

**WHAT LEGAL
PROTECTION(S)
FOR CONTEMPORARY ART?**

Édouard TREPPOZ

Lecturer, University of Lyons 3,
Member of *Art et Droit* (*)

**¿QUÉ PROTECCION(ES),
JURIDICAS PARA
EL ARTE CONTEMPORANEO?**

Edouard TREPPOZ

*Catedrático
de la Universidad Lyon 3,
Miembro de "Arte y Derecho" (*)*

1. Contemporary art fascinates, surprises, disturbs and at times irritates. Quarrels flare up regularly between the devotees and contemners of modernity (1). In both cases, contemporary art appears as a coherent entity, to be adulated or detested. Yet there can be no unity and no coherency where disparity and diversity are the rule (2). The defining characteristic of contemporary art is that it is the art being created now. It is only this shared period in time that under the convenient banner of contemporary art can assemble works ranging from the easy to the demanding, from the provocative to the consensual... It is then for the critics to do the job of sorting through this profusion, thereby giving the

1. El arte contemporáneo apasiona, asombra, molesta y, a veces, irrita. Con regularidad se incrementan las polémicas oponiendo los turiferarios a los conceptualizadores de la modernidad (1). En ambos casos el arte contemporáneo aparece como una entidad coherente que habría que adular o detestar. Sin embargo, allí donde la desigualdad y la diversidad son la regla (2) ninguna unidad, ninguna coherencia son posibles. El arte contemporáneo posee, como característica, ser el arte de hoy. Sólo esta época común hace posible que se mezclen obras fáciles y obras exigentes, obras provocadoras y obras consensuales, ... todo bajo la cómoda insignia del arte contemporáneo. Les corresponde luego a los críticos escoger en este montón, originando entonces la ilusión

(*) This text is based on a paper presented at the Symposium on Image Rights held in Geneva on 3 October 2004.

(*) Este texto tiene su origen en una conferencia dictada en Ginebra el 3 de octubre de 2004, con ocasión del Coloquio Derechos de Imágenes.

**QUELLE(S) PROTECTION(S) JURIDIQUE(S)
POUR L'ART CONTEMPORAIN ?**

Édouard TREPPOZ

Maître de conférences à l'Université Lyon 3,
membre d'Art et Droit (*)

1. L'art contemporain passionne, étonne, dérange, et parfois agace. Régulièrement, des polémiques enflent, opposant les thuriféraires aux contempteurs de la modernité (1). Dans les deux cas, l'art contemporain apparaît comme une entité cohérente qu'il faudrait aduler ou détester. Pourtant, aucune unité, aucune cohérence n'est possible, là où l'inégalité et la diversité sont la règle (2). L'art contemporain possède comme caractéristique d'être l'art d'aujourd'hui. Seule cette époque commune permet de réunir sous la bannière commode de l'art contemporain des œuvres faciles à des œuvres exigeantes, des œuvres provocantes à des œuvres consensuelles... Il appartient ensuite aux critiques de faire le tri dans ce

(*) Ce texte est issu d'une conférence donnée à Genève le 3 octobre 2004 à l'occasion du colloque Droits d'Images.

retrospective illusion of coherency and unity. It is a totally different sorting job that faces lawyers. In this abundance they must sort the protected creations from the others. However, this task is no easier than the critic's.

2. The very principle of protection is already disconcerting. The scenario is that of a world - the world of contemporary art - secreting its own rules which force back those of the official state law. Indeed, Raymonde Moulin taught us that the artist's social recognition constitutes the precondition for defining the work (3). As Catherine Millet notes, "it is because it is in a museum that the Readymade is accepted as a work of art" (4). Thierry de Duve uses a description fraught with meaning for lawyers: the readymade has been "recorded by the jurisprudence of modern art" (5). The object's classification as a work does not depend on the national courts but on the arbiters of the art world - museums and critics. The most remarkable thing then is that the jurisprudence of modern art testifies to "the omnipotence of the criterion of novelty" (6). Yet in literary and artistic property law, only originality, to be distinguished from novelty, matters. Thus an institutional definition of the work that is out of joint with its legal definition is established, as the critic's classification differs from the lawyer's. This autonomy is intensified by the emergence of practices which are not just out of phase but in downright opposition to the state law. This opposition stems from the work of artists like Elaine Sturtevant or Sherrie Levine who copy other contemporary artists. While these copies may, legally speaking, be works (7), they are still

retrospectiva de una coherencia y de una unidad. Por su parte, el jurista se halla confrontado a una manera de elegir totalmente distinta. Para él, el asunto consiste en determinar en el seno de ese montón, qué creaciones de los autores están protegidas. Obviamente, esta forma de escoger no es en nada más sencilla que la del crítico.

*2. El principio mismo de una protección ya deja perplejo. La hipótesis entonces es la de un mundo, el del arte contemporáneo, que segrega sus propias reglas, desechando las del Derecho de los Estados. Efectivamente, a partir de Raymonde Moulin se sabe que el reconocimiento social del artista constituye un asunto preliminar a la definición de la obra (3). Como lo destaca Catherine Millet: "porque se encuentra en el museo, es por lo que el Readymade se acepta como una obra de arte" (4). Thierry de Duve tiene esta expresión cargada de un sentido profundo para el jurista: "la jurisprudencia del arte moderno a inscrito en ella" *al readymade* (5). La calificación de obra no depende de los tribunales estatales, sino de los tribunales artísticos, que son los museos, los críticos... Lo más inaudito es que la jurisprudencia sobre el arte moderno lo que prueba es "el criterio todopoderoso de la novedad" (6). Ahora bien, en Derecho de Autor lo que cuenta es la originalidad, que es distinta de la novedad. De esta manera, se establece en firme una definición institucional de la obra desplazada en relación a su definición jurídica, puesto que la elección que el crítico realiza es distinta de la que realiza el jurista. Esta autonomía se refuerza por la emergencia de prácticas, no ya desajustadas sino que se abren frontalmente al Derecho estatal. La oposición se origina en los trabajos de artistas tales como Elaine Sturtevant o aún Sherrie Levine que copian a otros artistas contemporáneos. Si bien es cierto que esas*

foisonnement donnant alors l'illusion rétrospective d'une cohérence et d'une unité. C'est à un tout autre tri auquel le juriste est confronté. Il s'agit pour lui de déterminer parmi ce foisonnement, les créations protégées des autres. Or, ce tri n'est pas plus aisé que celui du critique.

2. Le principe même d'une protection laisse déjà perplexe. L'hypothèse est alors celle d'un monde, celui de l'art contemporain, secrétant ses propres règles refoulant celles du droit étatique. On sait en effet depuis Raymonde Moulin que la reconnaissance sociale de l'artiste constitue le préalable de la définition de l'œuvre (3). Comme le note Catherine Millet : *"c'est parce qu'il est au musée que le Readymade est accepté comme une œuvre d'art"* (4). Thierry de Duve a alors ce mot lourd de sens pour le juriste : le readymade a été *"enregistré par la jurisprudence de l'art moderne"* (5). La qualification d'œuvre ne dépend pas des tribunaux étatiques, mais des tribunaux artistiques que sont les musées, les critiques... Le plus remarquable est alors que la jurisprudence de l'art moderne témoigne de *"la toute puissance du critère de la nouveauté"* (6). Or, en droit d'auteur, seule l'originalité distincte de la nouveauté importe. S'affirme ainsi une définition institutionnelle de l'œuvre en décalage avec sa définition juridique, le tri du critique se distinguant de celui du juriste. Cette autonomie se renforce par l'émergence de pratiques, non pas en décalage, mais en opposition frontale au droit étatique. L'opposition provient des travaux d'artistes comme Elaine Sturtevant ou encore Sherrie Levine copiant d'autres artistes contemporains. Si ces copies peuvent être juridiquement des œuvres (7), elles n'en sont pas moins des

infringing imitations in the absence of the copied artist's agreement. Yet, in spite of their infringing nature, these works are recorded in turn by the jurisprudence of modern art. Above all, they do not seem to have given rise to any legal disputes, at least where the appropriated works are those of other contemporary artists (8). Freedom to copy is thus arguably being set up as an autonomous rule of contemporary art, suppressing the official state law. One suspects that the limit is formed by the milieu's imperviousness. When photographers from outside this world (9) believe that their works have been copied, they take their case to the courts of law. Apart from the contemporary art world's gratifications, these artists among themselves do not wish to be subjected to the pressures of engaging in lawsuits. The finding is the same when artists are copied, not by other artists from their own world, but by photographers or advertisers. The artist turns to the courts (10). In both cases, the presence of actors from outside the world of contemporary art, either as victims or as wrongdoers, facilitates action in the courts and thus the application of the national law.

3. This raises the question of the form of protection of contemporary art, which might seem laughable given the obviousness of literary and artistic property law - or the law of authors' rights - as the natural framework for art, and thus contemporary art too. Yet artists do not appear to wish to be imprisoned within this overly constricting framework. So they ask lawyers to show originality. Yves Klein raised the question of the links between aesthetics and industrial property by using a Soleau envelope for his International Klein Blue and, even more radically, with his patent to protect his

copias pueden considerarse jurídicamente como obras (7), no por eso dejan de ser falsificaciones puesto que carecen del acuerdo del artista copiado. Sin embargo, a pesar de su carácter de obra falsificada, la jurisprudencia sobre el arte moderno las registra a su vez. Sobre todo, no parecen haber ocasionado diferendos contenciosos, por lo menos cuando la apropiación tiene que ver con el trabajo de artistas contemporáneos (8). De este modo, la libertad de copiar se erigiría como una regla autónoma del arte contemporáneo, poniendo así al margen el Derecho estatal. Se presiente que el límite proviene del hermetismo que caracteriza al medio. Cuando un fotógrafo que no pertenece precisamente a ese medio (9) considera que su obra ha sido copiada, lleva el asunto ante los tribunales judiciales. Fuera de las gratificaciones del mundo del arte contemporáneo, estos artistas no quieren ser víctimas de sus presiones. Se puede comprobar lo mismo cuando los que copian no son artistas de su propio mundo, sino fotógrafos o publicistas. El artista acude a los tribunales (10). En ambos casos, la presencia de actores exteriores al universo del arte contemporáneo, bien sea como víctimas o como falsarios, facilita el recurso a los tribunales y por tanto la aplicación del derecho estatal.

3. Surge entonces el interrogante acerca de la forma de protección del arte contemporáneo. El interrogante podría hacer sonreír, en tanto en cuanto el Derecho de Autor, también llamado propiedad literaria y artística, se impone como marco natural del arte y por lo tanto del arte contemporáneo. Y aún así, el artista parece no querer dejarse encerrar en ese marco tan estrecho. Incita entonces al jurista a dar pruebas de originalidad. Yves Klein plantea la cuestión de los vínculos establecidos entre estética y propiedad industrial, utilizando un sobre o (empaquetado) Soleau para su

contrefaçons sans l'accord de l'artiste copié. Pourtant, malgré leur nature contrefaisante, ces œuvres sont enregistrées, à leur tour, par la jurisprudence de l'art moderne. Surtout, elles ne semblent pas avoir donné lieu à contentieux, du moins lorsque l'appropriation porte sur le travail d'artistes contemporains (8). La liberté de copier s'érigerait ainsi en règle autonome de l'art contemporain, refoulant le droit étatique. La limite provient, on le pressent, de l'étanchéité du milieu. Lorsqu'un photographe étranger à ce monde (9) juge que son œuvre a été copiée, il porte l'affaire devant les tribunaux judiciaires. En dehors des gratifications du monde de l'art contemporain, ces artistes ne souhaitent pas en subir les contraintes. Le constat est le même lorsque les artistes se font copier non pas par des artistes de leur monde, mais par des photographes ou des publicitaires. L'artiste saisit les tribunaux (10). Dans les deux cas, la présence d'acteurs extérieurs au monde de l'art contemporain, soit comme victime, soit comme fauteur, facilite la saisine des tribunaux et donc l'application du droit étatique.

3. Se pose dès lors la question du mode de protection de l'art contemporain. Elle pourrait prêter à sourire, tant le droit d'auteur, aussi appelé propriété littéraire et artistique, s'impose comme le cadre naturel de l'art et donc de l'art contemporain. Pourtant, l'artiste semble ne pas vouloir se laisser enfermer dans ce cadre trop étroit. Il invite alors le juriste à faire preuve d'originalité. Yves Klein pose la question des liens entre esthétique et propriété industrielle en utilisant une enveloppe Soleau pour son International Klein Blue et, de manière plus radicale encore, avec son brevet

Anthropométries. Buren, for his part, uses the contract as his work and as his method of protection with his *avertissements* or certificates binding the artist to the collector. Lastly, Orlan, making her body her work, blurs the contours between the right of personal portrayal and authors' rights. This bypassing of the law of authors' rights prompts a feeling of uneasiness. Is it the artist who is escaping from the system or is it the system that is throwing out the artist? The unease is intensified by the fact that these other rights provide protection that is always less than that afforded by authors' rights. The answer then hinges on the application of authors' rights to contemporary creation. The inference is that, since Duchamp, the law of authors' rights has lost its points of reference (11). There is a double paradox here. Firstly, a work, the *Readymade*, regarded as a major work of the 20th century by art experts (12) is arguably not a work from a legal viewpoint (13). Secondly, authors' rights, though limited in time to seventy years *post mortem*, are purportedly stuck in a traditional view of creation, incapable of encompassing what is nevertheless their object: contemporary creation. Another scenario must be possible, however; that of authors' rights in phase with their object, that is to say creation, whether or not it is contemporary. Protection by authors' rights (II) will allow such optimism, and by the same token show the relative weakness of the protections sought outside the law of authors' rights (I).

