faisant partie des œuvres spoliées ; et (iii) le mis en examen était un spécialiste des maîtres flamands du XVII^e qui dirigeait l'une des plus prestigieuses galeries d'art aux États-Unis !

En d'autres termes, une condamnation en règle de la politique de l'autruche par la Cour¹⁰.

Les consciences commencent tout de même à évoluer, et ce, que ce soit au niveau des propriétaires des œuvres concernées ou au niveau des acteurs du marché.

La presse se fait ainsi de plus en plus l'écho d'importantes affaires de restitution comme celle récente de la restitution par la ville de Linz, d'œuvres de Klimt qui appartenaient à la famille Munk avant la guerre et qui avaient été spoliées par les nazis. Ces peintures étaient devenues la propriété du musée de Lentos à Linz¹¹. Parmi ces peintures restituées, l'œuvre *Portrait de Ria Munk III* s'est vendue à plus de 27 millions de dollars en juin par Christie's¹².

Fait intéressant : les grands acteurs du marché ont souvent un intérêt à ce que des recherches de provenance poussées soient effectuées car les héritiers des victimes souhaitent bien souvent que les œuvres en question fassent l'objet de ventes aux enchères et non de restitutions en main propre.

Les propriétaires ont eux aussi un intérêt bien compris à trouver des arrangements : celui d'éviter de longues procédures coûteuses. La toute récente transaction dans le dossier concernant le *Portrait de Wally* d'Egon Schiele, qui faisait partie de la collection du musée Léopold de Vienne¹³, en fournit un très bon exemple. L'affaire a commencé lorsque le tableau a été prêté à MoMA new-yorkais et saisi par les autorités américaines. Ce qui est intéressant ici, c'est qu'après une dizaine d'années de batailles judiciaires et juste avant que ne se tienne finalement le procès à proprement parler entre le gouvernement américain et la succession de la

victime de la spoliation d'une part, le musée Léopold d'autre part, l'affaire a été transigée sur les bases suivantes : la succession accepte de retirer ses demandes en échange de 19 millions de dollars, d'une exposition temporaire du tableau au *Museum of Jewish Heritage à New York*, et de la présence d'inscriptions au sujet de la famille spoliée en accompagnement de la peinture dans de futures expositions.

Cette affaire met également bien en lumière l'importance du contenu des lois nationales car l'attitude du musée Léopold était en partie due au fait que la loi autrichienne sur les restitutions ne s'imposait qu'aux musées fédéraux et non aux musées privés ; or, le musée Léopold était privé...

Toutefois, pour rendre justice à l'Autriche, on indiquera que ce pays a adopté une loi de restitution, dès 1998, imposant notamment à tous ses musées nationaux de rechercher la provenance des œuvres inscrites à leur inventaire. Cette loi a même été améliorée en 2009 puisqu'elle concerne désormais à la fois les œuvres pour lesquelles les nazis n'avaient offert aucune « indemnisation » lors de la spoliation (cas prévu dès l'adoption de la loi en 1998) et les cas où il y avait eu une sorte d'« indemnisation » (là se situe la nouveauté : dans ce cas, les héritiers peuvent obtenir la restitution en remboursant à l'État autrichien l'équivalent actualisé de cette « indemnisation »).

L'importance du contenu des lois nationales se retrouve également dans le cas, rapporté par la presse en 2005, du *British Museum* qui mettait en avant son obligation morale de restituer des peintures volées par les nazis à une famille juive tchèque dénommée Feldmann, mais qui ne pouvait procéder à la restitution car le *British Museum Act* de 1963 ne permettait pas au dit musée de se séparer de la plupart des objets figurant dans



8. V. l'article de V. Noce paru dans *Libération* sous le titre « Juifs spoliés : un galeriste à la barre », 8 nov. 2000, consultable à l'adresse suivante : < <http://www.liberation.fr/culture/0101352751-juifs-spolies-un-galeriste-a-la-barre> >.

9. Cass. crim., 4 juin 1998, pourvoi n° 96-85871.

10. Ceci illustre d'ailleurs bien que la question essentielle tourne autour de la notion de bonne foi. Plusieurs systèmes juridiques, selon les pays concernés, s'opposent. Selon que l'on protège le possesseur de bonne foi ou non, la solution sera bien différente. Dans notre système juridique français par exemple, l'article 2276 du Code civil institue une présomption de propriété au profit du possesseur de bonne foi. Plus l'objet va circuler et plus celui qui est au bout de la chaîne sera considéré comme étant de bonne foi.

11. V. par exemple l'article du 28 mai 2010 de S. Reyburn et C. Hickley pour *Bloomberg*, intitulé « Klimt Portrait May Fetch \$ 26.1 Million for Nazi Victim's Heirs » : < <http://www.bloomberg.com/news/2010-05-28/klimt-portrait-may-fetch-26-1-million-for-nazi-victim-s-heirs.html> >.

12. Chiffre publié sur le site de Christie's : < <http://www.christies.com/features/2010-june-klimt-frauenbildnis-848-3.aspx> >.

13. V. par exemple l'article de D. d'Arcy publié le 28 juill. 2010 par l'*Art Newspaper*, intitulé « Schiele's "Wally" handed over to Leopold Foundation – in a Queens warehouse » : < <http://www.theartnewspaper.com/articles/Schiele-s-Wally-handed-over-to-Leopold-Foundation-in-a-Queens-warehouse/21285> >.

ses collections, et notamment les peintures Feldmann¹⁴. Mais ici encore, les choses ont évolué, et la presse s'était ainsi faite l'écho d'un changement de législation en Angleterre et en Écosse permettant désormais aux institutions nationales de restituer de l'art spolié par les nazis¹⁵.

Prise de conscience des grands acteurs du marché, des propriétaires, des musées, des États ? Le tableau dressé est en fait un peu trop rose pour être vrai. En réalité, les exemples donnés ci-dessus sont encore beaucoup trop isolés et la situation est loin d'être réglée, notamment en raison du contenu des diverses législations nationales (dont on a rapidement évoqué l'importance) et de l'absence d'instruments efficaces au niveau international.

B. L'inefficacité des textes sur les restitutions

On ne mentionnera ici que quelques textes et de manière très sommaire ; l'idée étant d'illustrer les tendances que l'on peut essayer de dégager.

Dès 1970, un premier élan est donné avec une convention de l'Unesco concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels. Cette convention impose aux États parties de protéger les biens culturels et énonce certains principes de protection, en particulier contre le vol et le pillage. Cette convention n'était néanmoins qu'un premier pas dans la mesure où c'est un instrument de droit public imposant essentiellement des obligations aux États contractants.

Une convention Unidroit va ensuite être adoptée le 24 juin 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés. Celle-ci présente l'avantage de prévoir des dispositions de droit privé et d'harmoniser le règlement du problème de la possession et particulièrement de la possession de bonne foi. On retiendra notamment que, selon cette convention, « le possesseur d'un bien culturel volé doit le restituer » (art. 3 § 1) et que la restitution est automatique même en cas d'acquisition de bonne foi. Cependant, seuls trente États sont parties à la convention Unidroit. Des pays comme les États-Unis, l'Allemagne ou le Royaume-Uni manquent à l'appel, tout comme la France ou la Russie qui ont signé cette convention mais ne l'ont pas ratifiée.

Autant dire qu'au niveau international, les instruments juridiques ne permettent pas de lutter assez efficacement contre le trafic d'œuvres d'art volées.

Parallèlement à cela, on assiste tout de même au développement de règles professionnelles concernant la traçabilité sur le marché de l'art.

La convention de l'Unesco de 1970 a eu un impact significatif sur la vie des musées. Le Conseil international des musées (ICOM) a ainsi adopté en 1986 un code de déontologie interdisant aux musées d'acquérir, d'authentifier ou d'exposer des biens culturels qui ont été volés ou illicitement exportés. À la suite de l'adoption de ce code, plusieurs musées ont adopté leurs propres codes d'éthique.

De manière similaire, la convention de l'Unesco de 1970 a inspiré l'adoption d'un code international de déontologie pour les négociants en biens culturels (présenté officiellement au siège de l'Unesco en 2000). En France, le Syndicat national des antiquaires (SNA) a adopté des règles de la profession d'antiquaire et de négociant en œuvres d'art originales. Celles-ci prévoient par exemple que l'antiquaire ou le négociant d'œuvres d'art originales est tenu de s'assurer de l'origine des objets ou œuvres achetés, ainsi que de l'identité de leur propriétaire ou de leur vendeur, ou encore que l'identité des vendeurs doit être inscrite sur le livre de police que doit tenir l'antiquaire. Le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques a également élaboré en 2004 à l'attention des professionnels, un « guide pratique des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques » rappelant les principales règles législatives, réglementaires ou jurisprudentielles qui s'appliquent aux sociétés de ventes volontaires et aux experts agréés par le Conseil et formulant des recommandations destinées à assurer la pleine application de ces règles¹⁶.

Tous ces points mettent en avant des efforts réalisés à divers niveaux pour améliorer la situation. Mais à y regarder de plus près, ce ne sont que des avancées finalement assez limitées. Combien de pays appliquent la convention Unidroit aujourd'hui ? Le musée national d'Irak est-il intact ? Combien de propriétaires restituent réellement les œuvres d'art spoliées en leur possession ?

La réalité le rappelle : les spoliations et autres pillages continuent et les œuvres spoliées continuent à s'écouler. Sans harmonisation internationale réelle et sans effort globalisé dépassant les déclarations d'intention, les avancées réalisées, aussi louables soient-elles, ne pourront permettre de faire reculer la face noire du business de l'art.



14. V. par exemple l'article paru sur *BBC News* le 27 mai 2005, intitulé « Law blocks return of looted art » : < <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/4587291.stm> >.

15. V. par exemple l'article paru sur *BBC News* le 13 nov. 2009, intitulé « UK museums can return looted art » : < http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/arts_and_culture/8358902.stm >.

16. Le Conseil des ventes volontaires précise sur son site (< <http://www.conseilventes.fr> >) que ces recommandations tiennent compte des changements apportés par la loi du 10 juill. 2000 ainsi que des évolutions du marché de l'art, qu'elles s'appuient sur les usages constants et loyaux de la profession de commissaire-priseur et de la profession d'expert, et qu'elles s'inspirent des « codes » adoptés par ces professions. Ce document indique notamment que les sociétés de vente volontaires (SVV) ont tout intérêt à s'assurer de l'origine des objets qu'elles mettent en vente et des droits des vendeurs sur ces objets afin que leur responsabilité civile ne puisse ultérieurement être engagée. Il explique également que la vérification de l'identité du vendeur devrait être systématique. Concernant les biens spoliés pendant l'Occupation, le guide prévoit que les SVV se doivent, pour des raisons autant juridiques que déontologiques, d'être particulièrement vigilantes afin que des biens provenant de spoliations ne soient pas vendus par leur intermédiaire. Le guide indique également que lorsqu'un bien spolié a été identifié, il incombera à la SVV de refuser de mettre en vente le bien ou de le retirer de la vente.

La situation actuelle correspond donc plutôt à un échec. On est encore loin de pouvoir prétendre avoir enrayer la circulation de biens spoliés, volés ou pillés sur le marché de l'art. L'absence d'harmonisation des différents systèmes juridiques, les problèmes d'administration de la preuve¹⁷ ou encore les transferts successifs des biens¹⁸ rendent les choses complexes.

Le développement des obligations professionnelles à la charge des différents acteurs du marché de l'art et la conscience grandissante de la majorité des acteurs quant à ce fléau permettent néanmoins d'entrevoir un espoir. Les avancées récemment constatées doivent être encouragées et suivies d'effet.



17. Pour prendre un exemple concret, dans le cas des biens spoliés pendant la seconde guerre mondiale, plus le temps passe, plus les preuves ou les témoins disparaissent.

18. Rappelons à ce sujet que les législations nationales envisagent différemment la question du possesseur de bonne foi.

Le « business » de l'art

Le droit de suite

TRISTAN AZZI

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS DESCARTES (PARIS V)

L'Association des juristes franco-britanniques est, en un sens, le cadre idéal pour évoquer la question du droit de suite. Les antagonismes entre la France et la Grande-Bretagne sont, en effet, très forts en la matière. À tel point qu'il n'est pas exagéré de dire qu'il y a longtemps eu là un authentique sujet de discorde entre nos deux pays.