I - PROTECTIONS OUTSIDE AUTHORS' RIGHTS

4. The objective here is to provide contemporary art with protection that is separate from authors' rights. Two

Internacional Klein Blue y, de manera aún más radical, con su patente para proteger sus Anthropometries. Por su parte, Buren utiliza el contrato como obra y como modo de protección con sus advertencias por medio de las cuales vincula al artista con el coleccionista. En fin, Orlan, haciendo de su cuerpo su obra, revuelve el perfil entre derecho de imagen y derecho de autor. Esta forma de escabullir el Derecho de Autor suscita cierto malestar. ¿Es el artista el que se evade del marco, o el marco el que despoja al artista? El malestar es tanto mayor, si se toma en consideración la circunstancia de que estos derechos ofrecen una protección siempre inferior a la que brinda el Derecho de Autor. La respuesta depende entonces de la aplicación del Derecho de Autor a la creación contemporánea. Ahora bien, a partir de Duchamp el Derecho de Autor estaría perdiendo sus parámetros de referencia (11). La paradoja lo es por partida doble. De una parte, una obra, el Readymade, considerada por los especialistas del arte (12) como la obra máxima del siglo XX, jurídicamente no sería una obra (13). De otra parte, el Derecho de Autor cuya duración está limitada a setenta años post mortem, quedaría petrificado bajo una concepción clásica de la creación, incapaz de aprehender, lo que es, no obstante, su objeto: la creación contemporánea. Cabe entonces otra presentación: la de un Derecho de Autor que se adecúe a su objeto o sea, a la creación, bien sea contemporánea o no. La protección por el Derecho de Autor (II) permitirá este optimismo, relativizando un tanto lo débil de las protecciones más allá del Derecho de Autor (I).

I - LAS PROTECCIONES MAS ALLA DEL DERECHO DE AUTOR

4. Aquí el objetivo consiste en ofrecer una protección al arte contemporáneo, distinta de la del Derecho de Autor. Se

protégeant ses Anthropométries. Buren utilise, pour sa part, le contrat comme œuvre et comme mode de protection avec ses avertissements liant l'artiste au collectionneur. Enfin, Orlan, faisant de son corps son œuvre, brouille les contours entre droit d'image et droit d'auteur. Ce contournement du droit d'auteur suscite un malaise. Est-ce l'artiste qui s'évade du cadre ou le cadre qui évince l'artiste ? Le malaise est d'autant plus grand que ces droits offrent une protection toujours inférieures à celles du droit d'auteur. La réponse dépend alors de l'application du droit d'auteur à la création contemporaine. Or, depuis Duchamp, ce dernier perdrait ses repères (11). Le paradoxe est double. D'une part, une œuvre, le *Readymade*, considérée comme l'œuvre majeure du XXème siècle par les spécialistes de l'art (12) ne serait pas juridiquement une œuvre (13). D'autre part, le droit d'auteur, dont la durée est limitée à soixante-dix ans *post mortem*, serait figé dans une conception classique de la création, incapable d'appréhender, ce qui est pourtant son objet : la création contemporaine. Une autre présentation doit être possible ; celle d'un droit d'auteur en adéquation avec son objet, la création qu'elle soit contemporaine ou non. La protection par le droit d'auteur (II) permettra cet optimisme, relativisant d'autant la faiblesse des protections au-delà du droit d'auteur (I).

I - LES PROTECTIONS AU-DELÀ DU DROIT D'AUTEUR

4. L'objectif consiste ici à offrir une protection à l'art contemporain, distincte du droit d'auteur. Deux techniques sont envisageables : l'emprunt (A)

techniques are conceivable: borrowing (A) or imitation (B). Borrowing implies protecting contemporary art by means of a system of protection that is by nature foreign to it. Industrial property might be able to accommodate contemporary art. Imitation implies, for its part, that protection is fashioned in the image of authors' rights, using civil law this time.

A) Borrowed Protection: Industrial Property

5. Contemporary art migrates from its natural framework (authors' rights) to a host framework (industrial property). This swing from authors' rights to industrial property turns out to be disappointing, however, highlighting the weaknesses of the borrowed protection.

1) The Swing to Industrial Property

6. Contemporary art's swing from authors' rights to industrial property began with Duchamp and intensified with Klein. Industrial property became a new sphere of protection for these artists, through patent law and trademark law.

7. In the words of one art critic, Duchamp "*brought the world of patents into that of copyright*" (14). This swing arose from the author's incursions into the field of industry and particularly industrial design (15). The artist shows, in his own fashion, the porosity of the frontier between art and industry. The law's answer was to establish the principle of unity of art to the effect that a work's industrial purpose does not affect its protection by authors' rights.

contemplan dos técnicas: el préstamo (A) o la imitación (B). El préstamo supone proteger el arte contemporáneo mediante un modo de protección que le es, por naturaleza, extraño. La propiedad industrial permite contemplar esta forma de acogerlo. Por su parte, la imitación supone elaborar una protección parecida a la del Derecho de Autor, utilizando esta vez el Derecho Civil.

A) La protección de préstamo: la propiedad industrial

5. El arte contemporáneo se desplaza de su marco natural, es decir el Derecho de Autor hacia lo que se podría llamar un marco de acogida, es decir el de la propiedad industrial. Sin embargo, que el Derecho de Autor se deslice hacia la propiedad industrial es decepcionante y marca las debilidades inherentes a la protección de préstamo.

1) El deslizamiento hacia la propiedad industrial

6. El deslizamiento del Derecho de Autor hacia la propiedad industrial debido al arte contemporáneo, es un fenómeno que comienza con Duchamp y se afirma con Klein. La propiedad industrial se convierte entonces en un nuevo campo de protección para los artistas, tanto al través del Derecho de Patentes como del Derecho de Marcas.

7. Según la crítica de arte, Duchamp ha hecho "que el mundo de la patente se deslice hacia el del Derecho de Autor" (14). Este desliz se funda en las incursiones del autor en el ámbito de la industria y muy particularmente en la esfera del diseño industrial (15). El artista demuestra, a su manera, la porosidad de la frontera entre arte e industria. La respuesta del Derecho fue consagrar el principio de la unidad del arte, principio según el cual el destino industrial de una obra es indiferente en

ou l'imitation (B). L'emprunt suppose de protéger l'art contemporain par un mode de protection qui lui est, par nature, étranger. La propriété industrielle permet d'envisager un tel accueil. L'imitation suppose, pour sa part, de façonner une protection à l'image du droit d'auteur, en utilisant, cette fois, le droit civil.

A) La protection d'emprunt : la propriété industrielle

5. L'art contemporain se déplace de son cadre naturel - le droit d'auteur - vers un cadre d'accueil - la propriété industrielle. Ce basculement du droit d'auteur vers la propriété industrielle s'avère pourtant décevant, marquant les faiblesses de la protection d'emprunt.

1) Le basculement vers la propriété industrielle

6. Le basculement de l'art contemporain du droit d'auteur vers la propriété industrielle débute avec Duchamp et s'affirme avec Klein. La propriété industrielle devient alors un nouveau champ de protection pour ces artistes, tant au travers du droit des brevets que du droit des marques.

7. Selon la critique d'art, Duchamp a fait "*basculer le monde du brevet dans celui du droit d'auteur*" (14). Ce basculement se fonde sur les incursions de l'auteur dans le domaine de l'industrie et plus particulièrement du dessin industriel (15). L'artiste montre, à sa manière, la porosité de la frontière entre art et industrie. La réponse du droit fut de consacrer le principe de l'unité de l'art, principe selon lequel la destination industrielle d'une œuvre est

The swing that brought *"the world of patents into that of copyright"* continued afterwards in the 1960s with Klein, Tinguely or again Takis as protagonists. It was their use of industrial techniques that led these artists to describe themselves not as creators but as inventors (16) and to claim the protection afforded by patent law. So it was that Klein applied for and obtained in 1960 a patent in his famous *Anthropométries*. Here the protection concerns the process - presented as a decorating process - rather than the work produced by the process. The upheaval caused by contemporary art arguably justified this shift from authors' rights to patents, from the protection of the form to that of the technical solution.

8. Trademark law was also considered by these contemporary artists. Duchamp, again during his incursions into industrial techniques, registered a trademark to protect the sign *Rotoreliefs* (17). On a more general level, one legal scholar considers therefore that the inventor of the *readymades* was the initiator of another swing this time from authors' rights to trademark law. The work, he argues, has become a *"work-trademark"*, *"defined as an object whose artistic essence is revealed by the artist's signature"* (18). The process is declarative in this case: *"just as a mark guarantees the origin of a product [...], so the signature guarantees that the thing-product is art"* (19). *"When one buys a Duchamp, one does not buy the object. One buys the mark"* (20). It is not the work that has to be protected then, but the signature. The protection shifts

cuanto a su protección por el Derecho de Autor. Este deslizamiento "del mundo de la patente al del Derecho de Autor" se prolonga a continuación, en los años sesenta, con Klein, Tinguely o aún Takis como protagonistas. Es la utilización de técnicas industriales llevada a cabo por esos artistas lo que los lleva a presentarse ya no como creadores, sino como inventores (16) y a reivindicar la protección que brinda el Derecho de Patentes. De este modo, Klein solicitó y obtuvo en 1960 una patente de invención sobre sus famosas Anthropométries. La protección tiene que ver aquí con el procedimiento, el cual fue presentado como un procedimiento de decoración, y no sobre la obra realizada mediante el tal procedimiento. El trastorno operado por el arte contemporáneo vendría a justificar ese deslizamiento del Derecho de Autor hacia la patente, de la protección de la forma hacia la protección de la solución técnica.

8. El Derecho marcario también ha captado la atención de estos artistas contemporáneos. Con ocasión de sus incursiones en la técnica industrial, Duchamp siempre registró una marca para proteger el signo *Rotoreliefs* (17). Desde un punto de vista más general, un jurista considera que, esta vez, el inventor de los *readymades* habría generado otro deslizamiento del Derecho de Autor hacia el Derecho de Marcas. La obra pasaría a ser una "obra-marca", "definida como un objeto cuya esencia artística se revela con la firma del artista" (18). El proceso aquí sería declarativo: "así como una marca garantiza el origen de un producto [...] la firma garantiza que la cosa-producto, es arte" (19). "Cuando uno compra un Duchamp, uno no compra el objeto. Lo que se compra es la marca" (20). A partir de lo cual, la protección ya no tiene nada que ver con la obra, sino únicamente con la firma. La marca se desplaza del Derecho

indifférente à sa protection par le droit d'auteur. Ce basculement *"du monde du brevet dans celui du droit d'auteur"* se prolonge, ensuite, dans les années 60 avec comme protagonistes Klein, Tinguely ou encore Takis. C'est l'utilisation par ces artistes de techniques industrielles qui les conduit à se présenter non plus comme des créateurs, mais comme des inventeurs (16) et à revendiquer la protection offerte par le droit des brevets. Ainsi, Klein a demandé et obtenu en 1960 un brevet d'invention sur ses fameuses Anthropométries. La protection porte ici sur le procédé, présenté comme un procédé de décoration, et non sur l'œuvre réalisée par le procédé. Le bouleversement opéré par l'art contemporain justifierait ce basculement du droit d'auteur au brevet, de la protection de la forme à celle de la solution technique.

8. Le droit des marques a lui aussi fait l'objet de l'attention de ces artistes contemporains. Duchamp, toujours, lors de ses incursions dans la technique industrielle, a déposé une marque pour protéger le signe *Rotoreliefs* (17). De manière plus générale, un juriste considère que l'inventeur des *readymades* serait à l'origine d'un autre basculement du droit d'auteur, cette fois, vers le droit des marques. L'œuvre serait devenue une *"œuvre-marque"*, *"définie comme un objet dont l'essence artistique est révélée par la signature de l'artiste"* (18). Le processus serait ici déclaratif : *"de même qu'une marque garantit l'origine d'un produit [...] la signature garantit que la chose-produit est de l'art"* (19). *"Quand on achète un Duchamp, on n'achète pas l'objet, On achète la marque"* (20) La protection n'a plus alors à porter sur l'œuvre, mais sur la signature. Elle se déplace du droit d'auteur au droit des

from literary and artistic property law to trademark law (21). It was doubtless Klein, more than Duchamp (22), who highlighted the importance of this shift with the creation of the International Klein Bureau, the members of which were formally authorised by Yves Klein to make monochrome paintings in his name (23). The emergence of a "work-trademark" is clearly apparent here.

9. The demonstration of this development of the protection of contemporary art beyond the sphere of authors' rights implies that we should consider the appropriateness of these borrowed protections.

2) A Disappointing Swing

10. The swing proves disappointing due to the limits, but above all the unsuitability of the borrowed protection, that is to say industrial property protection.

11. While patent law covers in principle only a limited number of works, namely those which draw from the field of industry, the actual requirements of patent protection are likely to reduce this number to next to nothing. This statement could be challenged, however, by the very existence of patents for works by Takis, Klein or again Tinguely, as the fine book by Didier Semin shows (24). It ought to be recalled perhaps that issuance of a patent is only equivalent to a presumption of validity; and here the validity of these patents is questionable. In law, aesthetic creations are not inventions (25). The question, therefore, is whether such works are aesthetic creations (26) or, to be more precise, whether they are only aesthetic

de Autor al Derecho Marcario (21). Sin duda, le corresponde más a Klein que a Duchamp (22) el haber puesto en evidencia la importancia del deslizamiento, al crear el Internacional Klein Bureau cuyos miembros fueron solemnemente habilitados por Yves Klein para que realizaran en su nombre cuadros monocromos (23). El surgimiento de una obra-marca es aquí evidente.