Créé en France grâce à la loi du 20 mai 1920, le droit de suite s'exerce dans le domaine des arts graphiques et plastiques : peinture, dessin, gravure, sculpture, photographie, etc.¹ Il permet à l'artiste, puis à ses héritiers pendant les soixante-dix années qui suivent son décès, de percevoir une rémunération chaque fois que l'œuvre, ou plus exactement son support, fait l'objet d'une vente lors de laquelle intervient un professionnel du marché de l'art, tel qu'un commissaire-priseur, une maison de vente volontaire ou une galerie². Cette rémunération est calculée en fonction de la valeur de l'œuvre, selon un taux qui décroît à mesure que celle-ci augmente. Actuellement comprise entre 4 % et 0,25 % du prix de vente, elle est, en outre, plafonnée à 12 500 euros.

La raison d'être du droit de suite est simple. Dans les autres branches de la création – littérature, musique, cinéma, etc. –, les rémunérations de l'auteur proviennent essentiellement des reproductions et des représentations publiques de l'œuvre. Dans le domaine des beaux-arts, reproduction et représentation sont, en revanche, des formes d'exploitation marginales. Un peintre, par exemple, vit principalement de la vente de ses toiles. Or, souvent, la notoriété vient tardivement et de façon progressive, parfois même après la mort de l'artiste : un tableau qu'il vend à bas prix en début de carrière a de fortes chances d'être revendu pour un montant nettement plus élevé plusieurs années après. C'est pourquoi il a semblé équitable au législateur d'associer financièrement l'auteur et ses héritiers aux aliénations successives de l'œuvre. Le droit de suite n'est donc ni une taxe ni une charge sociale. Tout comme les droits de reproduction et de représentation, il s'agit bien d'un attribut patrimonial du droit d'auteur³.

À l'image de la France, plusieurs pays européens ont spontanément intégré le droit de suite dans leur législation⁴. D'autres, comme le Royaume-Uni, s'y sont au

contraire longtemps refusés, au motif que cette prérogative freinerait le développement du marché de l'art. Pareille divergence faussait le jeu de la concurrence au sein de l'Union européenne. Afin d'y mettre un terme, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive du 27 septembre 2001 « relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale »⁵.



1. Sont concernées, selon l'article L. 122-8 al. 2 du CPI, « les œuvres créées par l'artiste lui-même et les exemplaires exécutés en quantité par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité », v. l'article R. 122-3 du CPI pour plus de précisions. Mais le droit de suite ne s'applique pas aux manuscrits, ce qui a pu être critiqué, F. Pollaud-Dulian, La directive CE du 27 septembre 2001 relative au droit de suite : *JCP G* 2002, actu. 148, n° 2.1. Quant aux tirages posthumes – par exemple des bronzes réalisés après la mort de l'artiste –, ils ne sont pas, à proprement parler, exécutés sous la « responsabilité » de ce dernier, de sorte qu'ils ne devraient pas donner prise au droit de suite, en ce sens, F. Pollaud-Dulian, L'aggiornamento communautaire du droit de suite : *Comm. com. électr.* 2006, étude 35, n° 10.

2. La première cession opérée directement par l'auteur ou par ses ayants droit n'est cependant pas soumise au droit de suite (CPI, art. L. 122-8 al. 1^{er}).

3. Le droit de suite accuse tout de même un net particularisme par rapport aux autres droits patrimoniaux. Ainsi, les droits de reproduction et de représentation s'appliquent à l'occasion d'actes d'exploitation de l'œuvre, chose incorporelle, tandis que le droit de suite s'exerce lors de la vente du support matériel qui accueille celle-ci. Les premiers sont des droits exclusifs qui permettent d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de l'œuvre, alors que le second n'est qu'un droit à rémunération. Par ailleurs, la mise en œuvre des droits de reproduction et de représentation relève de la seule initiative de leur titulaire. Le jeu du droit de suite, en revanche, ne dépend pas du titulaire du droit d'auteur, mais du propriétaire du support de l'œuvre qui peut décider de mettre celui-ci en vente. Enfin, le droit de suite est inaliénable et ne peut être légué par testament, contrairement aux autres droits patrimoniaux qui sont, quant à eux, disponibles (*infra* II, B). Sur ces questions et, plus généralement, sur la nature du droit de suite, v. O. Pignatari, *Le support en droit d'auteur*, thèse Poitiers 2009, dir. P. Gaudrat, n° 464 *sq.*

4. Notamment l'Allemagne, la Belgique, l'Italie et le Portugal : C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^e éd., 1999, n° 209 en note.

5. F. Pollaud-Dulian, La directive CE..., précit. ; W. Duchemin, La directive communautaire sur le droit de suite : *RIDA* 2002, p. 3 ; A. Françon, Directive communautaire du 13 octobre 2001 sur le droit de suite : *RTD com.* 2002, p. 300.

Transposée au Royaume-Uni et en France en 2006⁶, ce texte est, en réalité, le résultat à peine déguisé d'un marché passé entre les deux pays : le Royaume-Uni a cessé de s'opposer à la généralisation et à l'harmonisation du droit de suite en Europe ; la France, en contrepartie, a accepté que soit mis fin au monopole des commissaires-priseurs sur son territoire, ce qui a eu pour conséquence de permettre aux maisons de vente anglo-saxonnes de s'y implanter⁷.

Si, par certains aspects, la directive de 2001 constitue un progrès, elle souffre malheureusement de nombreux défauts. Particulièrement ambigües, certaines dispositions suscitent de sérieuses divergences d'interprétation. D'autres, tout en étant plus claires, s'avèrent très discutables dans leur contenu. Le droit de suite reste dès lors la source de vives tensions, exacerbées par le *lobbying* intensif auquel se livrent les différents opérateurs du marché de l'art⁸. Le schéma est assez binaire : d'un côté, les artistes, leurs héritiers et leurs représentants, fervents partisans du droit de suite ; de l'autre, les propriétaires d'œuvres, les marchands et les intermédiaires, qui lui sont plutôt hostiles. De cette confrontation, il semble possible de tirer trois enseignements : le droit de suite mérite d'être préservé dans son principe (I), mais il doit être amélioré dans son régime (II) et son attribution pourrait, par ailleurs, être généralisée (III).

I. Préserver le droit de suite

Le droit de suite est, sans conteste, l'attribut du droit d'auteur qui subit les attaques les plus virulentes. Un tel acharnement n'est guère justifié. On mettra ainsi en lumière les raisons pour lesquelles cette prérogative doit être maintenue au profit non seulement des artistes (A), mais aussi de leurs héritiers (B).

A. Le maintien du droit de suite au profit des artistes

Selon certaines études publiées en France et en Angleterre, le droit de suite serait contre-productif⁹. Facteur d'augmentation des coûts, il contribuerait à décourager le commerce des œuvres d'art et aurait pour conséquence une délocalisation des ventes vers les pays qui en ignorent l'existence, tels que les États-Unis ou la Chine. C'est ce qui expliquerait, par exemple, que la France, alors qu'elle a longtemps occupé la première place du marché mondial de l'art, ne figure plus qu'en quatrième position aujourd'hui¹⁰.

La thèse est toutefois loin de faire l'unanimité¹¹. Certaines statistiques montrent que l'impact économique du droit de suite est, au contraire, assez réduit¹². En outre, il est bien évident que tout est, ici comme ailleurs, question de point de vue : facteur d'augmentation des coûts pour les marchands, le droit de suite est, à l'inverse, synonyme de gains pour les artistes, qui pourraient difficilement le trouver contre-productif.

Plus fondamentalement, on ne voit pas pourquoi le droit de suite devrait être condamné uniquement en

contemplation de considérations économiques. Le droit et l'économie sont deux disciplines différentes. Certes, la règle de droit poursuit souvent une finalité économique, mais d'autres objectifs tout aussi légitimes peuvent parfaitement l'emporter¹³. Par exemple, si chaque règle juridique devait être évaluée à l'aune de son efficacité économique, le droit du travail et le droit de la consommation n'existeraient tout simplement pas, tant il est évident qu'ils imposent de lourdes contraintes financières aux employeurs et aux professionnels. On peut en dire autant du droit d'auteur : le législateur a choisi de protéger les artistes, parties généralement faibles, et la rentabilité de l'activité des exploitants n'est pas sa préoccupation essentielle. L'ensemble de la discipline repose sur ce parti pris. À l'instar du droit moral, le droit de suite en constitue une parfaite illustration.

Quant au risque de délocalisation des ventes, il paraît très exagéré. Les coûts de transport, d'assurance et de douane sont généralement supérieurs au montant du droit de suite, d'autant que celui-ci est désormais plafonné¹⁴. Ils risquent donc de décourager le vendeur de se rendre dans un pays qui ne reconnaît pas cette prérogative. En outre, on peut penser que les propriétaires d'œuvres sont loin d'être tous prêts à goûter à l'exotisme

6. Au Royaume-Uni, v. *The Artist's Resale Right Regulations* du 13 févr. 2006. En France, v. la loi DADVSI du 1^{er} août 2006 et le décret d'application du 9 mai 2007 : F. Pollaud-Dulian, *L'aggiornamento...*, précit. ; P. Henaff, *L'impact sur le marché de l'art de la loi du 1^{er} août 2006 réformant le droit d'auteur* : *Comm. com. électr.* 2007, étude 2.

7. P. Henaff, *op. cit.*, n° 14.

8. C. Zolynski, *Méthodes de transposition des directives communautaires (étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins)*, Dalloz, 2007, préf. P.-Y. Gautier, n° 303.

9. V. par exemple N. Moureau, *Marché de l'art : les enjeux économiques du droit de suite et du droit d'exposition*, in *Les biens culturels : Légicom* 2006/2, n° 36, p. 101 ; *Arts Economics, The British Art Market – a winning global entrepôt*, Prepared for British Art Market Federation : < http://www.lapada.org/public/The_British_art_Market.pdf >. Adde le rapport de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne intitulé *La fiscalité du marché de l'art en Europe*, 2003 : < <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/europe/rap-info/i0639.pdf> >.

10. Derrière, par ordre décroissant, les États-Unis, le Royaume-Uni et la Chine. Sur ce thème, le lecteur pourra utilement consulter le rapport d'activité 2009 du Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques : < <http://www.conseildesventes.fr/images/stories/rapport2009/rapport-BD.pdf> >.

11. V. en particulier F. Pollaud-Dulian, *L'aggiornamento...*, précit., n° 17, et, du même auteur, *Pourquoi il faut sauver le droit de suite, L'estampille/L'objet d'art*, déc. 2008, p. 38.

12. Voici, par exemple, quelques chiffres aimablement fournis par l'ADAGP, principale société française de gestion collective du droit de suite, pour l'année 2009 : dans le cadre des ventes aux enchères d'œuvres en France, le total des sommes collectées au titre du droit de suite correspond à 0,33 % du montant des transactions ; alors que le marché de l'art a connu une augmentation de 12,5 %, le droit de suite a connu, quant à lui, une baisse de 11 % ; au total, près de 5,5 millions d'euros ont été perçus en France au titre du droit de suite, pour environ 1 900 auteurs représentés par l'ADAGP, et 2,8 millions ont été reçus de l'étranger.

13. Sur ce thème, v. S. Bollée, Y.-M. Laithier et C. Pères (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010.

14. *Infra* II, B.

d'une vente à l'étranger, quand bien même celle-ci se ferait à des conditions plus avantageuses, soit qu'ils jugent une telle opération compliquée, soit qu'ils soient plus attachés qu'on ne le pense à leur pays d'origine.

Enfin, il est bien difficile de voir un rapport de cause à effet entre l'existence du droit de suite et le déclin du marché de l'art français : d'une part, à l'époque où la France dominait le marché mondial, le droit de suite y était déjà reconnu depuis plus de trente ans ; d'autre part, la régression actuelle affecte également les ventes d'œuvres tombées dans le domaine public, qui, pourtant, ne donnent pas prise au droit de suite. Certes, la Chine a pris la place de notre pays au troisième rang mondial depuis 2007. Mais le droit de suite n'y est vraisemblablement pas pour grand-chose. Cette évolution tient principalement à l'essor du marché chinois domestique, dont l'ampleur n'est que la conséquence du développement économique sans précédent qu'a connu le pays. Sans doute existe-t-il tout de même des causes intrinsèques d'affaiblissement de la France et de l'Europe. On peut évoquer, pêle-mêle, la fiscalité prohibitive¹⁵, le manque d'acheteurs locaux ou la baisse du rayonnement culturel de certaines métropoles et notamment de Paris. Le droit de suite semble, en comparaison, nettement moins décisif.