9. El haber puesto en evidencia esta evolución del arte contemporáneo más allá del Derecho de Autor, lleva a preguntarse si tales protecciones de préstamo son o no son oportunas.

2) Un deslizamiento decepcionante

10. El deslizamiento es decepcionante por razón de los límites y sobre todo porque la protección de préstamo, que es la protección industrial, es inadaptada.

11. Si el Derecho de Patentes no tiene efecto, a priori, sino sobre un número limitado de obras, las obras que se toman del ámbito industrial corren el riesgo de que las exigencias de esa protección reduzcan el número a la porción congrua. No obstante, este propósito podría objetarse por la existencia misma de patentes para las obras de Takis, Klein o aún de Tinguely, como lo atestigua la hermosa obra de Didier Semin (24). Sin duda, es bueno recordar que otorgar la patente no vale sino como presunción de validez. Ahora bien, la validez de estas patentes es discutible. En derecho, las creaciones estéticas no son invenciones (25). Se trata entonces de dilucidar si tales obras son creaciones estéticas (26) o, más exactamente, si son, únicamente, creaciones estéticas (27). Efectivamente, ha sido objeto de decisiones

marques (21). Il appartient sans doute à Klein, davantage qu'à Duchamp (22), d'avoir mis en évidence l'importance d'un tel basculement, avec la création de l'International Klein Bureau, dont les membres furent solennellement habilités par Yves Klein à réaliser en son nom des tableaux monochromes (23). L'émergence d'une œuvre-marque est ici manifeste.

9. La mise en évidence de cette évolution de l'art contemporain au-delà du droit d'auteur suppose de s'interroger sur l'opportunité de telles protections d'emprunt.

2) Un basculement décevant

10. Le basculement s'avère décevant en raison des limites, mais surtout de l'inadaptation de la protection d'emprunt, qu'est la protection industrielle.

11. Si le droit des brevets ne porte *a priori* que sur un nombre limité d'œuvres, celles qui empruntent au domaine de l'industrie, les exigences d'une telle protection risquent de réduire ce nombre à la portion congrue. Ce propos pourrait néanmoins être contesté par l'existence même de brevets pour des œuvres de Takis, Klein ou encore Tinguely, comme l'atteste le bel ouvrage de Didier Semin (24). Sans doute, faut-il rappeler que la délivrance de brevet ne vaut que présomption de validité. Or, la validité de ces brevets est discutable. En droit, les créations esthétiques ne sont pas des inventions (25). La question est donc de savoir si de telles œuvres sont des créations esthétiques (26) ou plus exactement si elles ne sont que des

creations (27). Indeed, the courts have held (28) that if other results capable of an industrial application separate from the aesthetic character are present, then the exclusion from patentability does not apply. The question shifts and hinges more simply on these works' characterisation as technical solutions to technical problems. While such a characterisation is not impossible in theory (29), it reduces in the same proportion the sphere of application and thus the usefulness of patent law as a method of protecting contemporary art. Above all, this characterisation as an invention is not sufficient on its own, as the work must then meet the conditions governing patentability to receive protection. Though real, contemporary art's swing to patent law will only very rarely result in the grant of a valid patent. On the other hand, trademark law seems more accommodating. Indeed, nothing could have prevented Klein from registering his name as a trademark. But the protection is limited, as a result, to the sign. No one could sign a monochrome "Klein" (30), but everyone could paint a monochrome using the International Klein Blue. The protection could be improved, however, by changing the registered subject matter. Rather than the artist's name, it should cover the colour of the monochrome (31). Registered by means of a simple Soleau envelope in 1960 (32), International Klein Blue could be protected today by trademark law. However, though conceivable, such protection nevertheless remains limited to a very specific category of works: monochromes in a particular shade of colour!

judiciales (28) el hecho de que, si están presentes otros resultados capaces de una aplicación industrial desligada del carácter estético, no es aplicable entonces excluirlos de la patente. La cuestión se desplaza y depende sencillamente de calificar a estas obras como obras que aportan soluciones técnicas a problemas técnicos. Si una calificación de esta naturaleza no es teóricamente imposible (29), ella reduce tanto más el ámbito de aplicación y por consiguiente la utilidad del Derecho de Patentes como modo de protección del arte contemporáneo. Sobre todo, esta calificación de invención no es suficiente en sí misma ya que, a continuación, para proteger la obra, ésta deberá satisfacer las condiciones requeridas para patentarla. En la realidad, el deslizamiento del arte contemporáneo hacia el Derecho de Patentes no se traducirá más que en muy raros casos en el otorgamiento de una patente válida. A la inversa, el Derecho Marcario parece más acogedor. En efecto, nada hubiera podido impedir a Klein registrar su nombre patronímico como marca. Consecuentemente, la protección queda limitada al signo. Nadie podrá firmar un monocromo Klein (30), pero todo el mundo podrá pintar un monocromo utilizando el Internacional Klein Blue. Sin embargo, sigue siendo posible un perfeccionamiento gracias a una modificación del objeto del registro. Este último ya no debe atañer al nombre patronímico del artista sino al color del monocromo (31). Registrado mediante una simple envoltura Soleau en 1960 (32), el Internacional Klein Blue podría hoy día ser protegido por el Derecho de Marcas. Posible, una protección de tal naturaleza no deja de seguir estando limitada a una categoría de obra muy particular: los monocromos de un cierto matiz cromático!

créations esthétiques (27). Il a été en effet jugé (28) que si d'autres résultats susceptibles d'une application industrielle détachée du caractère esthétique sont présents, alors l'exclusion de brevetabilité n'est pas applicable. La question se déplace et dépend plus simplement de la qualification de ces œuvres de solutions techniques à des problèmes techniques. Si une telle qualification n'est pas théoriquement impossible (29), elle réduit d'autant le domaine d'application et donc l'utilité du droit des brevets comme mode de protection de l'art contemporain. Surtout, cette qualification d'invention n'est pas à elle seule suffisante, l'œuvre devra ensuite satisfaire aux conditions de brevetabilité pour être protégée. Réel, le basculement de l'art contemporain vers le droit des brevets ne se traduira que très rarement par l'octroi de brevet valide. À l'inverse, le droit des marques semble plus accueillant. Rien n'aurait pu en effet empêcher Klein de déposer son nom patronymique comme marque. La protection est en conséquence limitée au signe. Personne ne pourra signer un monochrome Klein (30), mais tout le monde pourra peindre un monochrome en utilisant l'International Klein Blue. Un perfectionnement demeure néanmoins possible grâce à une modification de l'objet du dépôt. Ce dernier ne doit plus porter sur le nom patronymique de l'artiste mais sur la couleur du monochrome (31). Enregistrée par une simple enveloppe Soleau en 1960 (32), l'International Klein Blue pourrait aujourd'hui être protégé par le droit des marques. Envisageable, une telle protection n'en demeure pas moins limitée à une catégorie très particulière d'œuvre : les monochromes d'une certaine nuance de couleur !

12. Apart from the limits of the borrowed protection, it is clearly ill-adapted to the world of art. Both trademark law and patent law draw largely on the utilitarian conception of intellectual property. It is because of the monopolistic nature of patents that policing of the general interest is required (33), while it is due to the identification function of trademarks that it is justified to take account of the interests of consumers, beyond those of the actual trademark owners (34). Protection may then legitimately be subject to compliance with public policy and standards of morality (35). Protection can also be tied to the protected subject matter's exploitation (36). Clearly, this conception of property is not and cannot be compatible with artistic creation. Firstly, as one American author noted, the community has less to lose by granting an exclusive right in a James Bond plot than in an idea on which the good of humanity may depend (37). The very nature of the subject matter for protection would thus explain there being less pressure exerted by the general interest in the artistic field. Secondly, artistic creation necessarily brings out the figure of the author (38), with the work compelling recognition as the receptacle of his or her personality. This "consecration of the author" (39) eclipses proportionally the interests of the community. Lastly, the monopolistic effect is different depending on whether the protection concerns a work or an invention (40), again justifying a different balance of interests and thus different rules. To subject the protection of a work to its compliance with public policy amounts to agreeing to limit the artist's introspection to the most accessible regions. To require artists to exploit their works implies, for its part, that the bond between the author and

12. Más allá de los límites de la protección en cuanto al préstamo, ésta, prueba cuán inadaptada está al mundo del arte. Tanto el Derecho de Marcas como el Derecho de Patentes lo que toman prestado principalmente es la concepción utilitarista de la propiedad intelectual. El carácter de monopolio de la patente es lo que hace imperativa una policía de interés general (33) cuando la función de identificación de la marca justifica tomar en cuenta, más allá de los intereses del titular de la marca, los intereses de los consumidores (34). La protección puede entonces quedar legítimamente subordinada a estar en conformidad con el orden público y con las buenas costumbres (35). La protección también puede estar ligada a la explotación del objeto de protección (36). Ahora bien, esta concepción de la propiedad ni es, ni puede ser compatible con la creación artística. En primer término, como lo destacaba un autor norteamericano: "la colectividad tiene menos que perder al acordarle un derecho privativo a la intriga de un James Bond, que sobre una idea de la cual puede depender el bien de la humanidad" (37). La naturaleza misma del objeto de protección explicaría así una presión menos fuerte del interés general en materia artística. En segundo término, la creación artística pone necesariamente en evidencia la figura del autor (38), ya que la obra se impone como receptáculo de su personalidad. Esta "sacralización del autor" (39) oculta tanto más los intereses de la colectividad.. Finalmente, el efecto monopólico es distinto según que la protección recaiga sobre una obra o sobre una invención (40), lo que justifica también aquí una balanza de intereses distinta y, consecuentemente, reglas diferentes. Subordinar la protección de una obra a su conformidad con el orden público equivale a aceptar que, la introspección del artista se limite a las regiones más accesibles. Imponerle al artista

12. Au-delà des limites de la protection d'emprunt, cette dernière témoigne de son inadaptation au monde de l'art. Tant le droit des marques que le droit des brevets empruntent principalement à la conception utilitariste de la propriété intellectuelle. C'est la nature monopolistique du brevet qui impose une police de l'intérêt général (33), lorsque la fonction d'identification de la marque justifie de prendre en compte, au-delà des intérêts du titulaire de la marque, ceux des consommateurs (34). La protection peut alors légitimement être subordonnée à la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs (35). La protection peut aussi être liée à l'exploitation de l'objet de protection (36). Or, cette conception de la propriété n'est pas et ne peut être compatible avec la création artistique. D'abord, comme le notait un auteur américain : *"la collectivité a moins à perdre à accorder un droit privatif sur l'intrigue d'un James Bond que sur une idée dont peut dépendre le bien de l'humanité"* (37). La nature même de l'objet de protection expliquerait ainsi une pression moins forte de l'intérêt général en matière artistique. Ensuite, la création artistique met nécessairement en évidence la figure de l'auteur (38) ; l'œuvre s'imposant comme le réceptacle de sa personnalité. Ce *"sacre de l'auteur"* (39) occulte d'autant les intérêts de la collectivité. Enfin, l'effet monopolistique est distinct selon que la protection porte sur une œuvre ou sur une invention (40), justifiant là encore une balance des intérêts distincte et donc des règles différentes. Subordonner la protection d'une œuvre à sa conformité à l'ordre public, c'est accepter de limiter l'introspection de l'artiste aux contrées les plus accessibles. Imposer à l'artiste d'exploiter son œuvre suppose, pour sa part, de rompre le lien entre l'auteur

the work is broken for the sole benefit of the community. It is thus clearly apparent that the logic of art and the logic of industrial property are not and cannot be the same (41). The failure of this borrowed protection underscores then the relevance of art's natural protection system: authors' rights. However, the question is not just one of borrowing protection from outside the sphere of art but also of imitating the natural protection which is that of authors' rights.

B) Imitated Protection: Civil Law

13. Here authors' rights become the model, inspiring more or less faithful copies. Civil law offers various instruments with which to carry out this imitation. Yet no copy can replace the model; imitation likewise proves to be inferior.

1) Free Riding (Parasitism)

14. The courts, as we know, forged the theory of parasitic dealings from civil liability in tort. The specific nature of parasitism or "free riding" hinges on the tort of riding on someone else's back, taking advantage of the other's investments, products and reputation "at no cost". One of the objectives is to protect values that intellectual property neglects (42) as the law against free riding enables the creators of such values to object to their unauthorised use. Authors (43) have thus been able to refer to the "imitation of the effects of appropriation by the technique of civil liability". This imitation is not to be dismissed in the field of contemporary art. In particular, the question has been raised (44)

que explota su obra, supone que por su parte rompa el lazo entre el autor y la obra, en provecho de sólo la colectividad. De este modo pues, se pone de manifiesto que la lógica del arte ni es, ni puede ser la de la propiedad industrial (41). El fracaso de la protección de préstamo subraya entonces como un hueco la pertinencia de la protección natural del arte o sea, el Derecho de Autor. Ya no se trata solamente de apropiarse de una protección exterior a la esfera del arte, sino de imitar la protección natural que es el Derecho de Autor.

B) Una protección de imitación: el Derecho Civil

13. El Derecho de Autor se convierte aquí en el modelo que inspira copias más o menos fieles. El Derecho Civil ofrece entonces diferentes instrumentos que sirven para esta imitación. Sin embargo, ninguna copia será capaz de suplantar el modelo: la imitación también es inferior.

1) El parasitismo

14. Sabemos que la jurisprudencia forjó a partir de la responsabilidad civil, la teoría de las actuaciones parasitarias. La especificidad del parasitismo depende de una falta que consiste en situarse en el rastro que otro deja, aprovechándose de sus aportes, de sus productos, de su renombre "sin echar mano al bolsillo". Uno de los objetivos es proteger valores que abandona la propiedad intelectual. (42): el parasitismo permite a los creadores de tales valores oponerse a que se utilicen sin autorización. De este modo, los autores (43) han podido hablar "de imitación de los efectos de la apropiación mediante la técnica de la responsabilidad civil". Semejante imitación no tiene repercusiones en materia de arte contemporáneo. Es perfectamente lógico preguntarse (44) si Christo, en el proceso

et l'œuvre, au profit de la seule collectivité. On mesure ainsi que la logique de l'art n'est pas et ne peut être celle de la propriété industrielle (41). L'échec de cette protection d'emprunt souligne alors en creux la pertinence de la protection naturelle de l'art : le droit d'auteur. Il ne s'agit plus seulement d'emprunter une protection extérieure au domaine de l'art, mais d'imiter la protection naturelle qu'est le droit d'auteur.

B) Une protection d'imitation : le droit civil

13. Le droit d'auteur devient ici le modèle, inspirant des copies plus ou moins fidèles. Le droit civil offre alors différents instruments au service de cette imitation. Pourtant, aucune copie ne saura supplanter le modèle ; l'imitation s'avère, elle aussi, inférieure.

1) Le parasitisme

14. On sait que la jurisprudence forgea à partir de la responsabilité civile la théorie des agissements parasitaires. La spécificité du parasitisme dépend de la faute qui consiste à se placer dans le sillage d'autrui profitant de ses apports, de ses produits, de sa renommée "*sans bourse délier*". L'un des objectifs est de protéger des valeurs que délaisse la propriété intellectuelle (42) ; le parasitisme permettant aux créateurs de telles valeurs de s'opposer à leurs utilisations non autorisées. Des auteurs (43) ont ainsi pu parler "*d'imitation des effets de l'appropriation par la technique de la responsabilité civile*". Une telle imitation n'est pas sans conséquence en matière d'art contemporain. On a pu notamment se demander (44) si Christo dans l'affaire (45) l'opposant à

whether Christo, in the case (45) he brought against an advertiser who used the wrapping process (46), would not have won the case if he had based it on free riding. This is doubtless the lesson to be drawn from another case (47) involving Picasso's heirs and a brand of paints. The brand used a painting suggesting a work by Picasso in an advertising campaign. The company was found civilly liable in tort for using the painter's "renown" (48). Here, the fault lies in riding on the wave of an artist's fame without authorisation. Civil liability in tort was preferred in this instance to unfair competition due to the absence of any relationship of competition between the brand of paints and Picasso's heirs. However, it is worth pointing out that this requirement of competition is now immaterial when filing an action based on free riding or parasitism (49), so that, like one author, we can justifiably speak of "parasitism of glory" (50). Though potentially very promising, imitation of authors' rights by means of free riding nevertheless remains a crude alternative: no moral rights or even economic rights; all the artist can do is object to the use of his or her work. Free riding is then just a stopgap offering a semblance of appropriation to fill the holes in authors' rights. The explanation hinges on the model, which is property more than authors' rights. A more refined copy is thus needed by changing the model, as in the case of personal rights generally and the right of personal portrayal in particular.

2) The Right of Personal Portrayal

15. Personal rights are inherent in the person, regardless of any creation, as the protection concerns the person.

judicial (45) en el cual se enfrentó a un publicista que re-utilizó su procedimiento de empaquetamiento (46) no habría obtenido en la causa una ganancia, básicamente con fundamento en el parasitismo. Tal es, sin duda, la pedagogía de otro proceso judicial (47) en el cual se enfrentaron la sucesión Picasso y una marca de pintura. Esta última utilizaba en una campaña publicitaria una tela que hacía pensar en una obra de Picasso. La sociedad fue condenada entonces en el terreno de la responsabilidad civil, en razón de haberse servido del "renombre" (48) del pintor. Aquí, la falta consiste en seguirle el rastro a la notoriedad del artista, sin autorización. En este juicio se prefirió la responsabilidad civil a la competencia desleal, en razón de que no había relación de competencia entre la marca de la pintura y los herederos de Picasso. Sin duda, hay que precisar que esta exigencia de competencia es definitivamente indiferente al ejercicio de una acción fundada en el parasitismo (49), lo que justifica que se hable con un autor de "parasitismo de gloria" (50). Potencialmente rica, la imitación por parasitismo sigue siendo sin embargo un tanto grosera. Ni derecho moral o incluso ni derecho patrimonial, el artista simplemente puede oponerse a la utilización de su obra. El parasitismo no es entonces más que un empeoramiento que, en las lagunas del Derecho de Autor, ofrece una apariencia de apropiación. La explicación depende entonces del modelo, que es antes bien es la propiedad que el Derecho de Autor. La copia debe afinarse entonces cambiando de modelo, como lo hacen los derechos de la personalidad y muy especialmente el derecho a la imagen.

2) El derecho a la imagen

15. Los derechos de la personalidad son inherentes a la personería, independientemente de cualquier creación,

un publicitaire reprenant le procédé d'emballage (46) n'aurait pas eu gain de cause sur le fondement du parasitisme. Tel est sans doute l'enseignement d'une autre affaire (47) opposant la succession Picasso à une marque de peinture. Cette dernière utilisait, dans une campagne publicitaire, une toile faisant penser à une œuvre de Picasso. La société fut alors condamnée sur le terrain de la responsabilité civile, en raison de l'utilisation de la "*renommée*" (48) du peintre. La faute consiste ici à se placer sans autorisation dans le sillage de la notoriété d'un artiste. La responsabilité civile fut, en l'espèce, préférée à la concurrence déloyale en raison de l'absence de relation de concurrence entre la marque de peinture et les héritiers Picasso. Sans doute, faut-il préciser que cette exigence de concurrence est désormais indifférente à l'exercice d'une action fondée sur le parasitisme (49), justifiant que l'on parle avec un auteur de "*parasitisme de gloire*" (50). Riche de potentialité, l'imitation par le parasitisme demeure néanmoins grossière. Point de droit moral ou même de droit patrimonial, l'artiste peut simplement s'opposer à l'utilisation de son œuvre. Le parasitisme n'est alors qu'un pis-aller, offrant, dans les lacunes du droit d'auteur, un semblant d'appropriation. L'explication dépend alors du modèle, qui est davantage la propriété que le droit d'auteur. La copie doit alors s'affiner en changeant de modèle, comme le font les droits de la personnalité et plus particulièrement le droit à l'image.

2) Le droit à l'image

15. Les droits de la personnalité sont inhérents à la qualité de personne indépendamment de toute création, la protection portant sur la personne. À

By contrast, authors' rights presuppose the creation of a work and the protection concerns that work. Contemporary creation troubles this legal distinction (51). The work and the person may be intimately linked, to the point where the work is the person. Think of the work of Orlan and more generally those performance artists who stage themselves in their works. The work no longer has to accede to the rank of an original form to be protected. The work is protected through the image or portrayal of the person. Again, we see a swing in contemporary art, this time towards personal rights and particularly the right of personal portrayal. This right offers in turn a borrowed protection, but to this is added imitation. It is case law that completes the confusion by modelling a right of personal portrayal on authors' rights. Thus many decisions of the lower courts (52), in line with some legal authors (53), have taken a stand in favour of the existence of an economic right in a person's image. This trend is beginning to spread to the Court of Cassation which accepted recently the existence of economic rights in a name (54). Accordingly, the right of personal portrayal would possess a dual nature, thereby increasing the similarity to authors' rights. What is more, the authorisation given by a person to market his or her image is limited by the Court of Cassation to a particular purpose (55). The authorisation is special. It must be interpreted strictly, in the same way as the principle of the strict interpretation of authors' rights (56). We can see that the copy is drawing even closer to the model. The perfect substitute for protection by authors' rights (57), the right of personal portrayal would arguably make any protection by authors' rights superfluous for works of this kind. However, it

pues la protección recae sobre la persona. A la inversa, el Derecho de Autor supone la creación de una obra y la protección recae sobre esta obra. La creación contemporánea maneja mal esta distinción jurídica (51). A veces, obra y persona están íntimamente ligadas, hasta el punto de que la obra sea la persona. Se piensa en el trabajo de Orlan y de un modo más general en los artistas que se escenifican ellos mismos en sus obras. La obra ya no tiene que acceder al rango de forma original para ser protegida. La obra se protege al través de la imagen de la persona. De nuevo asistimos a un deslizamiento del arte contemporáneo, esta vez, hacia los derechos de la personalidad, y muy particularmente hacia el derecho a la imagen. Este último cabe que ofreciera, en su momento, una protección de préstamo. Sin embargo, al préstamo va a venir a agregarse la imitación. Es la jurisprudencia la que clava la puntilla sobre la confusión confeccionando un derecho a la imagen sobre el modelo del Derecho de Autor. Es así como un gran número de decisiones de los jueces de fondo (52), siguiendo una parte de la doctrina (53), se pronuncia a favor de que exista un derecho patrimonial sobre la imagen. Esta tendencia comienza a ganar la adhesión de la Corte de Casación, la cual, recientemente reconoció la existencia de derechos patrimoniales que recaen en el nombre (54). A partir de lo cual, el derecho a la imagen poseería una naturaleza dualista, que refuerza tanto más la similitud con el Derecho de Autor. Además, la Corte de Casación limita a una finalidad determinada (55) la autorización dada por una persona en cuanto a la comercialización de su imagen. La autorización es especial. Se interpreta estrictamente, de conformidad con el principio de interpretación estricta del Derecho de Autor (56). Y se observa cómo la copia se acerca más aún al modelo. Substituto perfecto de la protección por el Derecho de Autor (57), el derecho a la

l'inverse, le droit d'auteur suppose la création d'une œuvre, la protection portant sur cette œuvre. La création contemporaine malmène cette distinction juridique (51). Œuvre et personne sont parfois intimement liées, au point que l'œuvre soit la personne. On pense au travail d'Orlan et plus généralement aux artistes se mettant en scène dans leurs œuvres. L'œuvre n'a plus à accéder au rang de forme originale pour être protégée. L'œuvre est protégée à travers l'image de la personne. On assiste, à nouveau, à un basculement de l'art contemporain, cette fois, vers les droits de la personnalité, et, plus particulièrement le droit à l'image. Ce dernier offrirait, à son tour, une protection d'emprunt. Pourtant, à l'emprunt va s'ajouter l'imitation. C'est la jurisprudence qui parachève la confusion en façonnant un droit à l'image sur le modèle du droit d'auteur. Ainsi, un grand nombre de décisions des juges du fond (52), suivant une partie de la doctrine (53), se prononce en faveur de l'existence d'un droit patrimonial sur l'image. Cette tendance commence à gagner la Cour de Cassation, qui a récemment reconnu l'existence de droits patrimoniaux portant sur le nom (54). Dès lors, le droit à l'image posséderait une nature dualiste, renforçant d'autant la similitude avec le droit d'auteur. De plus, la Cour de Cassation limite à une certaine finalité (55) l'autorisation donnée par une personne quant à la commercialisation de son image. L'autorisation est spéciale. Elle s'interprète strictement, à l'instar du principe d'interprétation stricte du droit d'auteur (56). Et l'on voit que la copie se rapproche encore du modèle. Substitut parfait de la protection par le droit d'auteur (57), le droit à l'image rendrait dès lors inutile pour ce type d'œuvre toute protection par le droit d'auteur. Il

seems in fact that the copy is inferior to the original. Firstly, it offers incomplete protection as the artist must stage himself or herself in the work. Above all, the artist must possess a degree of celebrity. Indeed, it is this celebrity that justifies an economic right being granted in the artist's image (58). Secondly, protection by the right of personal portrayal proves inferior to protection by authors' rights, as, for example, the question of the status of the photograph of the artist's face or body, which the artist wants and necessarily authorises, shows. Only author status will enable the photographed artist to claim authorship of the photographs, as a recent case confirms (59). Only author status will enable the artist to require the compulsory loan of the negative (60), which is the photographer's property. Therefore, the copy cannot replace the model. It still needs improving.

3) Contract Law

16. A perfect imitation can then be achieved through the use of contract law by certain artists. Indeed, contracts are a central concern of conceptual artists (61). The primacy given to the conception in relation to its materialisation confers a key role on certificates. A certificate is simply a brief or fairly brief description of the installation. The certificate may also include a number of obligations on the purchaser's part. The certificate then becomes legally a contract, providing in this way an instrument of protection in addition or subsidiary to authors' rights. The obligations imposed by Daniel Buren's *avertissements* to each of his

imágen haría entonces completamente inútil la protección que brinda el Derecho de Autor a este tipo de obras. Parece, no obstante, que la copia se sitúa a un nivel inferior al del original. Para comenzar, no ofrece sino una protección parcelaria, ya que el artista debe ponerse en escena en su obra. Sobre todo, el artista debe poseer una cierta notoriedad. Es esta notoriedad, en efecto, la que justifica que se le reconozca un derecho patrimonial sobre su imágen (58). Después, la protección derivada del Derecho a la Imágen es inferior a la del Derecho de Autor, como lo ilustra sobre todo la cuestión del estatuto de la fotografía, deseada y necesariamente autorizada por el artista, de su imágen o de su cuerpo. Solamente la calidad de autor permitirá al artista fotografiado reivindicar la paternidad de esas fotografías, como lo atestigua un proceso judicial reciente (59). Solamente la calidad de autor le permitirá exigir un préstamo obligatorio del negativo (60) propiedad del fotógrafo. En consecuencia, la copia no puede substituir al modelo. Ella debe aún mejorarse.