En toute hypothèse, sa suppression ne va pas dans le sens de l'histoire, puisque la directive de 2001 en a précisément imposé l'application aux nombreux États de l'Union européenne qui ne l'avaient pas encore consacré. Revenir sur cet acquis paraît difficilement envisageable.

B. Le maintien du droit de suite au profit des héritiers

Au décès de l'auteur, le droit de suite se transmet à ses héritiers pour une durée de soixante-dix ans¹⁶. À ceux qui trouveraient choquant que les membres de la famille perçoivent ainsi les fruits des reventes successives de l'œuvre pendant une longue période alors qu'ils n'ont pas contribué à sa création, il est facile de répondre que les propriétaires d'œuvres et les professionnels retirent également des profits de chaque vente, tout en étant étrangers, eux aussi, à l'acte créatif. Or, contrairement au droit de suite, ces profits ne sont limités ni dans le temps ni dans leur montant¹⁷. Pourtant, personne ne songe sérieusement à interdire cette forme de spéculation. Au reste, il n'est pas logique de s'en prendre uniquement au droit de suite. Si sa transmission aux héritiers était réellement choquante, on devrait en dire autant de la dévolution *post mortem* des droits de reproduction et de représentation¹⁸. En somme, il faudrait réformer en profondeur le droit d'auteur afin de rendre viagers l'ensemble des droits patrimoniaux. Pourquoi, d'ailleurs, s'arrêter en si bon chemin ? À ce rythme, ne devrait-on pas considérer que tout héritage est profondément injuste et que, partant, la disparition du droit des successions s'impose ? Bien évidemment, tout cela n'est ni réaliste ni souhaitable¹⁹.

Il est donc légitime que la directive de 2001 ait admis la protection du droit de suite après la mort de l'auteur.

Elle a cependant institué une dérogation en faveur des États qui n'appliquaient pas cette prérogative avant son entrée en vigueur, en les dispensant, jusqu'au 1^{er} janvier 2010, d'en accorder le bénéfice aux ayants droit des artistes décédés (art. 8, 2^o). Le Royaume-Uni a précisément profité de cette dérogation²⁰. Conformément à la directive, nos voisins anglais ont même obtenu un délai supplémentaire de deux ans, « nécessaire pour permettre aux opérateurs économiques [...] de s'adapter progressivement au système du droit de suite, tout en maintenant leur rentabilité économique » (art. 8, 3^o). La longueur de cette période d'adaptation – plus de dix ans au total – a été vivement critiquée, en particulier par la Commission européenne²¹. Il est vrai qu'elle peut paraître très exagérée, notamment en comparaison des quelques mois que les dispositions transitoires accordent généralement aux praticiens pour s'accoutumer aux réformes les plus importantes, du moins en France. Mais le plus grave est que, pendant toute cette période, la directive, en totale contradiction avec les objectifs qu'elle se fixe²², aura faussé le jeu de la concurrence entre les opérateurs établis dans les États qui admettaient le droit de suite avant son adoption – tenus de l'octroyer aux héritiers – et les opérateurs demeurant dans les États pour qui cette prérogative était une nouveauté – dispensés au contraire d'une telle obligation. Ces distorsions doivent toutefois disparaître en janvier 2012, puisque le régime dérogatoire ne peut se prolonger au-delà. À moins que, au nom de la compétitivité du marché européen, la directive ne soit révisée afin que le bénéfice du droit de suite puisse être définitivement limité, dans tous les États membres, aux artistes vivants. Cette idée saugrenue a été défendue par le Président de la République française dans une lettre adressée au Pré-



15. *La fiscalité du marché de l'art en Europe*, précit.

16. Art. 8, 1^o, de la directive, qui renvoie à l'article 1^{er} de la directive 93/98/CEE du 29 oct. 1993 relative à la durée de protection, codifiée et abrogée par la directive 2006/116/CE du 12 déc. 2006. En France, art. L. 123-7 du CPI.

17. Sur le plafonnement du droit de suite, v. *infra* II, B.

18. CPI, art. L. 123-1.

19. Les détracteurs du droit de suite font également remarquer qu'il est inéquitable que les héritiers de quelques artistes seulement (Picasso, Matisse, etc.) en profitent réellement. Il est toutefois difficile de se convaincre du bien fondé d'une telle critique, tant les chiffres qui circulent au sujet de ces fameuses « familles » sont variables. En outre, le fait que quelques auteurs concentrent à eux seuls une grande partie des redevances versées n'est pas propre au droit de suite et se retrouve dans toutes les branches de la création (littérature, cinéma, musique, etc.) sans que cela étonne quiconque. Il s'agit d'une conséquence parfaitement normale de la notoriété. En ce sens, F. Pollaud-Dulian, *Pourquoi il faut sauver le droit de suite*, précit., p. 39.

20. Tout comme l'Autriche, l'Irlande et les Pays-Bas.

21. Communication de la Commission au Parlement européen concernant la position commune arrêtée par le Conseil : SEC 2000/1516 final. V. aussi F. Pollaud-Dulian, *La directive CE...*, précit., n^o 3.2 ; N. Prod'homme-Soltner, *L'Art et la manière... de s'exonérer du droit de suite* : *RLDI* 2009, n^o 49, p. 79.

22. Considérants n^o 9 *sq.* de la directive.

sident de la Commission européenne²³. On se souviendra simplement qu'en matière de protection du droit d'auteur, la course vers le bas est rarement une bonne solution...

II. Améliorer le droit de suite

Si le droit de suite doit être maintenu dans son principe, il apparaît souhaitable d'en améliorer le régime. On opposera ici les progrès d'ores et déjà accomplis grâce à la directive (A) à ceux qui pourraient être réalisés à l'occasion d'une éventuelle révision²⁴ de celle-ci (B).

A. Les progrès accomplis grâce à la directive

Le premier apport de la directive tient tout simplement au fait que, désormais, tous les États membres de l'Union européenne reconnaissent le droit de suite. Il n'est pas nécessaire d'y revenir.

Dans une perspective strictement française, une autre évolution importante doit être signalée. Le droit de suite s'applique dans le cadre des ventes aux enchères publiques depuis 1920. Son extension aux ventes faites « par l'intermédiaire d'un commerçant », c'est-à-dire aux opérations réalisées par les galeries, antiquaires et autres brocanteurs, date de la loi du 11 mars 1957 (CPI., L. 122-8 ancien). Cependant, le décret qui devait en fixer les modalités d'application précises n'a jamais vu le jour, si bien qu'une telle extension est restée, en pratique, lettre morte. En réalité, les commerçants ont toujours été réfractaires au droit de suite²⁵ : dès 1954, les galeries avaient obtenu que les artistes y renoncent en acceptant, en échange, de participer financièrement à leur protection sociale. C'est ce fragile équilibre qui a incité l'administration à ne jamais adopter le décret attendu²⁶. Le Conseil d'État a condamné une telle passivité, mais sans pour autant que cela suscite de réaction de la part des pouvoirs publics²⁷. Or la directive de 2001 ne laisse plus le choix à la France. L'article 1^{er} prévoit, en effet, que le droit de suite doit être mis en œuvre lorsqu'« interviennent en tant que vendeurs, acheteurs ou intermédiaires des professionnels du marché de l'art, tels que les salles des ventes, les galeries d'art et, d'une manière générale, tout commerçant d'œuvre d'art »²⁸. Le considérant 18 précise que le droit de suite ne peut être étendu aux opérations réalisées par des personnes agissant à titre privé sans intervention d'un professionnel, ni aux reventes faites par de telles personnes à des musées. En outre, afin d'inciter les galeries à investir dans de nouveaux talents, la directive offre aux États la possibilité de ne pas appliquer le droit de suite lorsqu'une galerie a acheté une œuvre à un artiste et qu'elle le revend, dans un délai de 3 ans, pour un prix ne dépassant pas 10 000 euros. La France a fait le choix de consacrer cette exonération (CPI, art. L. 122-8 al. 1^{er}). On ajoutera que, pour préserver l'équilibre évoqué précé-

demment, l'instauration effective du droit de suite dans le cadre des opérations réalisées par les galeries s'est accompagnée d'une diminution de leur participation à la protection sociale des artistes²⁹.

B. Les progrès à faire par rapport à la directive

La question du débiteur du droit de suite retiendra tout d'abord l'attention. L'article L. 122-8 du CPI précise que « le droit de suite est à la charge du vendeur » et que « la responsabilité de son paiement incombe au professionnel intervenant dans la vente »³⁰. En d'autres termes, le vendeur est seul tenu à la dette, mais la somme correspondant au droit de suite étant versée au professionnel, c'est à ce dernier qu'il revient de procéder effectivement au paiement, sous peine d'engager sa responsabilité³¹. Ces prescriptions sont conformes à ce que prévoit la directive de 2001 qui distingue, elle aussi, le vendeur qui a la « charge » du paiement, de la personne qui en

23. A. Boudet, L'Élysée veut limiter le droit de suite aux artistes vivants : *Les Echos* 25 sept. 2008, p. 28.

24. Étant précisé que, en vue d'une éventuelle révision, la Commission devait remettre, avant le 1^{er} janv. 2009, un rapport sur la mise en œuvre de la directive que l'on attend toujours (art. 11 de la directive).

25. V. les propos récents de P. Bongers, président du Comité des galeries d'art, rapportés par F. Duret-Robert *in* Le droit de suite est-il préjudiciable au marché de l'art ? *L'estampille/L'objet d'art* nov. 2008, p. 28 : selon M. Bongers, le droit de suite risque d'inciter les marchands à se tourner davantage vers des œuvres non soumises au prélèvement, c'est-à-dire des œuvres tombées dans le domaine public ou créées par des artistes ressortissants de pays ignorant cette prérogative (sur ce point v. *infra* III, B) ; afin d'échapper au droit de suite, les galeries pourraient également se contenter de prendre les œuvres en dépôt, puisque, faute de les acheter, elles ne sauraient les revendre. Compte tenu cependant des réalités du marché, il est, croyons-nous, improbable que ces prédictions alarmistes se réalisent.

26. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 429 ; F. Duret-Robert, *op. cit.*, p. 28.

27. CE, 9 avr. 1993, *Spadem* : *RTD com.* 1993, 511, obs. A. Françon ; *D.* 1994, somm. 59, obs. P. Bon et P. Terneyre.

28. Les opérations passées par les commerçants étant, en pratique, très difficiles à contrôler, on peut penser que l'extension du champ d'application du droit de suite n'aura que de faibles répercussions sur le montant des rémunérations perçues par les artistes et leurs héritiers. À moins que les commerçants ne prennent la bonne habitude de se soumettre spontanément au système du droit de suite...

29. Depuis le 1^{er} juill. 2007, le taux de contribution à la sécurité sociale des artistes est passé de 0,99 % à 0,30 % du prix de vente. Mais les ventes publiques aux enchères donnent désormais prise à ce prélèvement, ce qui n'était pas le cas auparavant.

30. Le texte ajoute que si la cession s'opère entre deux professionnels, la responsabilité du paiement incombe au vendeur.