3) El Derecho de los Contratos

16. La imitación, puede llegar a ser perfecta gracias a la utilización del derecho de los contratos por parte de algunos artistas. Es cierto que el contrato se encuentra, por así decir, en el corazón de las preocupaciones de los artistas conceptuales (61). La primacía que se le otorga a la concepción en relación a su materialización, les confiere a los certificados un lugar central. El certificado no es otra cosa que la descripción de la instalación, descripción más o menos sumaria. Puede ocurrir, también, que el certificado vaya acompañado de cierto número de obligaciones a cargo del adquirente. De este modo, el certificado se convierte jurídicamente en un contrato, al

semble pourtant que la copie soit inférieure à l'original. D'abord, elle n'offre qu'une protection parcelle, l'artiste devant se mettre en scène dans son œuvre. Surtout, l'artiste doit posséder une certaine notoriété. C'est en effet cette notoriété qui justifie la reconnaissance d'un droit patrimonial sur son image (58). Ensuite, la protection par le droit à l'image s'avère inférieure à celle du droit d'auteur, comme l'illustre, notamment, la question du statut de la photographie souhaitée et nécessairement autorisée par l'artiste de son image ou de son corps. Seule la qualité d'auteur permettra à l'artiste photographié de revendiquer la paternité de ces photographies, comme en atteste une affaire récente (59). Seule la qualité d'auteur lui permettra d'exiger un prêt forcé du négatif (60), propriété du photographe. La copie ne peut en conséquence se substituer au modèle. Elle doit être encore améliorée.

3) Le droit des contrats

16. L'imitation peut alors devenir parfaite grâce à l'utilisation par certains artistes du droit des contrats. Le contrat est en effet au cœur des préoccupations des artistes conceptuels (61). La primauté donnée à la conception par rapport à sa matérialisation confère aux certificats une place centrale. Le certificat n'est autre que la description de l'installation, description plus ou moins sommaire. Il se peut aussi que ce certificat s'accompagne d'un certain nombre d'obligations à la charge de l'acquéreur. Le certificat devient alors juridiquement un contrat, offrant ainsi un instrument de protection, complémentaire ou subsidiaire au droit d'auteur. On pense plus

collectors spring to mind in particular. These notices (62) literally copy authors' rights. Nevertheless, a difference persists due to the contractual nature of the obligations. The right created here is personal and thus relative, whereas authors' rights are absolute. This means that the obligation arising from the contract is binding only on the other contracting party, namely the purchaser. By contrast, the statutory obligation applies to everyone. The important issue obviously concerns the position of the sub-purchaser of the work who is not bound by the initial purchaser's contractual obligations (63). Hence one can understand the importance of the obligation requiring the first purchaser to inform Buren of the name of the new owner in the event of any change of ownership. In this way, Buren can ensure that the second contract contains the same obligations and thereby secure an absolute right by contract. The palliative appears almost perfect, so much so that it leaves one wondering whether the stand-in (these contractual provisions) does not offer stronger protection than the model (authors' rights). Moreover, the remedies available in both cases would seem to confirm the contractual protection's apparent superiority. Indeed, the remedies of confiscation and damages in an action for infringement are replaced by the contractual remedy of prohibiting the defaulting party from attributing the work to Daniel Buren. The remedy is formidable because it deprives the work of authorship and thus leaves it without any market value. The imitation seems perfect here, even supplanting the original.

ofrecer así un instrumento de protección, complementaria o subsidiaria, a la del Derecho de Autor. Pensamos muy particularmente en las advertencias que hace Daniel Buren a cada uno de sus coleccionistas sobre las obligaciones que se les imponen. Estas advertencias copian, literalmente, el Derecho de Autor. Una diferencia perdura, sin embargo, en razón de la naturaleza contractual de esas obligaciones. El derecho aquí creado es personal y por tanto, relativo, mientras que el Derecho de Autor es absoluto. Es decir, que la obligación de origen contractual no crea obligación sino en relación al solo contratante, es decir el adquirente; mientras que la obligación legal se le impone a todo el mundo. Lo que está en juego recae, evidentemente, en el sub-adquirente de la obra a quien no conciernen las obligaciones contractuales del adquirente inicial (63). Se comprende entonces porque es importante la obligación constituida por Buren de que el primer adquirente le señale quien es el nuevo adquirente (cuando lo haya). Por este señalamiento, Buren podrá asegurarse de que el segundo contrato contiene, a su vez, esas famosas obligaciones y por consiguiente, podrá organizar convencionalmente un derecho absoluto. El paliativo parece casi perfecto, hasta el punto de que uno puede preguntarse si el forro -las disposiciones contractuales- no ofrece una protección más fuerte que el modelo -el Derecho de Autor. Por lo demás, la sanción de estas dos acciones atestiguaría la superioridad aparente de la protección contractual. A la confiscación y a los daños y perjuicios de una acción por falsificación se le añade la prohibición de atribuir la obra a Daniel Buren, sanción prevista en el contrato. La sanción es temible, pues al dejar sin paternidad a la obra, la sanción le retira a esta última cualquier valor comercial. La imitación parece aquí perfecta, suplantando incluso al original.

particulièrement aux obligations imposées, par les avertissements de Daniel Buren, à chacun de ses collectionneurs. Ces avertissements (62) copient littéralement le droit d'auteur. Une différence perdue néanmoins, en raison de la nature contractuelle de ces obligations. Le droit ici créé est personnel et donc relatif, lorsque le droit d'auteur est absolu. C'est dire que l'obligation d'origine contractuelle ne crée d'obligation qu'à l'égard du seul contractant : l'acquéreur ; alors que l'obligation légale s'impose à tous. L'enjeu porte évidemment sur le sous-acquéreur de l'œuvre aucunement tenu par les obligations contractuelles de l'acquéreur initial (63). On comprend dès lors l'importance de l'obligation faite au premier acquéreur de signaler à Buren le nouvel acquéreur. Par ce signalement, Buren pourra s'assurer que le second contrat contient à son tour ces fameuses obligations et donc s'organiser conventionnellement un droit absolu. Le palliatif apparaît quasiment parfait, au point de se demander si la doublure - ces dispositions contractuelles - n'offre pas une protection plus forte que le modèle - le droit d'auteur. La sanction de ces deux actions témoignerait d'ailleurs de la supériorité apparente de la protection contractuelle. À la confiscation et aux dommages et intérêts d'une action en contrefaçon fait en effet place l'interdiction d'attribuer l'œuvre à Daniel Buren, sanction prévue par le contrat. La sanction est redoutable, car privant de paternité l'œuvre, elle retire à cette dernière toute valeur marchande. L'imitation semble ici parfaite, supplantant même l'original.

17. Yet it is fragile, owing to the contractual remedy itself. Firstly, the validity of the clause appears questionable. Indeed, it can be likened to a penalty clause, even if the penalty does not involve payment of compensation. Though excessive, the specific nature of the penalty nevertheless precludes any moderating power of the courts. The clause's invalidity then would stem from consumer law under which clauses "the object or effect of which is to subject consumers who do not comply with their obligations to a disproportionately high amount of compensation" (64) are deemed improper. Secondly, the remedy of using the attribution of a disclosed work as a means of coercion must be questioned. Two situations need to be considered, depending on whether or not the work is protected by authors' rights. If the work is protected by authors' rights, the protection concerns precisely this bond between the work and the author. Accordingly, the moral right would seem to preclude the possibility, once the work has been disclosed, of the author refusing to allow one of his works to be attributed to him. Indeed, while the right to reconsider is not applicable in the absence of any transfer of authors' rights (65), the right to claim authorship, or right of attribution, allows the author not to reveal his authorship but it does not allow him to change his mind after the event (66). If the work is not protected by authors' rights, such denial of authorship does not seem possible either. Indeed, the authenticity of the work - namely its attribution to Buren - relates to the substantial qualities of the thing (67). Just as the author cannot transform a pastel into a gouache by mere force of will, so he cannot transform an original into a fake by mere force of will. The remedy thus

17. Sin embargo es frágil, en razón de la sanción misma de la cual está acompañado el contrato. Para comenzar, la validez de la cláusula parece discutible. Efectivamente, tiene la apariencia de una cláusula penal, a pesar de que la pena no dependa del pago de una indemnización. La especificidad de la pena, bien que excesiva, excluye, no obstante, todo poder moderador del juez. La nulidad proviene entonces del derecho del consumo, el cual califica de abusivas las cláusulas "que tengan por objeto o por efecto imponerle al consumidor que no cumpla sus obligaciones, una indemnización de un monto desproporcionadamente elevado" (64). Después, la sanción, utilizando la atribución de una obra divulgada como medio de coerción, amerita que se discuta. Es necesario distinguir dos situaciones según que la obra esté o no esté protegida por el Derecho de Autor. Si la obra se halla protegida por el Derecho de Autor, la protección recae justamente en ese vínculo entre la obra y el autor. Entonces, por lo que parece, el derecho moral excluye al autor (una vez que la obra se ha publicado) de la posibilidad de negarse a la atribución de una de sus obras. En efecto, mientras que el derecho de arrepentimiento no es aplicable cuando no hay cesión de derechos de autor (65), el derecho de paternidad permite ocultar su paternidad y no volver sobre esta última (66). Si la obra no está protegida por el Derecho de Autor, esa denegación de paternidad tampoco parece posible. En efecto, la autenticidad, o sea la atribución de la obra a Buren, resulta de las calidades substanciales de la cosa (67). Así como el autor no puede transformar por su sola voluntad un pastel en una acuarela, tampoco puede transformar por su sola voluntad un original en una obra falsa. Luego la sanción parece de una amplitud realmente excesiva y, sin embargo, en esa dureza estriba la perfección del sistema, ya que en la medida en que esa

17. Elle est pourtant fragile, en raison de la sanction même dont est assorti le contrat. D'abord, la validité de la clause apparaît discutable. Elle s'apparente en effet à une clause pénale, bien que la peine ne dépende pas du versement d'une indemnité. La spécificité de la peine, bien qu'excessive, exclut néanmoins tout pouvoir modérateur du juge. La nullité provient alors du droit de la consommation qualifiant d'abusives les clauses *"ayant pour objet ou pour effet d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé"* (64). Ensuite, la sanction, utilisant l'attribution d'une œuvre divulguée en moyen de coercition, doit être discutée. Deux situations doivent être distinguées selon que l'œuvre est ou non protégée par le droit d'auteur. Si l'œuvre est protégée par le droit d'auteur, la protection porte justement sur ce lien entre l'œuvre et l'auteur. Il semble alors que le droit moral exclut, une fois l'œuvre divulguée, la possibilité pour l'auteur de dénier l'attribution d'une de ses œuvres. En effet, alors que le droit de repentir n'est pas applicable en l'absence de cession des droits d'auteur (65), le droit de paternité permet de ne pas révéler sa paternité et non de revenir sur cette dernière (66). Si l'œuvre n'est pas protégée par le droit d'auteur, une telle dénégation de paternité ne paraît pas davantage possible. En effet, l'authenticité, soit l'attribution de l'œuvre à Buren, ressortit aux qualités substantielles de la chose (67). De même que l'auteur ne peut transformer par sa seule volonté un pastel en une gouache, il ne peut transformer par sa seule volonté un original en un faux. La sanction apparaît alors largement excessive. Elle est néanmoins

appears greatly excessive. Yet it is the condition of the system's perfection and its weakness renders the system fragile.

18. Although imitation protection systems exist, none of them succeed in matching the model. In spite of the upheavals caused by contemporary creation, authors' rights still compel recognition as the natural framework for contemporary art.

II - PROTECTION BY AUTHORS' RIGHTS

19. The legislation on authors' rights does not give a definition of a work. However, it specifies that certain qualities of a work are irrelevant, while others must be considered necessary conditions for protection. A study of both these irrelevant qualities (A) and these necessary conditions (B) will show that authors' rights are properly suited to contemporary creation.

A) The Irrelevant Qualities

20. It is noteworthy that the law states that a number of qualities have no bearing on the protection afforded by authors' rights. The irrelevance of these qualities in law is necessary but not sufficient in itself for the protection of contemporary creation by authors' rights. It is then up to the courts to extend this irrelevance to other qualities.

1) The Irrelevant Qualities under the Law

21. Under Article L. 112-1 of the Intellectual Property Code, the kind, form, merit or purpose of the work have

sanción se debilite, en esa misma medida se fragiliza el sistema.

18. Si existen protecciones de imitaciones, ninguna de ellas alcanza a igualar al modelo. A pesar de los deslizamientos por los que atraviesa la creación contemporánea, el Derecho de Autor aún se impone como el marco natural de esta creación.

II - LA PROTECCION POR EL DERECHO DE AUTOR

19. El Derecho de Autor no define la obra, sin embargo precisa que algunas cualidades de la obra son indiferentes, mientras que otras se analizan como condiciones necesarias a la protección. El estudio de las cualidades indiferentes (A) y de las condiciones necesarias (B) demostrará la adecuación del Derecho de Autor a la creación contemporánea.

A) Las cualidades indiferentes

20. De manera realmente notable el legislador precisa que existe cierto número de cualidades que le son indiferentes a la protección del Derecho de Autor. Aunque esta indiferencia legal es necesaria para la protección que brinda el Derecho de Autor a la creación contemporánea, sin embargo no es suficiente. De modo que le corresponde a la jurisprudencia extender esa indiferencia a otras cualidades.

1) Las cualidades indiferentes previstas por la ley

21. Según el Artículo L. 112-1 del Código de la Propiedad Intelectual, el género, la forma, el mérito o el destino de

la condition de la perfection du système, sa faiblesse le fragilisant d'autant.

18. Si des protections d'imitations existent, aucune ne parvient à égaler le modèle. Malgré les bouleversements que traverse la création contemporaine, le droit d'auteur s'impose encore comme le cadre naturel de la création contemporaine.

II - LA PROTECTION PAR LE DROIT D'AUTEUR

19. Le droit d'auteur ne définit pas l'œuvre, il précise néanmoins que certaines qualités de l'œuvre sont indifférentes, quand d'autres s'analysent en des conditions nécessaires à la protection. L'étude de ces qualités indifférentes (A) et de ces conditions nécessaires (B) montrera l'adéquation du droit d'auteur à la création contemporaine.

A) Les qualités indifférentes

20. De manière remarquable, le législateur précise qu'un certain nombre de qualités sont indifférentes à la protection par le droit d'auteur. Nécessaire à la protection de la création contemporaine par le droit d'auteur, cette indifférence légale n'est pas pour autant suffisante. Il appartient alors à la jurisprudence d'étendre cette indifférence à d'autres qualités.

1) Les qualités indifférentes prévues par la loi

21. Selon l'article L. 112-1 du Code de propriété intellectuelle, le genre, la forme, le mérite ou la destination de l'œuvre sont indifférents à la

no bearing on its protection. Two of these barred qualities are of particular interest here: merit and purpose.

22. The irrelevance of merit precludes any value judgment about the work. This neutrality imposed on the courts concerns both the moral and the aesthetic value of the work (68). As the importance of the irrelevance of moral considerations in the sphere of artistic creation has already been stressed (69), our discussion will be limited here to aesthetic neutrality. Aesthetic neutrality stands out as being particularly vital. In the first place, contemporary art may be at odds with the dominant aesthetic. As Justice Holmes noted at the beginning of the last century: *"Their very novelty would make them repulsive until the public had learned the new language in which their author spoke"* (70). If protection by authors' rights were subject to any kind of merit, it would be systematically denied to the most innovative fringes of contemporary art. In the second place, any judgment on the aesthetic qualities of a work is necessarily subjective. Therefore, to subject protection to aesthetic considerations would lead to great uncertainty, coupled with unpredictability. This was the flaw, moreover, in the protection of photographic works under the law of 1957 (71) which, exceptionally, required merit for these works (72). Lastly, contemporary art is often firmly removed from any aesthetic considerations. Thus, in Sol LeWitt's view, *"the artist does not attempt to produce a beautiful object"* (73). So again, without the exclusion of merit, such an object would struggle to obtain authors' rights protection. Thus we can gauge the importance of this aesthetic neutrality for the protection of contemporary art by authors' rights.

la obra le son indiferentes a la protección. Dos prohibiciones adquieren aquí un relieve particular: el mérito y la destinación.

22. *La indiferencia en cuanto al mérito prohíbe cualquier juicio de valor sobre la obra. Esta neutralidad que se impone al juez tiene que ver tanto con el valor moral cuanto con el valor estético de la obra (68). Habiéndose ya subrayado (69) la importancia que reviste la indiferencia moral en materia de creación artística, el propósito se limitará aquí a la neutralidad estética, ya que esta última se impone con una agudeza particular. Para comenzar, el arte contemporáneo puede estar expuesto a la estética dominante. Como lo destacaba el juez Holmes a comienzos del siglo precedente: "Their very novelty would make them repulsive until the public had learned the new language in which their author spoke" (70). Subordinada a un mérito cualquiera, la protección del Derecho de Autor sería entonces sistemáticamente denegada a las franjas más innovadoras del arte contemporáneo. A continuación, todo juicio sobre las cualidades estéticas de una obra es necesariamente subjetivo. Subordinar la protección a consideraciones estéticas desembocaría entonces en una gran incertidumbre y, por añadidura, a cualquier imprevisto. Tales fueron, por lo demás, los defectos de la protección de las obras fotográficas bajo el imperio de la ley de 1957 (71) que retenía el mérito con relación a las obras fotográficas (72) de una manera excepcional. En fin, el arte contemporáneo, a menudo está desligado de toda consideración estética. Así es para Sol Lewitt "el artista no busca producir un objeto bello" (73). Una vez más, en este caso, sin excluir el mérito un objeto de este tipo tendría muchas dificultades para ser protegido por el Derecho de Autor. De este modo es como puede calibrarse la importancia de esa neutralidad estética para que el Derecho de Autor proteja el arte contemporáneo.*

protection. Deux interdits prennent ici un relief particulier : le mérite et la destination.

22. L'indifférence au mérite interdit tout jugement de valeur sur l'œuvre. Cette neutralité imposée au juge porte sur la valeur tant morale qu'esthétique de l'œuvre (68). L'importance de l'indifférence morale en matière de création artistique ayant déjà été soulignée (69), le propos se limitera ici à la neutralité esthétique. Or, cette dernière s'impose avec une acuité particulière. D'abord, l'art contemporain peut être en butte à l'esthétique dominante. Comme le notait au début du siècle précédent le juge Holmes : *"Their very novelty would make them repulsive until the public had learned the new language in which their author spoke"* (70). Subordonnée à un quelconque mérite, la protection par le droit d'auteur serait alors systématiquement refusée aux franges les plus novatrices de l'art contemporain. Ensuite, tout jugement sur les qualités esthétiques d'une œuvre est nécessairement empreint de subjectivité. La subordination de la protection à des considérations esthétiques aboutirait dès lors à une grande incertitude, doublée d'imprévisibilité. Tels furent d'ailleurs les défauts de la protection des œuvres photographiques sous l'empire de la loi de 1957 (71), qui retenait de manière exceptionnelle le mérite pour les œuvres photographiques (72). Enfin, l'art contemporain est souvent détaché de toute considération esthétique. Ainsi, pour Sol Lewitt, *"l'artiste n'essaie pas de produire un objet beau"* (73). Là encore, sans l'exclusion du mérite, un tel objet peinerait à être protégé par le droit d'auteur. On mesure ainsi l'importance de cette neutralité esthétique pour la protection de l'art contemporain par le droit d'auteur.

23. The same conclusion can be drawn with regard to the purpose. It is a fact that since the law of 1909 the useful or artistic purpose of a work has no bearing on its protection. The principle is that of the unity of art which precludes in law any hierarchy between minor and major art forms. *A priori*, the exclusion of purpose seems of no consequence when it comes to the protection of works of contemporary art. Indeed, such works come within the major arts. Therefore, assuming there was to be an "expurgation" (74) of authors' rights, the latter works would satisfy such a requirement because they are artistic and not utilitarian. This would be true as long as their artistic nature was unquestionable. Yet nothing is less certain. Witness the *Brancusi vs. United States* case (75). At issue here was whether a sculpture by Brancusi, *Bird in space*, was entitled to the exemption from customs duty reserved for works of art, denied it by the US government. The trial amounted to a battle of experts trying to establish whether Brancusi was or was not an artist (76). In this case, only Brancusi's reputation as a sculptor, which was already established, justified his *Bird* being classified as a work of art. A few years earlier, it is highly likely that he would have had to pay the import tax for the same work which would not have been acknowledged as a work of art. The example shows that an expurgation of authors' rights could be detrimental to a section of contemporary artistic creation, acting as a reminder of the importance of the irrelevant nature of the work's purpose.

23. *En cuanto al destino se comprueba algo idéntico* Desde la ley de 1909, se sabe que la destinación utilitaria o artística de una obra es indiferente a su protección. El principio es el de la unidad del arte, el cual, en Derecho, excluye todo tipo de jerarquización entre artes menores o mayores. *A priori*, una exclusión de este tipo parece no tener consecuencias en cuanto a la protección del arte contemporáneo. En efecto, tales obras brotan de las artes mayores. De ahí, que en la hipótesis de una "montea" o "plano" (74) del Derecho de Autor, estas últimas (por artísticas y no-utilitarias) satisfarían tal exigencia. Esto sería exacto, si su naturaleza artística fuera indiscutible. Ahora bien nada es menos cierto. El proceso judicial norteamericano *Brancusi* contra Estados Unidos (75) lo demuestra abundantemente. Se trataba de establecer si una escultura de Brancusi, *Oiseau dans l'espace*, podía beneficiarse de la exoneración de la tasa aduanera reservada a las obras de arte a cuya pretensión se negaba el gobierno norteamericano. El proceso se convirtió en una batalla entre expertos que investigaban por saber si Brancusi era o no era un artista (76). En este proceso judicial, la fama únicamente, ya confirmada, de Brancusi justificó que su *Oiseau* fuese calificado como obra de arte. Algunos años antes habría sido muy probable que Brancusi hubiera tenido que cancelar los gastos de aduana por la misma obra, despojada en aquel entonces de su calidad de obra de arte. El ejemplo demuestra que una "depuración" del Derecho de Autor corre el riesgo de hacerse en detrimento de una parte de la creación artística contemporánea, recordando aquí la importancia de la indiferencia de la destinación de una obra.

23. Le constat est identique pour la destination. On sait, depuis la loi de 1909, que la destination utilitaire ou artistique d'une œuvre est indifférente à sa protection. Le principe est celui de l'unité de l'art, excluant, en droit, toute hiérarchie entre les arts mineurs ou majeurs. *A priori*, une telle exclusion paraît sans conséquence quant à la protection de l'art contemporain. En effet, de telles œuvres ressortissent aux arts majeurs. Dès lors, à supposer une "épuration" (74) du droit d'auteur, ces dernières, parce qu'artistiques et non-utilitaires, satisferaient une telle exigence. Cela serait exact, si leur nature artistique était indiscutable. Or, rien n'est moins certain. L'affaire américaine *Brancusi contre États-Unis* (75) le prouve suffisamment. Il s'agissait de savoir si une sculpture de Brancusi, *Oiseau dans l'espace*, pouvait bénéficier de l'exonération de la taxe douanière réservée aux œuvres d'art, ce à quoi le gouvernement américain se refusait. Le procès se résuma à une bataille d'experts cherchant à savoir si Brancusi était ou non un artiste (76). En l'espèce, seule la renommée, déjà affirmée, de Brancusi justifia que son *Oiseau* fût qualifié d'œuvre d'art. Quelques années auparavant, il est fort probable qu'il eut dû s'acquitter des frais de douanes pour la même œuvre, déniée de sa qualité d'œuvre d'art. L'exemple montre qu'une épuration du droit d'auteur risque de se faire au détriment d'une partie de la création artistique contemporaine, rappelant l'importance de l'indifférence de la destination d'une œuvre.

2) The Irrelevant Qualities Not Mentioned in the Law

24. Given the legislator's silence, the difficulty consists in taking a stand on certain qualities of artistic works. Should they be seen as substantial qualities, which are thus necessary for protection by authors' rights, or, on the contrary, as incidental qualities, which thus have no bearing on that protection? The answer is awesome because it depends on the very definition of a work. Two qualities are subject to debate: personal execution by the artist and the absence of chance.

25. Part of legal literature (77) subjects the protection of artistic creations to the artist's personal execution. This requirement is then considerably out of step with contemporary creation (78). Indeed, from Sol LeWitt to Jeff Koons, contemporary creation reveals the non-essential character of personal execution. Distancing themselves from legal literature in this respect, the courts adopt a conception of creation that is more intellectual than material (79). This intellectual conception of creation was established in connection with a Renoir sculpture executed by his student Guino (80). It was confirmed in the case of the painting *Stri Pauk* by Vasarely and Valuet (81). Valuet had executed the painting while Vasarely had composed it, reserving the right to correct and approve the execution. The District Court (TGI) of Paris determined that it was a joint work and that Vasarely was a co-author, even though he had not materially executed the painting. At the same time, it is necessary that the person who actually executed the work should not have enjoyed full control over the creative

2) Calidades indiferentes no previstas por la ley

24. Frente al silencio del legislador, la dificultad consiste en pronunciarse sobre ciertas cualidades de las obras artísticas. ¿Hay que ver acaso en ellas cualidades substanciales y por lo tanto necesarias a la protección por el Derecho de Autor o al contrario, cualidades accesorias y en consecuencia indiferentes para una tal protección? La respuesta es aterradora, pues depende de la definición misma de la obra. Dos calidades son objeto de debate: la ejecución personal por el artista y que no sean producto del azar.

25. Una parte de la doctrina (77) subordina la protección de las creaciones artísticas a la ejecución personal del artista. Una exigencia de esta naturaleza está así en profundo desfase con la creación contemporánea (78). En efecto, de Sol Lewitt a Jeff Koons, la creación contemporánea acusa el carácter accesorio de la ejecución personal. La jurisprudencia, separándose de la doctrina, evidentemente asume una tendencia que se inclina más hacia una concepción intelectual que material de la creación (79). Esta concepción intelectual de la creación fue afirmada en relación con una escultura de Renoir ejecutada por su alumno Guino (80) y fue confirmada a propósito de la pintura *Stri Pauk* de Vasarely y Valuet (81). Este último había ejecutado la pintura, mientras que Vasarely la había compuesto, reservándose la tarea de corregir y aprobar la ejecución. Para el Tribunal de Gran Instancia de París, la obra es una obra en colaboración y Vasarely es coautor, aun cuando él no haya ejecutado materialmente la pintura. Es necesario, aún, que el ejecutante no disponga del pleno dominio del proceso creativo; en este caso, Vasarely se convertiría en autor único, tal como lo ha

2) Les qualités indifférentes non prévues par la loi

24. Face au silence du législateur, la difficulté consiste à se prononcer sur certaines qualités des œuvres artistiques. Faut-il y voir des qualités substantielles et donc nécessaires à la protection par le droit d'auteur ou, au contraire, des qualités accessoires, en conséquence indifférentes à une telle protection ? La réponse est redoutable, car elle dépend de la définition même de l'œuvre. Deux qualités font alors débat : l'exécution personnelle par l'artiste et l'absence de hasard.