31. Pour plus de détails, v. les articles R. 122-9 *sq.* du CPI. On relèvera, au passage, que l'art. L. 334-1 du CPI ne contribue pas à clarifier les choses. Selon cette disposition, en cas de violation du droit de suite « l'acquéreur et les officiers ministériels peuvent être condamnés solidairement, au profit des bénéficiaires du droit de suite, à des dommages-intérêts ». Il n'est guère logique de viser ici l'acquéreur, alors que la loi rend le vendeur redevable de la rémunération. En ce sens, M. Vivant et J.-M. Bruguère, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 525.

est simplement « responsable »³². Dans la mesure où le premier peut réaliser une plus-value, il est assez logique qu'il soit désigné comme débiteur du droit de suite³³. La question se pose, cependant, de savoir si la règle est impérative ou supplétive. À l'occasion notamment de la vente de la collection Yves Saint-Laurent - Pierre Bergé qui a eu lieu en février 2009, la maison de vente Christie's a inséré dans ses conditions générales une clause ayant pour effet de rendre les acheteurs redevables du droit de suite³⁴. Du point de vue du strict droit des contrats, cette pratique semble difficilement condamnable³⁵ : s'il est impératif que la redevance soit payée, peu importe, en revanche, qui paye. De prime abord, la liberté contractuelle devrait donc l'emporter. Cependant, sur le terrain du droit de la concurrence, la solution est nettement plus délicate à justifier, dans la mesure où elle crée des distorsions entre les professionnels qui l'ont adoptée et ceux qui, au contraire, préfèrent suivre la loi à la lettre. Il en résulte qu'une même personne peut être conduite à payer deux fois le droit de suite : tout d'abord au moment de l'achat de l'œuvre, si le contrat stipule que le paiement est à sa charge, puis au moment où elle la revend, si, à l'inverse, le contrat ne prévoit rien. Outre-Manche, les opérateurs du marché de l'art sont confrontés à des difficultés du même ordre. La version anglaise de la directive – dit-on – n'imposerait pas de faire peser la charge du droit de suite sur le vendeur³⁶. Aussi bien la loi de transposition adoptée au Royaume-Uni ne précise-t-elle pas l'identité du débiteur de la rémunération. Elle se contente d'indiquer que la responsabilité du paiement – ce qui est, là encore, différent – incombe solidairement au vendeur et à l'intermédiaire professionnel³⁷. Livrés à eux-mêmes, les professionnels anglais ont, dès lors, adopté des attitudes variées. Les maisons de vente ont choisi de mettre le droit de suite à la charge des acheteurs, estimant pouvoir séduire de la sorte les vendeurs les plus importants. À l'inverse, nombre de galeries et de commerçants ont, semble-t-il, décidé de le mettre à la charge des vendeurs. Ces divergences sont fâcheuses : un antiquaire anglais qui achète une œuvre aux enchères et qui la revend dans son magasin paiera deux fois le droit de suite ; il en va de même d'un particulier qui acquiert une œuvre auprès d'une maison de vente en Grande-Bretagne et qui décide ensuite de la vendre en France avec l'intervention d'un professionnel qui s'en tient aux prescriptions légales. De telles divergences créent à nouveau des distorsions de concurrence, lesquelles s'avèrent difficilement compatibles avec l'esprit de la directive³⁸. Afin que celle-ci atteigne pleinement son but, il serait donc souhaitable qu'elle désigne plus clairement le débiteur de la rémunération et qu'elle interdise, en la matière, toute convention contraire.

La deuxième amélioration possible par rapport au régime actuel concerne le montant du droit de suite. En France, sous l'empire du droit antérieur, le prélèvement correspondait à 3 % du prix de vente de l'œuvre et n'était pas limité (CPI, art. L. 122-8 ancien). Il pouvait donc être, en pratique, très élevé. La directive fixe désormais plusieurs taux qui s'appliquent de façon dégressive : le taux maximum est de 4 % pour la tranche

de prix inférieure ou égale à 50 000 euros³⁹ et le taux minimum est de 0,25 % pour la tranche supérieure à 500 000 euros⁴⁰. Un plafond de 12 500 euros est, de plus, prévu. Le prélèvement ne peut donc en aucun cas être supérieur à ce montant, quelle que soit la valeur de l'œuvre. Il est certain que, pour les artistes et leurs héritiers, le nouveau système est moins avantageux que l'ancien. Plusieurs spécialistes jugent notamment dérisoire le plafond de 12 500 euros⁴¹. Peut-être serait-il oppor-



32. Art. 1^{er}, 4^o de la directive. Le considérant 25 est cependant plus ambigu. On peut y lire : « La personne redevable du droit est en principe le vendeur. Les États membres devraient avoir la possibilité de prévoir des dérogations à ce principe pour ce qui est de la responsabilité du paiement ». Le mot « dérogations » pourrait signifier que les États ont le loisir de rendre débiteur de la rémunération une autre personne que le vendeur. Il faudrait alors considérer que les termes « redevables » et « responsables » sont synonymes. Ce n'est toutefois pas cette interprétation qu'a retenue le législateur français : v. les travaux parlementaires analysés par N. Prod'homme-Soltner, *op. cit.*

33. Bien qu'aujourd'hui le droit de suite ne se calcule plus sur la plus-value réalisée, mais sur le prix de vente. En d'autres termes, il sera prélevé même si le vendeur réalise une opération blanche ou une moins-value par rapport au prix qu'il a lui-même payé pour acquérir l'œuvre.

34. Pour une appréciation critique de cette pratique, N. Prod'homme-Soltner, *op. cit.*

35. Rapp. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 7^e éd., 2010, n^o 328, en note. Interrogé sur ce point, le ministère de la Justice a, à quelques mois d'intervalle, adopté deux positions opposées. Dans un premier temps, le ministère a considéré que l'aménagement conventionnel de la charge du paiement était impossible compte tenu des dispositions de la directive. Puis, dans un second temps, à la suite d'une réponse apportée par la Commission européenne le 22 déc. 2008, le ministère a estimé qu'un tel aménagement était possible, à condition toutefois de respecter le principe d'effet relatif des contrats, ce qui signifie qu'en cas de défaillance du débiteur désigné, le créancier devrait pouvoir se retourner contre la personne qui, selon la loi, est « responsable » du paiement. Pareille hésitation ne contribue pas à clarifier le débat, même si, en réalité, elle ne doit pas prêter à conséquence, dans la mesure où le pouvoir exécutif ne saurait imposer à quiconque son interprétation de la loi.

36. Le sens de l'art. 1, 4^o, ne nous semble pourtant pas fondamentalement différent dans la version française et dans la version anglaise, aux termes de laquelle : « The royalty shall be payable by the seller. Member States may provide that one of the natural or legal persons referred to in paragraph 2 other than the seller shall alone be liable or shall share liability with the seller for payment of the royalty ».

37. Art. 13 de la loi anglaise.

38. Considérants 9 *sq.*

39. Le taux correspondant à cette première tranche peut être de 5 % pour les États qui le souhaitent (art. 4, 2^o de la directive). L'Allemagne a fait ce choix.

40. V. les articles 3 *sq.* de la directive pour plus de détails. En France, v. les articles R. 122-5 et R. 122-6 du CPI : le droit de suite n'est pas exigible si le prix de vente est inférieur à 750 €, seuil qui est destiné à éviter que les frais soient disproportionnés par rapport au bénéfice qu'en tire l'artiste (considérant 22 de la directive) ; le taux de prélèvement passe de 4 % à 3 % pour la tranche supérieure à 50 000 € et inférieure ou égale à 200 000 €, puis à 1 % pour la tranche supérieure à 200 000 € et inférieure ou égale à 350 000 € et, enfin, à 0,5 % pour la tranche supérieure à 350 000 € et inférieure ou égale à 500 000 € ; au-delà, le taux de 0,25 % s'applique.

41. F. Pollaud-Dulian, *La directive CE...*, précit., n^o 4.3. V. aussi P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 328 en note, qui ajoute que ce n'est pas nécessairement conforme à l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la CEDH qui protège le droit de propriété. Comp. *infra* II, B.

tun de revoir ce montant à la hausse et d'augmenter légèrement les taux de prélèvement, du moins lorsque tous les États membres se seront habitués au droit de suite⁴². Mais faut-il aller jusqu'à remettre en cause le principe même du plafonnement, imposé en réalité par le Royaume-Uni ? Les avis sont partagés. En faveur du plafonnement, on fait valoir qu'il permet de connaître à l'avance la somme maximale qui est susceptible d'être due, ce qui est plus conforme à la sécurité juridique. Dès lors que cette somme est raisonnable, la tentation est, du même coup, moins forte de mettre l'œuvre en vente dans un pays qui ignore le droit de suite⁴³. Il faut aussi réaliser que le plafond ne sera atteint que si l'œuvre est vendue, au minimum, deux millions d'euros. Dans l'hypothèse où l'auteur est encore en vie, cela signifie que sa cote est extrêmement élevée et que, grâce à son art, il peut mener une existence très confortable, indépendamment des sommes collectées au titre du droit de suite : l'existence du plafond lui cause donc un préjudice relativement faible. Et si l'auteur est décédé, l'idée est parfois émise qu'il ne serait pas fondamentalement choquant que les héritiers, sans être pour autant privés du droit de suite, ne puissent tirer que des fruits limités d'un travail créatif dont ils ne sont pas les auteurs. On ajoute que, bien souvent, ils sont eux-mêmes propriétaires d'autres œuvres de l'artiste qu'ils peuvent toujours vendre au prix fort sur le premier marché. Tous les héritiers n'ont cependant pas cette chance et, à l'encontre du plafonnement, la Commission européenne a souligné qu'il n'était pas juste que l'auteur et ses ayants droit ne soient plus associés au succès de l'œuvre au-delà d'une certaine somme, alors que vendeurs et intermédiaires, de leur côté, peuvent en tirer des profits bien plus importants, sans limite autre que la loi du marché⁴⁴. Par ailleurs, on rappellera que le droit de suite appartient à la catégorie plus vaste des droits patrimoniaux attribués à l'auteur. Or, les rémunérations qui peuvent être perçues au titre du droit de reproduction ou du droit de représentation ne sont, quant à elles, pas plafonnées. Le sort particulier réservé au droit de suite s'explique donc difficilement.

Une troisième amélioration envisageable a trait au legs du droit de suite. Du vivant de l'auteur, le droit de suite est inaliénable (CPI, art. L. 122-8 al. 1^{er}). La règle est là pour éviter qu'un artiste en quête d'argent soit tenté de le céder pour un montant très inférieur à ce qu'il est susceptible de lui rapporter ultérieurement. Elle protège donc l'artiste contre lui-même. Mais la loi française va plus loin encore en prohibant le legs du droit de suite, uniquement transmissible aux héritiers *ab intestat* (CPI, art. L. 123-7). En faveur de cette prohibition, il est traditionnel d'insister sur la vocation alimentaire du droit, laquelle justifierait qu'il ne puisse être attribué qu'aux membres de la famille de l'auteur. La solution est cependant unanimement critiquée aujourd'hui⁴⁵ : le droit de suite ne saurait se réduire à sa seule dimension alimentaire, et l'interdiction du legs peut conduire à en conférer le bénéfice à des parents très éloignés de l'artiste, que ce dernier n'a pas nécessairement connus. C'est en cela, mais en cela uniquement, que la transmission du droit de suite aux héritiers peut parfois s'avérer

choquante⁴⁶. Autoriser le legs permettrait, au contraire, à l'artiste d'en gratifier les personnes dont il se sent proche. Néanmoins, interrogée récemment dans le cadre d'un litige relatif aux œuvres de Salvador Dali⁴⁷, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que la prohibition du legs résultant de la loi française n'était pas contraire à la directive, celle-ci ne couvrant pas la question de la dévolution successorale du droit de suite⁴⁸. À l'avenir, il serait peut-être bon de compléter sur ce point le texte européen ou, du moins, de réformer le droit français afin que le legs soit admis comme il l'est dans certains pays voisins⁴⁹.

Le dernier progrès souhaitable concerne la gestion du droit de suite. L'article 6 de la directive permet aux États de choisir entre une gestion collective obligatoire et une gestion collective facultative. La première solution a été préférée au Royaume-Uni⁵⁰, tandis que la seconde l'a emporté en France. Dans notre pays, des difficultés apparaissent lorsque l'auteur ou ses héritiers ne se sont pas déclarés auprès d'une société de gestion collective telle que l'ADAGP et que le professionnel responsable de la vente ne les connaît pas. À moins de s'informer par eux-mêmes, ils ignoreront que l'œuvre dont ils détiennent les droits a été vendue. Par hypothèse, ils ne se manifesteront donc pas auprès du professionnel pour percevoir le droit de suite. En vertu du dispositif réglementaire⁵¹, ce dernier sera alors tenu d'en avertir l'ADAGP qui devra s'efforcer de retrouver ces bénéficiaires. La forte probabilité qu'une telle recherche s'avère infructueuse, conjuguée au coût et au temps que représenteraient des investigations poussées, risque cependant d'inciter la société de gestion à déployer des efforts limités. De son côté, le professionnel doit provisionner les sommes correspondant au droit de suite pendant cinq ans (C. civ., art. 2224). Si les recherches de la société de gestion n'aboutissent pas, il devra les restituer



42. V. la « clause de révision » prévue par l'article 11 de la directive.

43. Sur ce point, v. *supra* I, A.

44. *Communication de la Commission au Parlement européen...*, précit. V. aussi F. Pollaud-Dulian, *op. et loc. cit.*

45. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 395, évoque « l'effet pervers » de l'inaliénabilité. V. aussi A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 526 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 933 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 337 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 916 *sq.*, et, du même auteur, *L'aggiornamento...*, précit., n° 4.