25. Une partie de la doctrine (77) subordonne la protection des créations artistiques à l'exécution personnelle de l'artiste. Une telle exigence est alors en profond décalage avec la création contemporaine (78). En effet, de Sol Lewitt à Jeff Koons, la création contemporaine accuse le caractère accessoire de l'exécution personnelle. Se démarquant de la doctrine, la jurisprudence s'attache davantage à une conception intellectuelle que matérielle de la création (79). Cette conception intellectuelle de la création a été affirmée à l'occasion d'une sculpture de Renoir exécutée par son élève Guino (80). Elle a été confirmée à propos de la peinture *Stri Pauk* de Vasarely et Valuet (81). Ce dernier avait exécuté la peinture, tandis que Vasarely l'avait composée se réservant de corriger et d'approuver l'exécution. Pour le Tribunal de grande instance de Paris, l'œuvre est une œuvre de collaboration et Vasarely coauteur, alors même qu'il n'a pas exécuté matériellement la peinture. Encore faut-il que l'exécutant n'ait pas disposé d'une pleine maîtrise du processus créatif ; il deviendrait alors auteur unique comme l'a récemment noté la Cour

process, otherwise he or she would become the sole author, as the Court of Cassation noted recently (82). All that matters is that there should be a creative contribution, which may occur at the stage of the material execution and/or at that of the intellectual composition. The courts' indifference towards the material execution of a work must be applauded. It is all the more remarkable as it is at odds not only with part of legal literature but also with a civil law conception of works (83). Indeed, the Court of Cassation decided in another recent case (84) that the buyer of a *tableau-piège* or picture trap by Spoerri was entitled to have the sale annulled because the work had not been executed by the artist but by a child of eleven (85). While the absence of personal execution can justify voidance of the contract of sale of the work's medium, such absence has no bearing on its protection by authors' rights.

26. The last characteristic that is subject to debate concerns the consciousness of the result. Must the work be "*the fruit of a conscious expression controlled and directed by the author*" (86), thereby excluding chance? Some legal authors think so (87), thus ruling out protection for Pollock's *drippings* or again Michaux's mescaline drawings. Such a requirement again seems out of joint with a section of creation (88), whether or not it is contemporary. Indeed Kandinsky recounted that the need for abstraction had imposed itself on him after he had seen one of his paintings upside down in the half-light (89). Whatever lawyers say, chance can form one body with creation. It is then up to the artist to accept or otherwise this creative chance. It is the artist's disclosure of his or her work that matters (90). Through disclosure, the artist recognises the work

reconocido recientemente la Corte de Casación (82). Lo único que importa es que haya un aporte creativo, el cual puede situarse tanto en la etapa de la ejecución material como en la de la composición intelectual. Esta indiferencia de la jurisprudencia hacia la ejecución material de una obra debe aplaudirse. Es tanto más digna de destacarse por cuanto se enfrenta, no sólo a una parte de la doctrina, sino también a una concepción civilista de la obra (83) En efecto, la Corte de Casación decidió en otro juicio reciente (84), que el comprador de un cuadro-trampa de Spoerri tenía derecho a obtener la nulidad de la venta, porque la obra no había sido ejecutada por el artista, sino por un niño de once años (85). Mientras que la ausencia de ejecución personal puede justificar la anulación del contrato de venta referente al soporte de la obra, dicha ausencia es indiferente a la protección por el Derecho de Autor.

26. La última característica discutida se refiere a la conciencia del resultado. ¿La obra, debe ser acaso "el fruto de una expresión consciente, dominada y dirigida por el autor" (86) luego excluyendo el azar? Algunos autores así lo piensan (87) poniendo fuera de toda protección, los *dripping de Pollock* o aún dibujos mescalinianos de Michaux. Una exigencia de este porte parece estar, una vez más, desfasada respecto a una parte de la creación (88), sea contemporánea o no. En efecto, Kandinsky cuenta que la necesidad de la abstracción se le impuso después de haber visto en la penumbra uno de sus cuadros al revés (89). Diga lo que diga el jurista, el azar puede formar cuerpo con la creación. Le corresponde entonces al artista aceptar o no aceptar ese azar creador. Lo importante es que el artista divulgue su obra (90). Mediante la divulgación, este último reconoce la obra como digna de él, sea ésta fruto del azar,

de Cassation (82). Seul importe un apport créatif, qui peut se situer tant au stade de l'exécution matérielle que de la composition intellectuelle. Cette indifférence de la jurisprudence à l'exécution matérielle d'une œuvre doit être saluée. Elle est d'autant plus remarquable qu'elle se heurte, non seulement à une partie de la doctrine, mais aussi à une conception civiliste de l'œuvre (83). La Cour de Cassation a en effet décidé dans une autre affaire récente (84) que l'acheteur d'un tableau-piège de Spoerri était en droit d'obtenir la nullité de la vente, parce que l'œuvre n'avait pas été exécutée par l'artiste, mais par un enfant de onze ans (85). Alors que l'absence d'exécution personnelle peut justifier la nullité de contrat de vente portant sur le support de l'œuvre, une telle absence est indifférente à la protection par le droit d'auteur.

26. La dernière caractéristique discutée porte sur la conscience du résultat. L'œuvre doit-elle être "*le fruit d'une expression consciente, maîtrisée et dirigée par l'auteur*" (86) excluant dès lors le hasard? Certains auteurs le pensent (87) rejetant hors de toute protection les *dripping* de Pollock ou encore les dessins mescaliniens de Michaux. Une telle exigence semble, là encore, en décalage avec une partie de la création (88), qu'elle soit contemporaine ou non Kandinsky raconte en effet que la nécessité de l'abstraction s'est imposée à lui après avoir vu dans la pénombre un de ses tableaux à l'envers (89). Quoique qu'en dise le juriste, le hasard peut faire corps avec la création. Il appartient alors à l'artiste d'accepter ou non ce hasard créateur. C'est la divulgation par l'artiste de son œuvre qui importe (90). Par la divulgation, ce dernier reconnaît l'œuvre comme digne

as being worthy of him/her, whether or not it is the fruit of chance (91). Therefore, it is not when the work is created but afterwards when it is disclosed that consciousness of the result seems to have to be a requirement. Though debated in legal literature, this issue does not seem to have been addressed by the courts. Let us hope then that this silence reflects the unimportance that they attach to such a quality.

27. The lack of relevance that both the statute and the courts accord to certain qualities ensures that authors' rights are suited to contemporary creation. So this suitability must now be checked by the yardstick this time of the conditions of protection.

B) The Necessary Conditions

28. Protection by authors' rights presupposes the existence of an original form. Contemporary creation satisfies this condition.

1) The Condition of Form

29. The form, as opposed to the idea (92), is protected by authors' rights. Ideas, on the other hand, are free fare (93). As the economist Walras noted, *"the common fund of ideas is neither legally valuable nor appropriable... at most it is natural wealth"* (94). At the idea stage, an act could not be creative. As everything has already been said (95), authors merely draw from the *"inexhaustible treasure"* (96) formed by this common fund of ideas. Creation thus comes later, at the formulation stage. The District

o no lo sea (91). Por lo tanto, la conciencia en cuanto al resultado no parece requerirse en el momento de la creación, sino a posteriori, en el momento de la divulgación. La jurisprudencia parece ignorar esta cuestión aunque la doctrina sí la discute. Es deseable entonces, que este silencio marque la indiferencia acordada por la jurisprudencia a tal calidad.

27. La indiferencia, por igual legal que jurisprudencial hacia algunas cualidades garantiza la adecuación del Derecho de Autor a la creación contemporánea, adecuación que hay que verificar esta vez con una finalidad: las condiciones de protección.

B) Las condiciones necesarias

28. La protección por el Derecho de Autor supone la existencia de una forma original, condición a la que satisface la creación contemporánea.

1) Condición de forma

29. La forma, por oposición a la idea (92) está protegida por el Derecho de Autor. A la inversa, las ideas son de libre curso (93). Como lo anotaba el economista Walras: "el fondo común de las ideas no es ni válido, ni apropiable... a lo sumo, hace parte de la riqueza natural" (94). En la etapa de idea, el acto no podría ser creador. Aun habiéndose ya dicho todo (95), el autor se limitaría a excavar en "ese tesoro inagotable" (96) que es el fondo común de idea. La creación intervendría posteriormente, en la etapa que consiste en imprimir la forma. Fue así

de lui, qu'elle soit ou non le fruit du hasard (91). La conscience du résultat ne semble donc pas devoir être exigée lors de la création, mais postérieurement, lors de la divulgation. Discutée en doctrine, cette question semble ignorée par la jurisprudence. Il faut alors souhaiter que ce silence marque l'indifférence accordée par cette dernière à une telle qualité.

27. L'indifférence tant légale que jurisprudentielle à certaines qualités assure l'adéquation du droit d'auteur à la création contemporaine, adéquation qu'il faut alors vérifier à l'aune, cette fois, des conditions de protection.

B) Les conditions nécessaires

28. La protection par le droit d'auteur suppose l'existence d'une forme originale, conditions auxquelles satisfait la création contemporaine.

1) La condition de forme

29. La forme, par opposition à l'idée (92), est protégée par le droit d'auteur. À l'inverse, les idées sont de libres parcours (93). Comme le notait l'économiste Walras : *"le fonds commun des idées n'est ni valable, ni appropriable... tout au plus est-il de la richesse naturelle"* (94). Au stade de l'idée, l'acte ne pourrait être créateur. Tout ayant déjà été dit (95), l'auteur se bornerait à puiser dans *"le trésor inépuisable"* (96) qu'est ce fonds commun d'idée. La création interviendrait alors postérieurement, au stade de la mise

Court (TGI) of Paris could thus hold in 1998 that *"the cubist genre stemming from Picasso's creative intention cannot be the subject of a monopoly"* (97). The finding is fortunate in light of the history of art. It serves as a reminder that a balance must be found in order to foster creativity by protecting it without, however, drying it up through excessive protection. Yet no sooner has the principle been explained than the difficulties begin. Where is the distinction to be drawn between idea and form? The question is of prime importance and calls for a clear solution, which lawyers struggle to provide (98). Given this elusive boundary between form and idea, contemporary art challenges the very justification for excluding the protection of ideas. The idea can be the creation. This was obviously Duchamp's aim with his *Readymades* (99) and, subsequently, that of conceptual art, with, for example, Joseph Kosuth's phrase *"Art as idea as idea"*. Nevertheless, these ideas ought to be excluded from protection by authors' rights as this protection is limited to the composition or the expression of the idea (100). The protection afforded by authors' rights would then no longer concern the heart of the creation but merely its periphery (101).

30. Another reading seems possible, however, as a study of the case law addressing this difficulty in connection with the work of Christo and Jeanne Claude shows. While *"the idea of wrapping objects"* was not eligible for protection by authors' rights (102), on the other hand, the Pont-Neuf (103) or the Reichstag (104) wrapped by Christo and Jeanne Claude were protected works. In the view of the Court of Appeal of Paris (105), it was *"the idea of accentuating the pureness of the lines*

como el Tribunal de Gran Instancia de París pudo juzgar en 1998, que "el género cubista nacido de la intención creadora de Picasso no puede ser objeto de un monopolio" (97). La solución es venturosa, a la luz de la historia del arte. Ella recuerda que es preciso encontrar un equilibrio con el propósito de incitar a la creación protegiéndola a la vez, sin llegar a despojarla de su savia por efecto de una excesiva protección. Sin embargo, una vez explicitado el principio comienzan las dificultades. ¿Dónde trazar la distinción entre la idea y la forma?. La cuestión es capital y reclama una solución clara, que el jurista tiene dificultades para ofrecer (98). Frente a esta frontera inabarcable entre forma e idea, el arte contemporáneo pone en duda la justificación misma de excluir de la protección a la idea. La idea puede ser la creación. Evidentemente, es éste el propósito de Duchamp con sus Readymades (99) y con lo que vino enseguida: el arte conceptual, principalmente con la fórmula de Joseph Kosuth "Art as idea as idea". Estas ideas, no obstante, deberían quedar excluidas de la protección del Derecho de Autor, puesto que ella se limita a la composición o a la expresión de la idea (100). Si así es, la protección por el Derecho de Autor ya no atañería al núcleo de la creación sino a su periferia (101).