46. *Supra* I, B.

47. CJUE, 15 avr. 2010, aff. C-518/08, *Salvador Dali* : JCP G 2010, 510, obs. L. Marino ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. 72, obs. C. Caron ; *Propri. intell.* 2010, n° 36, p. 862, obs. A. Lucas, et p. 865, obs. V.-L. Benabou.

48. Considérant 27 de la directive.

49. Notamment en Espagne : arrêt *Salvador Dali* précit. Rapp. art. 9 de la loi anglaise. On relèvera qu'en France l'interdiction du legs date de la loi du 11 mars 1957. Les libéralités consenties avant son entrée en vigueur sont donc valables : Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1968, *Dufy* : RIDA janv. 1969, p. 131 ; D. 1968, p. 633, conclusions R. Lindon ; RTD com. 1969, p. 78, obs. H. Desbois ; Cass. 1^{re} civ., 5 oct. 1994, *Marquet* : D. 1995, somm. p. 57, obs. C. Colombet.

50. Art. 14 de la loi anglaise.

51. CPI, art. R. 122-10 *sq.*

au vendeur. Or, bien qu'il soit obligé de conserver, pendant trois ans, le nom et l'adresse de celui-ci, rien ne garantit qu'il le retrouvera effectivement. Le système n'étant actuellement satisfaisant pour personne, on pourrait songer à accroître le rôle des sociétés de gestion tout en rendant obligatoire la gestion collective⁵², quitte à reconnaître une faculté d'*opt out* pour les titulaires de droits qui ne souhaiteraient pas y participer⁵³.

III. Généraliser le droit de suite

Le droit de suite pourrait être doublement étendu : d'une part, en incitant les États qui, en dehors de l'Union européenne, ne l'ont pas consacré à revoir leur position ; d'autre part, en accordant le bénéfice, en Europe, aux ressortissants de ces mêmes États, ce qui n'est pas le cas pour l'instant. On s'intéressera donc au droit de suite à l'étranger (A), puis au droit de suite des étrangers (B).

A. Le droit de suite à l'étranger

Le droit de suite est apparu dans la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques à l'occasion de la révision de 1948. Toutefois, étant facultatif, il ne fait pas partie, à proprement parler, du minimum conventionnel imposé aux États. L'article 14 *ter* dispose, en effet, que sa protection « n'est exigible dans chaque pays de l'Union que si la législation nationale de l'auteur admet cette protection et dans la mesure où le permet la législation du pays où cette protection est réclamée »⁵⁴. En conséquence, à l'image des États-Unis ou de la Chine, les pays qui ont adhéré à la convention demeurent parfaitement libres de ne pas introduire le droit de suite dans leur législation. Améliorer la protection des auteurs suppose donc, lors d'une prochaine révision du texte, d'œuvrer pour rendre le droit de suite obligatoire. Tel est, du moins, le combat qu'entendent mener les institutions européennes⁵⁵. Les résistances risquent évidemment d'être fortes, compte tenu du faible nombre de pays qui, en dehors de l'Union européenne, ont consacré cette prérogative. Une évolution est cependant perceptible, notamment de l'autre côté de l'Atlantique⁵⁶. Tout espoir n'est donc pas perdu.

B. Le droit de suite des étrangers

L'inégale reconnaissance du droit de suite à travers le monde explique que les États qui en admettent le principe ne souhaitent pas en octroyer le bénéfice aux ressortissants d'États qui, au contraire, en ignorent l'existence. La condition de réciprocité joue donc naturellement en la matière. Rappelons que, selon l'article 14 *ter* de la convention de Berne, le droit de suite ne s'applique que si la loi nationale de l'auteur en admet la protection. L'article 7, 1° de la directive européenne, quant à lui, dispose que les ressortissants de pays tiers profiteront du droit de suite « uniquement si la législa-

tion du pays dont est ressortissant l'auteur ou son ayant droit admet la protection dans ce pays du droit de suite des auteurs des États membres et de leurs ayants droit »⁵⁷. La règle a été transposée en France au sein des articles L. 122-8 et R. 122-4 du CPI⁵⁸. La condition de réciprocité, pour traditionnelle qu'elle soit, n'est toutefois « pas très internationaliste d'esprit »⁵⁹. Il est certain que si le droit de suite devenait obligatoire dans la convention de Berne, elle perdrait en grande partie sa raison d'être. Mais, pour l'heure, elle est surtout fragilisée par l'influence qu'exercent, ici comme ailleurs, les droits fondamentaux. Plus précisément, le droit de propriété fait partie, on le sait, de la catégorie des droits de l'Homme. Or, le droit d'auteur est désormais pleinement considéré comme une forme de propriété. La solution a été consacrée par le Conseil constitutionnel⁶⁰, par la Cour européenne des droits de l'Homme⁶¹ et par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶². Dès lors, la condition de réciprocité, en ce

52. On rappellera, en ce sens, que le droit de suite n'est pas un droit exclusif mais un simple droit à rémunération. Il serait donc moins grave d'ériger en principe la gestion collective. *Contra* F. Pollaud-Dulian, La directive CE..., précit., n° 3.2.

53. Les héritiers de Matisse et de Picasso, par exemple, perçoivent actuellement le droit de suite sans passer par l'ADAGP.

54. Cette disposition s'applique également dans les relations impliquant des États membres de l'OMC, par renvoi de l'article 9 de l'accord ADPIC.

55. V. le considérant 7 de la directive de 2001 : « Compte tenu du processus d'internationalisation du marché de l'art moderne et contemporain de la Communauté, qui s'accélère actuellement sous l'impact de la nouvelle économie, dans un contexte réglementaire dans lequel peu d'États extérieurs à l'Union européenne reconnaissent le droit de suite, il est essentiel que la Communauté européenne, dans le cadre de sa politique étrangère, entame des négociations en vue de rendre obligatoire l'article 14 *ter* de la convention de Berne ».

56. Plusieurs associations et fondations d'artistes américaines se mobilisent actuellement en faveur de la reconnaissance du droit de suite. Un projet de loi pourrait voir le jour prochainement.

57. L'article 7, 3° permet à tout État membre d'assimiler aux auteurs qui sont ses ressortissants les auteurs qui ont leur résidence habituelle sur son territoire.

58. Selon ces dispositions, ne sont pas soumis à l'exigence de réciprocité les auteurs ressortissants d'États tiers à l'Union européenne et à l'Espace économique européen, « qui, au cours de leur carrière artistique, ont participé à la vie de l'art français et ont eu, pendant au moins cinq années, même non consécutives, leur résidence en France ». La condition tenant à la participation « à la vie de l'art français » est particulièrement difficile à interpréter : P. Henaff, *op. cit.*, n° 18.

59. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 521.

60. Cons. const., 27 juill. 2006, *Loi DADVSI* : *Prop. intell.* 2006, n° 20, p. 240, *Libre opinion.*, V.-L. Benabou ; *D.* 2006, p. 2157, note C. Castets-Renard ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 140, obs. C. Caron ; *Prop. intell.* 2007, p. 193, obs. M. Vivant.

61. CEDH, 29 janv. 2008, *Balan c/ Moldavie* : *Prop. intell.* 2008, n° 28, p. 338, obs. J.-M. Bruguière ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 76, obs. C. Caron.

62. Art. 17, 2°, de la charte à laquelle l'article 6 du TUE donne la même valeur qu'aux traités constitutifs. V. aussi le considérant 3 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

qu'elle peut priver un auteur ou ses ayants droit de la jouissance du droit de suite, pourrait fort bien être perçue comme une forme d'expropriation incompatible avec les garanties offertes par les textes protégeant les droits fondamentaux⁶³. On peut également y voir une discrimination fondée sur la nationalité contraire aux dispositions de l'article 14 de la convention européenne des droits de l'Homme⁶⁴. Pour ces raisons, il faudra peut-être, dans un avenir proche, généraliser le droit de suite au bénéfice de tous les étrangers.



63. Rappr. T. Azzi, Réciprocité et protection internationale du droit d'auteur : plaidoyer pour l'abrogation de l'article L. 111-4 du CPI, *Droits de propriété intellectuelle – Liber amicorum Georges Bonet*, coll. IRPI, t. 36, 2010, Litec, p. 9, n° 10.

64. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 332.

Le « business » de l'art

Le marché international, enjeux et perspectives

FRANÇOIS DE RICQLÈS
PRÉSIDENT DE CHRISTIE'S FRANCE

En 2007, M^{me} Christine Albanel, alors ministre de la Culture, missionne Martin Bethenod, Catherine Chadelat, Guy Cogeval, Nathalie Moureau et Laurent Vallée pour produire un rapport présentant des « Propositions en faveur du développement du marché de l'art en France ». Dès les premières pages du document – plus communément connu sous le nom de *rapport Bethenod* – la mission appelle l'attention sur ce qu'elle considère comme les « cinq enjeux majeurs attachés au marché de l'art ». Bien que le rapport soit intégralement consacré à la situation française, les enjeux dont il fait état peuvent parfaitement être extrapolés à l'échelle mondiale.

En premier lieu, le marché de l'art constitue, par lui-même, un enjeu économique. Nombreuses sont les voix qui déplorent le manque d'éléments statistiques fiables permettant d'appréhender cette dimension du marché. Malgré la difficulté de rassembler des données précises et exhaustives, les études menées depuis plusieurs années par *The European Fine Art Foundation* (EFAF) présentent néanmoins les grandes tendances économiques du secteur. Les chiffres publiés par cette organisation sont éloquentes : en 2009, les transactions mondiales, réalisées aux enchères par les sociétés de vente, ou de gré à gré par les galeristes et antiquaires, se seraient élevées à 31,3 milliards d'euros. Il y aurait dans le monde 400 000 sociétés réalisant ces transactions, représentant près de deux millions d'emplois directs. En outre, les dépenses ancillaires de ces sociétés – publicité, production et impression des catalogues, assurance, transport et restauration d'œuvres d'art, prestations juridiques et bancaires, participations aux foires d'art – se seraient élevées en 2009 à 7,2 milliards d'euros. Ne serait-ce qu'en Europe, ces dépenses ancillaires induiraient 107 500 emplois directs et contribueraient au dynamisme de plus de 3 millions d'emplois dans le secteur du tourisme culturel.

Outre le poids économique du marché de l'art, le *rapport Bethenod* en soulignait quatre autres aspects significatifs : lorsque ce marché est dynamique, il constitue pour une nation un facteur puissant de rayonnement international ; il encourage par ailleurs la création artistique locale ; il est également au cœur, par les liens

qu'il permet de tisser entre les collectionneurs, les conservateurs et tous les autres acteurs du marché, de l'enrichissement du patrimoine national ; enfin, il joue un rôle clé dans la diffusion artistique et culturelle de par la fréquentation de ses lieux (foires, galeries, salles des ventes, etc.). En d'autres termes, le marché de l'art ne constitue pas seulement un pan de l'économie mondiale. Il est également, pour tous les pays actifs dans ce secteur, un formidable vecteur d'image de marque nationale.

Le marché de l'art agrège deux types de transactions fort différentes. D'une part, les ventes de gré à gré, réalisées principalement par les galeristes et antiquaires, et qui pourraient être qualifiées d'« opaques » puisque les montants transactionnels ne sont pas publiquement révélés. D'autre part, les ventes aux enchères, souvent qualifiées de « marché transparent » puisque les transactions et leurs montants sont par essence publics. C'est uniquement de ce marché « transparent », celui des ventes aux enchères, que nous traiterons par la suite, tant pour des raisons d'accessibilité aux éléments statistiques que de lisibilité internationale.

I. Marché de l'art et ventes aux enchères

A. L'échiquier mondial

Selon le rapport de l'EFAF, les ventes aux enchères représenteraient, en 2009, 45 % du montant total des transactions d'œuvres d'art dans le monde, et s'élèveraient à 12,9 milliards d'euros. Une étude publiée en 2010 dans le rapport annuel du Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, l'autorité de régulation de la profession en France, montre qu'en 2009, sur 11 000 maisons de ventes aux enchères identifiées dans le monde, 3 209 avaient organisé au moins une vente dans le secteur « art et objets de collection ». Ce secteur recouvre, selon la définition du Conseil des ventes, les catégories suivantes :

– « art et antiquités » : archéologie, arts premiers, mobilier et objets d'art de la Haute Époque au XIX^e siècle, tableaux et dessins anciens et du XIX^e siècle, tableaux orientalistes, tableaux, sculptures et dessins impressionnistes, modernes et contemporains, mobilier et objets d'art du XX^e siècle, et divers arts tels que l'art d'Asie, les estampes et la céramique ;

– « autres objets de collection » : automobiles de collection, livres et manuscrits, instruments de musique, militaria, jouets anciens, timbres, numismatique et autres catégories souvent rassemblées sous le vocable anglais de « collectibles » ;

– « joaillerie et orfèvrerie » ;

– « vins et alcools » ;

– « ventes courantes ».

Tableau 1 – Sociétés de ventes aux enchères volontaires ayant effectué au moins une vente aux enchères d'art et objets de collection en 2009

Continent/ Zone géographique	Pays	Nombre de sociétés
Europe	France	306
	Royaume-Uni	519
	Allemagne	317
	Belgique	40
	Suisse	43
	Italie	62
	Espagne	48
	Scandinavie *	101
	Autre Europe	182
Australie		88
Nouvelle-Zélande		8
États-Unis		926
Canada		57
Amérique du Sud		45
Asie	Chine	417
	Japon	10
	Autres Asie	12
Reste du monde		28
	TOTAL	3209

* Danemark, Norvège, Suède et Finlande

Source : Conseil des ventes

Le tableau 1 révèle que cinq pays concentrent plus de 77 % des maisons de ventes aux enchères : Les États-Unis, le Royaume-Uni, la Chine, l'Allemagne et la France. D'après ces chiffres, le savoir-faire en matière de ventes aux enchères semblerait plus naturel à certaines nations qu'à d'autres.

Une certaine corrélation existe par ailleurs entre le nombre de maisons de ventes dans un pays et son poids économique sur le marché mondial des ventes aux enchères, comme le révèle le tableau ci-après.

Tableau 2

Pays	Ventes aux enchères (2009) *	Part de marché
Autriche	153,2	1,2 %
Belgique	55,2	0,4 %
Allemagne	360,6	2,8 %
Danemark	18,5	0,1 %
Espagne	47,6	0,4 %
France	2 474,4	19,1 %
Irlande	17,2	0,1 %
Italie	468,6	3,6 %
Pays-Bas	83,4	0,6 %
Suède	111,2	0,9 %
Royaume-Uni	2 869,0	22,2 %
Reste de l'Europe	107,1	0,8 %
Total Europe	6 766,1	52,3 %
Suisse	124,1	1,0 %
Autres pays d'Europe hors UE	19,6	0,2 %
États-Unis	3 111,3	24,1 %
Chine	2 347,8	18,1 %
Japon	118,4	0,9 %
Singapour	19,8	0,2 %
Taiwan	45,1	0,3 %
Autres pays d'Asie	48,3	0,4 %
Reste du monde	336,2	2,6 %
Total 2009	12 936,7	100,0 %

* En millions d'euros

Source : Arts Economics (2010), Artprice (2009), Artron (2010), in EFAF Art Market Report

Dans le monde, seuls quatre pays ont dépassé en 2009 le seuil du milliard d'euros de ventes aux enchères d'œuvres d'art : les États-Unis, le Royaume-Uni, la Chine et la France. Le chiffre avancé pour la France doit néanmoins être nuancé, puisqu'il a été estimé pour l'année par projection des résultats du premier semestre ; il a depuis été révisé à 1,7 milliard d'euros. Selon le Conseil des ventes, le montant des adjudications dans l'hexagone, hors frais acheteurs, se serait élevé en 2009 à 2,24 milliards d'euros, dont seulement 1,22 milliard d'euros, pour le segment « art et objets de collection ».

L'exemple de la France illustre à bien des titres la sensibilité du marché de l'art à l'environnement juridique et fiscal. Dominant largement le marché mondial des ventes aux enchères d'œuvres d'art jusqu'au milieu des années 1950, la France a graduellement perdu des parts de marché au profit du Royaume-Uni et des États-Unis, aujourd'hui premier marché mondial, représentant en valeur près du quart des ventes internationales. Selon l'étude publiée par le Conseil des ventes, le montant des ventes d'« art et objets de collection » en

France en 2009 serait en progression de 12,5 % par rapport à l'année précédente. Cependant, cette croissance à deux chiffres s'explique par le résultat de la vente de la collection Yves Saint Laurent et Pierre Bergé, dispersée par Christie's au Grand Palais en février 2009 pour un total de 342 millions d'euros, ce qui lui a valu dans les médias le qualificatif de « vente du siècle ». Sans cette exceptionnelle vente, le marché français des ventes d'« art et objets de collection » aurait accusé une baisse de 15 % du montant des adjudications par rapport à l'année 2008. Cette même année, selon *Artprice*, le produit total des ventes publiques de *Fine Art* (littéralement « Beaux-Arts », les chiffres excluant de facto les antiquités et les arts décoratifs) s'est réparti ainsi : 35,7 % pour le Royaume-Uni, 35,6 % pour les États-Unis, 7,2 % pour la Chine, et seulement 6 % pour la France.

Grenier artistique du monde, la France continue d'alimenter le marché mondial en œuvres d'art et objets de collection, mais semble difficilement en mesure d'enrayer la délocalisation des transactions. Deux principales raisons expliquent ce déclin. En premier lieu, le retard pris par la profession pour se moderniser. Le statut des commissaires-priseurs, issu d'un Édit du roi Henri II datant de 1556, n'a évolué pour tenter de s'adapter aux réalités du marché mondial et permettre aux Français plus de souplesse dans la pratique de leur métier, qu'en l'an 2001. Par ailleurs, le marché français a été fortement handicapé par son environnement juridique et douanier, et plus particulièrement la réglementation relative au droit de suite. Jusqu'en 2006, toute vente aux enchères publiques d'une œuvre graphique ou plastique, réalisée par un artiste vivant ou décédé depuis moins de 70 ans, était soumise en France à une taxe appelée droit de suite. D'un taux uniforme de 3 %, elle était payable sur le prix de vente, par le vendeur, et bénéficiait à l'artiste ou à ses ayants droit. Jusqu'en 2006, aucun droit de suite n'était perçu dans les pays alors concurrents de la France sur le marché de l'art, le Royaume-Uni et les États-Unis.

Le marché de l'art étant fluide au plan international, les collectionneurs ont toute latitude pour choisir le lieu de vente de leurs œuvres. Quelle que soit leur nationalité, ils sont extrêmement attentifs aux coûts de transaction, si minimes soient-ils. La perception du droit de suite en France a ainsi contribué à la délocalisation des ventes vers deux autres grands marchés de l'art organisés sur lesquels ce droit n'était pas perçu : le Royaume-Uni et les États-Unis. Les délocalisations ont principalement affecté les ventes d'œuvres majeures. Une étude publiée en 2004 par l'EFAF et portant sur les ventes aux enchères de 47 pays entre janvier 2000 et janvier 2004, a ainsi mis au jour le fait que plus la valeur d'une œuvre d'art est élevée, plus le choix du lieu de vente se porte sur un pays dans lequel le droit de suite n'est pas prélevé. Plus gravement, les œuvres d'art dont la vente est délocalisée, car soumise en France au droit de suite, sont celles relevant des segments stratégiques pour le développement du marché de l'art, soit les œuvres produites aux XX^e et XXI^e siècles.

Malgré ces constats, la perception du droit de suite a été étendue à l'ensemble des pays de l'Union européenne par la directive du 27 septembre 2001 qui devait être transposée en droit national avant le 1^{er} janvier 2006. Les principales caractéristiques du nouveau régime sont : un taux dégressif, en fonction de la valeur de l'œuvre et par tranches (4 % jusqu'à 50 000 € ; 3 % entre 50 001 € et 200 000 € ; 1 % entre 200 001 € et 350 000 € ; 0,5 % entre 350 001 € et 500 000 € ; 0,25 % au-delà de 500 000 €) ; le montant maximal de perception est plafonné à 12,500 € par œuvre (soit un plafonnement pour une adjudication égale ou supérieure à 2 millions d'euros) ; les pays membres n'appliquant pas auparavant le droit de suite, dont la Grande-Bretagne, bénéficient d'une dérogation jusqu'en 2012 concernant les artistes décédés. La date butoir de 2012 mobilise aujourd'hui la quasi-totalité des professionnels européens. Témoins du lent déclin du marché français, ils craignent que l'extension de la perception du droit de suite à l'ensemble de l'Union européenne rende ce marché peu attractif pour les vendeurs des pays tiers et ait un effet d'éviction des transactions vers les pays dans lesquels le droit de suite n'est pas perçu, plus particulièrement les États-Unis et la Suisse, mais aussi vers un nouveau centre du marché de l'art, la Chine, aujourd'hui troisième marché mondial.

Force est de constater que le marché international se profile en partie par l'environnement juridique et fiscal en vigueur dans les grands centres internationaux de vente, tous concurrents potentiels. C'est ainsi que la Suisse, par une réglementation attractive, s'est fait une spécialité des grandes ventes de joaillerie sur le continent européen. Pour les pays de l'Union européenne, c'est notamment en 2012 que leur avenir au sein du marché de l'art mondial va se jouer, puisqu'il est prévu que la directive sur le droit de suite soit réexaminée par les pouvoirs publics. Sans modification substantielle, elle risque de condamner à terme la « vieille Europe » à un statut de suiveur sur l'échiquier mondial.

B. Les grands acteurs du marché

Malgré la pléthore de maisons de ventes dans le monde – l'étude publiée par le Conseil des ventes a révélé le chiffre de 11 000 – le marché, en terme de valeur, est extrêmement concentré. Selon le rapport de l'EFAF, les ventes réalisées par les maisons Christie's et Sotheby's représenteraient 35 % en valeur du marché de l'art mondial. Sur le segment dit « *Fine Art* », leur part serait même de 55 %. Cette prédominance conduit souvent économistes et médias à qualifier le marché de l'art aux enchères de « quasi-duopole ».

Tableau 3 – Classement des 20 premières sociétés de ventes aux enchères volontaires internationales en 2009

Rang	Société	Produit de ventes 2009* (en millions d'euros)	Siège social	
1	Christie's	2 111 M€	UK	Londres
2	Sotheby's	1 627 M€	USA	New York
3	Heritage Auction Galleries **	496 M€	USA	Dallas
4	Bonhams	286 M€	UK	Londres
5	China Guardian	285 M€	Chine	Pékin
6	Beijing Poly	256 M€	Chine	Pékin
7	Beijing Hanhai	155 M€	Chine	Pékin
8	RM Auctions **	142 M€	Canada	Blenheim
9	Beijing Council International Auction Co. Ltd.	117 M€	Chine	Pékin
10	Dorotheum	113 M€	Autriche	Vienne
11	China Trade Shengjia	105 M€	Chine	Pékin
12	Xileng Auctions	97 M€	Chine	Pékin
13	Beijing CNS	92 M€	Chine	Pékin
14	Mecum Auction **	74 M€	USA	Marengo
15	Artcurial – Briest – Poulain – F.Tajan	70 M€	France	Paris
16	Gooding & Company **	65 M€	USA	Santa Monica
17	Phillips de Pury & Company New York	61 M€	USA	New York
18	Changfeng Auctions	56 M€	Chine	Pékin
19	Beijing Cheng Xuan Auction Co., Ltd	55 M€	Chine	Pékin
20	Antiquorum **	46 M€	Suisse	Genève

* Ne sont pris en compte que les montants adjugés auxquels sont ajoutés les frais de vente acheteurs et taxes associées. Sont exclus les produits des *after sales* et les ventes de gré à gré

** Montants déclarés

Source : Conseil des Ventes

Ce classement des vingt premières maisons de ventes dans le monde fait clairement apparaître la domination du marché par Christie's et Sotheby's. Il révèle également la montée en puissance chinoise, puisque le pays est représenté à neuf reprises dans ce classement. La première maison de souche française, Artcurial, se situe à la quinzième place.

Le marché de l'art s'inscrit dans une dynamique qui appelle naturellement à la concentration. Toutes les maisons de ventes, petites et grandes, ont pour ambition d'organiser les plus belles ventes d'œuvres d'art, en qualité et en valeur. Mais convaincre les plus grands collectionneurs de présenter leurs objets sous le feu des enchères, organiser des vacations de niveau international, repérer et galvaniser les acquéreurs potentiels requiert à la fois de grands moyens logistiques et un savoir-faire issu d'une longue expérience collective. Chez Christie's, environ 500 ventes de prestige sont organisées annuellement dans les salles de vente de la maison à Amsterdam, Dubaï, Genève, Hong-Kong, Londres, Milan, New York, et Paris. Pour assurer leur succès, il ne faut pas moins de 1 900 employés, dont près de 400 spécialistes, présents dans 53 bureaux de représentation répartis dans 32 pays.

L'exemple de la vente de la collection Yves Saint Laurent et Pierre Bergé, orchestrée par Christie's à Paris en 2009, met en évidence la nécessité de disposer d'une taille critique et de moyens logistiques pour organiser des dispersions de prestige à l'échelle internationale. En deux jours et demi d'exposition publique, les équipes de Christie's ont accueilli 35 000 visiteurs, installé et géré la plus grande salle de ventes au monde avec 1 300 places assises et 300 places debout, accueilli 350 journalistes, enregistré 2 000 clients enchérisseurs, géré 3 000 sous enchères et utilisé 100 lignes pour les enchères téléphoniques. Le défi en valait la peine, puisque la vente, avec 342 millions d'euros, a établi le record mondial pour la dispersion d'une collection privée aux enchères. Pendant la vacation, 61 œuvres d'art ont changé de mains pour plus de 1 million d'euros, et 16 pour plus de 5 millions d'euros.

La vente de la collection Yves Saint Laurent et Pierre Bergé montre à quel point le « ticket d'entrée » dans le marché de l'art peut être élevé pour les transactions de très haut niveau : disposer d'une représentation mondiale et d'un réseau international de spécialistes est aujourd'hui essentiel pour produire un historique de records de vente propre à rassurer les clients vendeurs. Il n'est ainsi guère surprenant que les 10 meilleures adjudications de l'histoire du marché de l'art mondial, comme le montre le tableau 4, soient détenues exclusivement par Christie's et Sotheby's, les seules maisons disposant d'un important réseau international.

Tableau 4 – Meilleures adjudications

Œuvre	Date de vente	Montant (en millions de dollars US)	Maison de vente
1. Pablo Picasso <i>Nu au plateau de sculpteur</i> , 1932	Mai 2010	\$ 106,5 m	Christie's New York
2. Alberto Giacometti <i>L'Homme qui marche, I</i> , 1961	Févr. 2010	\$ 104,3 m	Sotheby's Londres
3. Pablo Picasso, <i>Garçon à la pipe</i> , 1905	Mai 2004	\$ 104,2 m	Sotheby's New York
4. Pablo Picasso <i>Dora Maar au chat</i> , 1941	Mai 2006	\$ 95,2 m	Sotheby's New York
5. Gustav Klimt <i>Portrait d'Adèle Bloch-Bauer II</i> , 1912	Nov. 2006	\$ 87,9 m	Christie's New York
6. Francis Bacon <i>Triptyque</i> , 1976	Mai 2008	\$ 86,3 m	Sotheby's New York
7. Vincent van Gogh <i>Portrait du Docteur Gachet</i> , 1890	Mai 1990	\$ 82,5 m	Christie's New York
8. Claude Monet <i>Le bassin aux nymphéas</i> , 1919	Juin 2008	\$ 80,4 m	Christie's Londres
9. Pierre-Auguste Renoir <i>Au moulin de la Galette</i> , 1876	Mai 1990	\$ 78,1 m	Sotheby's New York
10. Pierre-Paul Rubens <i>Le massacre des innocents</i> , 1609-1611	Juill. 2002	\$ 76,7 m	Sotheby's Londres

Une récente anecdote illustre le mouvement de concentration du marché dans les mains de quelques grandes maisons et sur les plus importantes places du marché mondial. Le 17 juin 2009, à Drouot, un bronze représentant le *Penseur* d'Auguste Rodin, conçu en 1881-1882 et fondu en 1917 par Rudier, changeait de mains pour 3,1 millions d'euros, établissant ainsi un record mondial pour un *Penseur* de l'artiste. Remis en vente le 5 mai 2010 chez Sotheby's à New York, la même pièce réalisait alors 11,8 millions de dollars.

II. Marché cyclique et mouvements de fond

A. Un marché cyclique

En apparence, le marché de l'art semble établir record après record. En réalité, c'est un marché cyclique, relati-

vement corrélé aux cycles de l'économie mondiale. En une génération, le marché a connu trois pics : en 1989, en l'an 2000, et en 2006-2007. Le cycle de 1989 a été marqué par la spéculation, puis par la crise asiatique et la désaffection soudaine des acheteurs japonais. Le cycle de 2000 a été porté par la croissance économique puis a subi les revers de cette dernière. Le cycle de 2006-2007 a été en partie porté par l'engouement très marqué pour l'art contemporain, puis a subi le contrecoup de la crise financière mondiale.

Les chiffres récemment publiés par l'EFAF (tableau 5) illustrent la vulnérabilité du marché.

Tableau 5 – Évolution des montants vendus aux enchères entre 2002 et 2009

Année	En valeur	En volume de transactions
2002 à 2006	95 %	44,4 %
2006-2007	15,5 %	- 21,8 %
2007-2008	- 21,1 %	20,9 %
2008-2009	- 31,8 %	- 11,8 %

Source : *Arts Economics (2010) in EFAF Art Market Report*

Selon l'EFAF, en 2009, les ventes aux enchères d'œuvres d'art sur le marché mondial auraient ainsi diminué en valeur de - 46 % depuis le pic du marché en 2006-2007.

B. Un marché de micromarchés

Ce constat reste toutefois à nuancer, car le marché de l'art est avant tout un marché de micromarchés. À titre d'exemple, Christie's organise des ventes dans plus de 80 spécialités, chacune ayant ses propres règles, sa propre dynamique et un niveau de maturité spécifique.

Le marché des tableaux anciens, par exemple, est un marché arrivé depuis longtemps à maturité : il existe depuis plus de 400 ans, ses artistes sont connus et abondamment répertoriés, ses adjudications sont scrupuleusement suivies depuis des générations, à tout le moins depuis 1744 et 1766, années des créations respectives de Sotheby's et Christie's. C'est un marché relativement stable, son peu de potentiel de développement étant compensé par sa relative insensibilité aux cycles du marché de l'art global et à la spéculation. Les autres marchés arrivés à maturité incluent le mobilier et les objets d'art de la Haute Époque au XIX^e siècle, les dessins anciens, l'orfèvrerie, l'archéologie, la céramique, et la verrerie.

D'autres marchés disposent encore de marges de croissance. C'est le cas, entre autres, du marché de la photographie : le medium n'a été inventé qu'il y a 150 ans, et les premières grandes collections ont commencé à se former il y a seulement un demi-siècle. La recherche sur les œuvres et les artistes est en constante évolution et amélioration, et chaque saison promet l'établissement de nouveaux records de vente. Par-delà les spécialités, c'est en fait l'ensemble de la

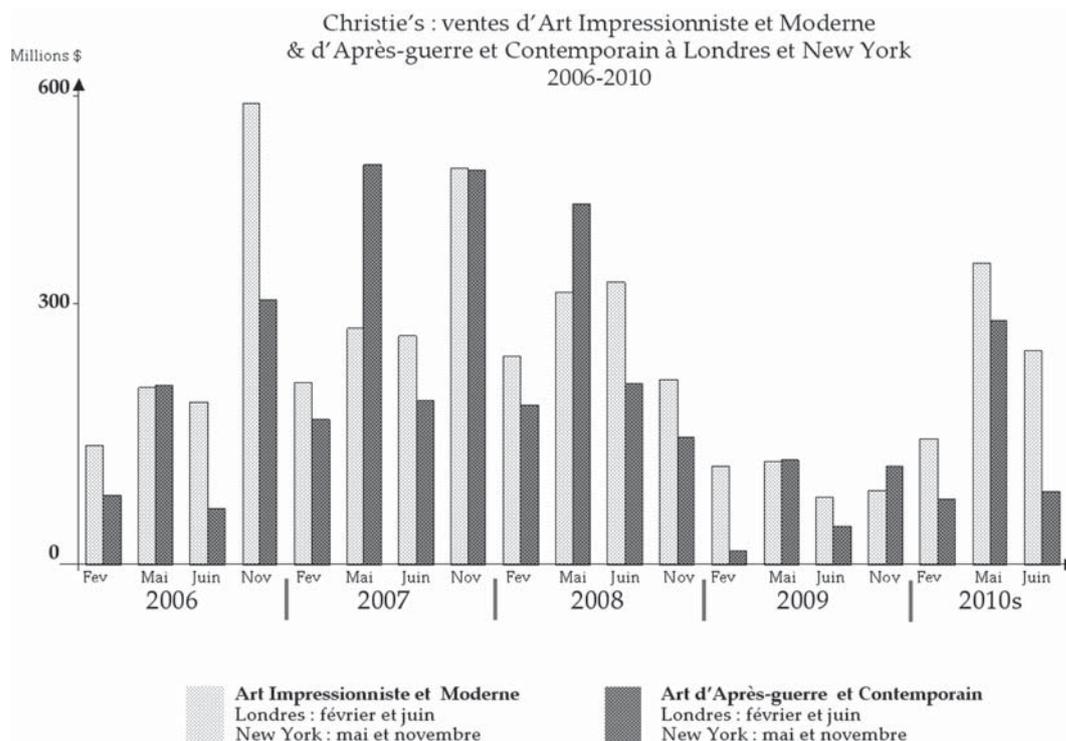
création des XX^e et XXI^e siècles qui peut se prévaloir aujourd'hui du plus grand potentiel de développement, et ce d'autant plus que le goût des collectionneurs est actuellement très prononcé en faveur de cette période de l'histoire de l'art. À titre d'exemple, en 2004, Christie's organise la vente à Paris d'un bas-relief de Léon Indenbaum (1891-1981), *Musiciens et Antilope*. Il change de mains pour 3,6 millions d'euros, établissant à l'époque le record mondial pour une œuvre d'art décoratif du XX^e siècle. Cinq ans plus tard, lors de la vente de la collection Yves Saint Laurent et Pierre Bergé, le *Fauteuil aux Dragons* d'Eileen Gray (1878-1976) s'envole à 21,9 millions d'euros. Cela constitue le nouveau record pour un objet d'art du XX^e siècle vendu aux enchères, soit 6 fois le record établi en 2004. Le record de 2009 constitue également le deuxième prix jamais atteint pour un meuble, juste derrière le célèbre *Cabinet Badminton*, réalisé pour le 3^e Duc de Beaufort entre 1720 et 1732, et adjugé par Christie's à Londres en 2004 pour 19 millions de livres sterling, soit 29,5 millions d'euros.

Dans le domaine de la peinture et de la sculpture, les observateurs se focalisent sur les résultats obtenus dans les deux plus importantes spécialités, en valeur, du marché de l'art : l'art impressionniste et moderne d'une part, l'art d'après-guerre et contemporain d'autre part. Ces deux segments du marché représentent, selon les années, entre 45 % et 55 % du montant total adjugé par les deux « majors » : Christie's et Sotheby's. Selon l'EFAF, le marché de l'art impressionniste et moderne représenterait, en 2009, 1,995 milliard d'euros, contre

1,337 milliard en 2002 et 3,1 milliards en 2008. Ainsi, entre 2002 et 2008, le marché a crû dans cette spécialité de 132 %. L'art impressionniste et moderne constitue la catégorie dominante du marché de l'art, et ne semble pas encore avoir atteint son seuil de maturité. Elle bénéficie non seulement de la qualité et de la richesse de production des artistes de la période – le catalogue raisonné de l'œuvre picturale de Picasso (le *Zervos*) décompte 15 691 œuvres à l'actif de ce seul artiste – mais aussi de l'évolution du goût des collectionneurs qui, nombreux, se détournent des Maîtres anciens pour consacrer leurs achats à des œuvres dont ils se sentent plus proches. Pour preuve, les 491,5 millions de dollars obtenus lors de la vente d'art impressionniste et moderne du 8 novembre 2006, organisée par Christie's à New York, un record mondial absolu pour une dispersion aux enchères. Ce soir-là, 78 œuvres ont été vendues, dont le *Portrait d'Adèle Bloch-Bauer II* par Gustav Klimt (1862-1918), qui, à lui seul, a réalisé 87,9 millions de dollars. Le prix moyen d'une œuvre au cours de cette vacation a atteint 6,3 millions de dollars.

Dans la continuité de l'art impressionniste et moderne, le marché de l'art d'après-guerre et contemporain dispose d'un potentiel de croissance sans équivalent, à tel point que lors du dernier pic du marché de l'art, les ventes de prestige dans cette spécialité ont à plusieurs reprises dépassé les montants adjugés de l'art impressionniste et moderne, comme en témoigne l'historique des ventes de Christie's à Londres et New York ci-après.

Graphique 1



Selon l'EFAF, le marché de l'art d'après-guerre et contemporain aurait représenté, au plan mondial, seulement 92 millions d'euros en 2002, pour culminer à 915 millions en 2008, puis se stabiliser, conséquence de la crise financière mondiale et de la diminution des enchères spéculatives, à 378 millions en 2009. Malgré cette baisse, le marché de l'art d'après-guerre et contemporain reste doté d'un grand potentiel de développement. Ne serait-ce qu'en Chine, il a crû de plus de 1 500 % entre 2004 et 2008.

Cependant, l'observation des micromarchés ne rend pas à elle seule compte d'un mouvement de plus en plus perceptible dans le marché de l'art : la concentration d'enchères multimillionnaires, et ce même en période économique difficile, sur ce que les collectionneurs considèrent comme des chefs-d'œuvre. Plusieurs exemples, abondamment relayés par les médias, peuvent illustrer ce propos : la vente par Christie's, à Londres en décembre 2009, de la *Tête de muse*, un dessin de Raphaël (1483-1520), qui change de mains pour 29,16 millions de livres sterling, soit 47,9 millions de dollars. Record mondial de vente pour un dessin ancien, son prix distance de loin le précédent record, établi par Christie's à Londres en l'an 2000 à 8,1 millions de livres sterling, soit 11 millions de dollars pour un dessin de Michel-Ange (1475-1564). En février 2010, Sotheby's adjuge à Londres *L'Homme qui marche* d'Alberto Giacometti (1901-1966), pour 65 millions de livres sterling, soit 104,3 millions de dollars, et l'œuvre devient pour un temps la plus chère jamais dispersée aux enchères. Puis, trois mois plus tard, en mai 2010, Christie's vend à New York, le *Nu au plateau de sculpteur*, une œuvre de Pablo Picasso (1881-1973) datant de 1932, qui s'envole à 106,5 millions de dollars et devient à son tour l'œuvre d'art la plus chère jamais dispersée aux enchères. Les collectionneurs n'oublient pas la place de Paris au cours de leur chasse aux chefs-d'œuvre, lorsque Christie's France adjuge en juin 2010 une « Tête » d'Amedeo Modigliani (1884-1920), estimée 4 à 6 millions d'euros, pour 43,2 millions d'euros, un record mondial pour une œuvre de l'artiste et un record absolu de vente sur le marché français.

Plus que jamais, les chefs-d'œuvre de l'art apparaissent en cette période d'incertitude économique comme des valeurs refuges. Citée par l'EFAF, une étude récente des plus grandes fortunes mondiales (les *High Net Worth Individuals*) met au jour que la part des œuvres d'art dans leurs investissements en actifs tangibles liés à une passion est passée de 20 % en 2006 à 25 % en 2008. Cependant, au-delà de cet aspect patrimonial, force est de constater que les prix des œuvres d'art bénéficient surtout de l'arrivée de nouvelles fortunes mondiales, qui viennent stimuler les compétitions d'enchères. Les collectionneurs d'Asie et plus spécifiquement de la Chine, du Moyen-Orient et de la Russie, de plus en plus présents sur le marché mondial de l'art, sont en train de faire basculer son centre de gravité vers l'Est.

III. Regards vers le Levant

A. La Chine

En Chine, à partir de 1949 et surtout après la révolution culturelle de 1966, la possession, la transmission et l'échange d'œuvres d'art antérieures à la période communiste sont interdits. En 1958, les maisons de ventes sont fermées. Un assouplissement s'amorce sous la présidence de Deng Xiaoping, et devient effectif en 1992. C'est en 2004 que le poids de la Chine dans le marché de l'art apparaît suffisamment important pour que des statistiques sur l'Empire du Milieu commencent à circuler. En 2004, selon l'EFAF, les ventes aux enchères en Chine auraient représenté 775 millions d'euros, et culmineraient en 2009 à 2,348 milliards d'euros, soit une progression de 203 %. En 2009, la Chine a été le seul pays, avec la France, à connaître une expansion de son marché. Tandis que la progression française a été portée par un événement exceptionnel, la vente de la collection Yves Saint Laurent et Pierre Bergé, celle de l'Empire du Milieu est structurelle. Aujourd'hui, la Chine est devenue le troisième marché de l'art au monde, après les États-Unis et le Royaume-Uni, devant la France. Neuf maisons de ventes chinoises figurent dans le classement des 20 premières maisons mondiales, dont cinq dans les dix premières.

Ce dynamisme se traduit également par des résultats records pour les artistes chinois. En 2009, cinq Maîtres chinois ont rejoint le classement des dix meilleures enchères mondiales de l'histoire du marché des dessins anciens, déclassant des artistes considérés comme les références absolues, tels Michel-Ange (1475-1564) ou Léonard de Vinci (1452-1519). Aujourd'hui, le classement des cinq plus importantes enchères du marché mondial des dessins anciens s'établit comme suit, faisant apparaître trois artistes chinois :

1. Raphaël (1483-1520), *Tête de muse*, Christie's, Londres, \$ 47,9 millions
2. Wu Bin (1568-1621), *Eighteen Arhats*, 1615 Poly, Pékin, \$ 24,8 millions
3. Zeng Gong (1019-1083), *Letter leaf Poly*, Pékin, \$ 14,2 millions
4. Michel-Ange (1475-1564), *Le Christ ressuscité*, Christie's, Londres, \$ 11 millions
5. Zhu Da (1626-1705), *Imitation of Ni Zan's landscape Council*, Pékin, \$ 11 millions

L'histoire de l'œuvre de Wu Bin est éloquent : le rare rouleau de ce peintre de la dynastie Ming, ayant appartenu à l'empereur Qianlong (1736-1795) a été acquis aux enchères à New York par les grands collectionneurs belges Guy et Myriam Ullens en 1992 pour 605 000 dollars. Revendu à Pékin par une maison chinoise en 2009, il atteint alors l'équivalent de 24,8 millions de dollars.

Au premier semestre 2010, les acheteurs originaires de Chine continentale et de Hong-Kong ont représenté 13,6 % du montant des ventes du groupe Christie's, se situant ainsi au deuxième rang des pays acheteurs, après les États-Unis. Aujourd'hui, la salle de vente de Chris-

tie's à Hong-Kong est la troisième du groupe, après New York et Londres.

B. Les nouveaux acheteurs

L'exemple des œuvres du peintre Zeng Fanzhi (né en 1964), présentées en vente publique, est loin d'être une exception. Son premier tableau à passer sous le feu des enchères *Mask series – n° 21 and 32, class 1, grade 3* est estimé 5 000 à 7 000 dollars (US) et acquis par un collectionneur américain pour 12 270 dollars (US) en 2004 lors d'une vente de Christie's à Hong-Kong. Quatre ans plus tard, toujours à Hong-Kong, Christie's met en vente une autre œuvre de l'artiste *Mask series 1996 n° 6*, avec une estimation de 1,9 à 3,2 millions de dollars (US). Elle est achetée par un collectionneur taïwanais pour 9,6 millions de dollars (US).

Dynamiques, les acquéreurs asiatiques utilisent également tous les moyens modernes pour enchérir. C'est l'un d'eux qui a porté la plus importante enchère de la vente des œuvres du photographe Jean-Loup Sieff, organisée par Christie's à Paris en juin 2010, et ce par le biais de « Christie's Live », un outil utilisant internet et permettant d'enchérir en direct dans les ventes du groupe Christie's depuis tout ordinateur dans le monde. En grande partie du fait de cette présence asiatique « en ligne », 62 % des œuvres, en valeur, et 58 % en nombre de lots, ont été acquises *via* internet, une proportion jamais atteinte auparavant dans une vente organisée par Christie's.

Aujourd'hui, dans les ventes de Christie's, toutes spécialités et salles de ventes confondues, les acheteurs proviennent de 106 pays différents, et depuis la saison 2006-2007, la part combinée des achats des collectionneurs de l'Asie, l'Australie, la Russie et CEI, ainsi que le Moyen-Orient ne cesse de croître. Elle a atteint 22 % au premier semestre 2010.

Au Moyen-Orient, le marché de l'art bénéficie de la dynamique générée par les grands projets muséaux, comme le Louvre Abu Dhabi ou encore le Musée national du Qatar. C'est ainsi qu'en 2008, lors d'une vente de Christie's à Dubaï, l'artiste iranien Parviz Tanavoli (né en 1937) a vu l'une de ses œuvres, *The wall (Oh Persepolis)*, vendue 2,84 millions de dollars, devenir le record mondial de vente pour un artiste iranien et l'œuvre d'art la plus chère jamais adjugée au Moyen-Orient. De même, c'est à Dubaï, sous le marteau de Christie's, qu'a été établi le record mondial de vente pour un artiste contemporain arabe, Ahmed Moustafa (né en 1943) : *Remembrance and Gratitude*, a atteint 662 500 dollars en 2009. En cinq ans, c'était la troisième fois qu'une œuvre de l'artiste battait ce record mondial. Enfin, en 2010, une œuvre de Mahmoud Said (1897-1964), établit le nouveau record mondial pour une œuvre d'un artiste arabe, avec 2,43 millions de dollars. Depuis 2006, 65 % des acheteurs lors des ventes organisées par Christie's à Dubai sont originaires du Moyen-Orient, et soutiennent leurs artistes nationaux.

Le même mouvement accompagne les artistes indiens, les prix de l'art contemporain national ayant

crû, selon *Artprice*, de plus de 3 000 % entre 1998 et 2008. Subodh Gupta (né en 1964), est le plus jeune artiste indien dont une œuvre ait dépassé le seuil du million de dollars aux enchères : *Saat Samundar Paar (10)* a atteint \$ 1,2 million en mai 2008 dans une vente de Christie's à Hong-Kong.

Ces exemples montrent à quel point, au-delà des adjudications, le marché de l'art aux enchères peut contribuer à l'image de marque d'un pays. Aujourd'hui, du fait de la diversité des origines des acheteurs, ce marché est souvent qualifié de « global ». Il est néanmoins concentré, pour l'organisation des vacations, dans quatre pays principaux : les États-Unis, le Royaume-Uni, la Chine et la France. L'avenir respectif de ces places concurrentes sur l'échiquier mondial sera tributaire en partie du dynamisme des collectionneurs attachés à défendre leur art national, mais plus encore de l'environnement juridique et fiscal dont elles pourront bénéficier. Sans inflexion de la régulation, il est probable que le Royaume-Uni et la France perdront de leur influence et des parts de marché au profit des États-Unis et de l'Asie. Le dynamisme et le développement chinois, sans précédent, laissent imaginer qu'un jour une maison de vente chinoise pourrait être en mesure de concurrencer les deux « majors » Christie's et Sotheby's. Marché cyclique mais constitué de micromarchés ayant leur propre rythme de développement et niveau de maturité, le marché de l'art aujourd'hui se développe principalement dans tous les domaines de la création des XX^e et XXI^e siècles. L'environnement économique incertain a par ailleurs accentué la compétition d'enchères sur les pièces reconnues comme des chefs-d'œuvre, faisant office de valeurs refuge. Associée au développement de nouvelles grandes fortunes mondiales et à l'intérêt croissant porté aux œuvres d'art dans le monde entier, cette tendance lourde a de grandes chances de perdurer.