30. No obstante lo dicho, otra lectura parece posible, como lo muestra el estudio que con ocasión del trabajo de Christo y Jeanne Claude hizo la jurisprudencia, enfrentándose a esta dificultad. Si "la idea de empaquetar objetos" no es materia de protección por el Derecho de Autor (102), en cambio, el Pont-Neuf (103) o el Reichstag (104) empaquetados por Christo y Jeanne Claude son obras protegidas. Para la Corte de Apelación de París (105), "la idea de poner de relieve la pureza de las líneas de un puente y de sus faroles

en forme. Le Tribunal de grande instance de Paris a ainsi pu juger en 1998 que *"le genre cubiste issu de l'intention créatrice de Picasso ne peut être l'objet d'un monopole"* (97). La solution est heureuse à l'aune de l'histoire de l'art. Elle rappelle qu'un équilibre doit être trouvé afin d'inciter la création par sa protection sans pour autant l'assécher par une protection excessive. Pourtant, une fois le principe explicité, les difficultés commencent. Où tracer la distinction entre l'idée et la forme ? La question est capitale et appelle une solution claire, que le juriste peine à offrir (98). Face à cette frontière insaisissable entre forme et idée, l'art contemporain met en doute la justification même de l'exclusion de la protection de l'idée. L'idée peut être la création. C'est évidemment le propos de Duchamp avec ces *Readymades* (99) et à sa suite de l'art conceptuel, avec notamment la formule de Joseph Kosuth *"Art as idea as idea"*. Ces idées devraient néanmoins être exclues de la protection par le droit d'auteur, cette dernière se limitant à la composition ou à l'expression de l'idée (100). La protection par le droit d'auteur ne porterait alors plus sur le cœur de la création mais sur sa périphérie (101).

30. Une autre lecture semble néanmoins possible, comme le montre l'étude de la jurisprudence, affrontant cette difficulté à l'occasion du travail de Christo et Jeanne Claude. Si *"l'idée d'envelopper des objets"* n'était pas protégeable par le droit d'auteur (102), en revanche, le Pont-Neuf (103) ou le Reichstag (104) empaquetés par Christo et Jeanne Claude sont des œuvres protégées. Pour la Cour d'appel de Paris (105), c'est *"l'idée de mettre en relief la pureté des lignes d'un pont et de ses lampadaires au moyen d'une*

of a bridge and its lampposts by means of a cloth and ropes" that constituted an original work. This point is of capital importance. It shows that, for the Court of Appeal of Paris, the creative process is not limited purely to the wrapping phase but extends, beforehand, to the choice of the object to be wrapped. The creation is not limited to the composition; it extends to the idea which thus obtains protection. The distinction between idea and form fades then, to be replaced by another distinction between banality and originality, as some legal authors have advocated (106). While a banal idea - wrapping objects - is not protected, an original idea - wrapping the Pont-Neuf - may be. The Court of Appeal shows us a system of authors' rights in step with contemporary creation (107), provided however that the creation is original.

2) The Condition of Originality

31. The definition of originality is complex - because a changing one - not only in comparative law but also in French law. Hence it has been described as "*variable-geometry originality*" (108). There are two opposing conceptions: a subjective conception and an objective one. The subjective conception infers originality from the stamp of the author's personality in the work. The work is original because of this stamp. In the case of the objective conception, the bond between the work and the author is secondary. Originality is inferred from the subject matter of the right and not the holder of the right. Objective originality presupposes then the existence of choice in the creative process. However, whatever the conception adopted, this requirement of originality is arguably incompatible with

por medio de una tela y de cuerdas" es lo que constituye la obra original. La precisión es capital. Ella pone de manifiesto que, para la Corte de Apelación de París, el proceso creador no se limita a la sola fase del empaquetamiento, sino que se extiende a la fuente, es decir a la elección del objeto empaquetado. La creación no se limita a la composición: se extiende a la idea que por vía de consecuencia accede a la protección. La distinción entre idea y forma se esfuma entonces en beneficio de otra distinción entre banalidad y originalidad, como lo preconiza una parte de la doctrina (106)- Si una idea banal (empaquetar objetos) no está protegida; una idea original (empaquetar el Pont-Neuf) puede estarlo. La Corte de Apelación realza un Derecho de Autor en interfase con la creación contemporánea (107), bajo la condición no obstante de que esta última sea original.

2) La condición de originalidad

31. La definición de originalidad es compleja, ya que es cambiante, no sólo en derecho comparado sino también en derecho francés. De este modo, se ha podido hablar de "originalidad a geometría variable" (108). Dos concepciones se oponen: una concepción subjetiva y una concepción objetiva. La concepción subjetiva deduce la originalidad de la huella de la personalidad del autor en la obra. La obra es original por el hecho de esta huella. Para la concepción objetiva, el lazo entre la obra y el autor es secundario. La originalidad se deduce del objeto de derecho y no del sujeto de derecho. La originalidad objetiva supone entonces que existen alternativas en cuanto a la elección en el proceso creativo. Ahora bien, cualquiera que sea la concepción que se retenga, esta exigencia de originalidad sería incompatible con la protección del arte

toile et de cordage” qui constitue l’œuvre originale. La précision est capitale. Elle montre que le processus créatif, pour la Cour d’appel de Paris, ne se limite pas à la seule phase d’emballage, mais s’étend, en amont, au choix de l’objet emballé. La création ne se limite pas à la composition ; elle s’étend à l’idée, qui accède dès lors à la protection. La distinction idée/forme s’estompe alors au profit d’une autre distinction entre banalité et originalité, comme le préconise une partie de la doctrine (106). Si une idée banale - emballer des objets - n’est pas protégée ; une idée originale - emballer le Pont-Neuf - peut l’être. La Cour d’appel montre alors un droit d’auteur en phase avec la création contemporaine (107), à condition, toutefois, que cette dernière soit originale.

2) La condition d’originalité

31. La définition de l’originalité est complexe, car changeante, non seulement en droit comparé, mais aussi en droit français. On a ainsi pu parler *“d’originalité à géométrie variable”* (108). Deux conceptions s’opposent : une conception subjective et une conception objective. La conception subjective déduit l’originalité de l’empreinte de la personnalité de l’auteur dans l’œuvre. L’œuvre est originale du fait de cette empreinte. Pour la conception objective, le lien entre l’œuvre et l’auteur est secondaire. L’originalité se déduit de l’objet de droit et non du sujet de droit. L’originalité objective suppose alors l’existence de choix dans le processus créatif. Or, quelle que soit la conception retenue, cette exigence d’originalité serait incompatible avec la protection de l’art contemporain (109) et plus

the protection of contemporary art (109) and particularly *Readymades*. To paraphrase Philippe Thomas, legal literature could conclude that *Readymades* belong to everyone. Yet this conclusion is not self-evident. According to Duchamp, "it is necessary to be able to choose an object with the idea of not being impressed by that object based on any kind of delectation" (110). Therefore, the choice is not insignificant. Above all, the choice shows Duchamp's innovative and provocative mind, while offering his definition of art which was "to reduce the idea of aesthetic consideration to a mental choice, rather than the hand's ability or intelligence, for which I reproached so many painters of my generation" (111). There is no doubt that this choice reflects Duchamp's personality (112), thus satisfying the condition of subjective originality. How then is its rejection by legal literature to be explained? It has been shown that the courts reintroduce merit indirectly through originality (113). Indeed, it is easy to understand why a court that describes Duchamp's work as "mystification" (114) should find it difficult afterwards to accept that such a work is original (115). It is not art so it is not original. Some legal scholars seem inclined to draw the same conclusion (116). In both cases, this consideration of merit is to be deplored. When assessing a work's originality, judges and lawyers alike should not depart from their aesthetic neutrality: all that matters is the presence of the author's personality. The presence of Duchamp's personality is undeniable in his *Readymades*, whatever a person may think about these artistic creations. It is this presence that calls for their protection by authors' rights. Admittedly, this protection is limited: it

contemporáneo (109) y muy especialmente con los *Readymades*. Parafraseando a Philippe Thomas, la doctrina podría concluir en que los *Readymades* pertenecen a todo el mundo. Sin embargo, esta conclusión no se impone con evidencia. Según Duchamp "hay que llegar a elegir un objeto con la idea de no impresionarse por este objeto delectándose bajo cualquier orden" (110). La alternativa en cuanto a la elección no es por lo tanto anodina. Sobre todo, esta alternativa prueba el espíritu innovador y provocador de Duchamp, todo y proponiendo su propia definición del arte, que consiste "en volver a llevar la idea de la consideración estética hacia una elección mental, y no a la capacidad o a la inteligencia de la mano contra lo que yo me levigé frente a tantos pintores de mi generación" (111). Esta elección traduce, sin lugar a dudas, la personalidad de Duchamp (112), satisfaciendo así la originalidad subjetiva. ¿Cómo explicar entonces el rechazo de la doctrina? Se ha demostrado que la jurisprudencia introduce indirectamente el mérito a través de la originalidad (113). En este caso, se comprende, que al juez que califica la obra de Duchamp de "mistificación" (114), le cueste luego trabajo reconocer la originalidad de tal obra (115). No es arte, por consiguiente, no es original. Esta constatación podría ser idéntica para una parte de la doctrina (116). En ambos casos, este tomar en cuenta el mérito debe denunciarse. Tanto el juez como la doctrina, cuando aprecian la originalidad de una obra, no deben abandonar su neutralidad estética, lo importante es sólo la presencia de la personalidad del autor. Ahora bien, la presencia de la personalidad de Duchamp es innegable en esos *Readymade*, independientemente de la opinión que cada uno pueda tener sobre esta creación artística. Es esta presencia la que convoca la protección por el Derecho de Autor. Ciertamente, esta protección es

particulièrement des *Readymades*. Paraphrasant Philippe Thomas, la doctrine pourrait conclure que les *Readymades* appartiennent à tout le monde. Cette conclusion ne s'impose pourtant pas avec évidence. Selon Duchamp, "*il faut arriver à choisir un objet avec l'idée de ne pas être impressionné par cet objet selon une délectation d'aucun ordre*" (110). Le choix n'est donc pas anodin. Surtout, ce choix témoigne de l'esprit novateur et provocateur de Duchamp, tout en proposant sa définition de l'art qui consiste "*à ramener l'idée de la considération esthétique à un choix mental, et non pas à la capacité ou à l'intelligence de la main contre quoi je m'élevais chez tant de peintres de ma génération*" (111). Ce choix traduit, à n'en pas douter, la personnalité de Duchamp (112), satisfaisant ainsi l'originalité subjective. Comment alors expliquer le rejet de la doctrine ? Il a été montré que la jurisprudence réintroduit indirectement le mérite au travers de l'originalité (113). On comprend en effet qu'un juge qualifiant l'œuvre de Duchamp de "*mystification*" (114) peine ensuite à reconnaître l'originalité d'une telle œuvre (115). Ce n'est pas de l'art, donc ce n'est pas original. Le constat pourrait être identique pour une partie de la doctrine (116). Dans les deux cas, cette prise en compte du mérite doit être dénoncée. Tant le juge que la doctrine, lorsqu'ils apprécient l'originalité d'une œuvre, ne doivent se départir de leur neutralité esthétique, seul importe la présence de la personnalité de l'auteur. Or, la présence de la personnalité de Duchamp est indéniable dans ces *Readymade*, indépendamment de l'opinion que chacun peut avoir sur cette création artistique. C'est cette présence qui appelle la protection par le droit d'auteur. Certes, cette protection est limitée. Elle ne

Readymade but covers rather the idea of turning a urinal into a work of art (117). So any reproduction of *Fountain* must be authorised by the author (118). Above all, any harm caused to the work must be viewed as a violation of the moral right. It is regrettable, therefore, that in the *Pinoncelly* case (119) the destruction of Duchamp's urinal was considered purely from the standpoint of civil liability in tort. The reason for choosing this approach was doubtless because the Museum of Modern Art, as the owner of the physical medium, did not hold the author's rights in the work (120). Nevertheless, the Ministry of Culture could have referred the matter to the court in this case for manifest abuse in the non-exercise of the moral right in order to make up for the inertia of the heirs, as it is entitled to do under Article L. 121-3 of the Intellectual Property Code (121). This would have provided confirmation that the Ministry wished to consider these works as "works" for the purposes of copyright law. It would then have been for the courts to take a stand on the Ministry's approach - positively, we anticipate!

CONCLUSION

32. Far from depriving lawyers of their points of reference, the vitality of contemporary art emphasises, on the contrary, the legitimacy of authors' rights as the natural framework for its protection. While the protections that can be borrowed from industrial property prove unsuited, bearing in mind that within the intellectual property system each branch possesses its own logic, the imitated protections permitted by civil law offer only a

del Readymade, sino en términos más preprecisos, con la idea de erigir un urinario en obra de arte (117). Por lo tanto, toda reproducción de Fountain debe autorizarla el autor (118). Sobre todo, cualquier atentado que se le ocasione a la obra debe analizarse como una violación del derecho moral. En consecuencia, hay que lamentar que en el proceso judicial Pinoncelly (119) la destrucción del urinario de Duchamp no haya sido contemplada sino en el marco de la responsabilidad civil. Esta elección se explica, sin duda, por el hecho de que el Museo de Arte Contemporáneo, propietario del soporte, no es titular del derecho de autor de la obra (120). Esto dicho, cuando tuvo lugar este proceso judicial, el Ministerio de Cultura hubiese podido acudir al Tribunal por abuso notorio del no uso del derecho moral, paliando así la inercia de los herederos, tal y como invita a hacerlo el Artículo L. 121-3 del Código de la Propiedad Intelectual (121). De este modo se hubiera afirmado la voluntad del Ministerio de considerar estas obras como obras, en el sentido del Derecho de Autor, voluntad sobre la cual los jueces hubieran debido pronunciarse. Así cabe creerlo: en sentido positivo!

CONCLUSION

32. *El vigor del arte contemporáneo, lejos de hacer que los juristas pierdan sus puntos de referencia, subraya, al contrario, la legitimidad del Derecho de Autor en cuanto a constituir el marco natural de protección. Mientras que las protecciones de préstamo que autoriza la propiedad industrial están desadaptadas -y recuerdan que en el seno de la propiedad intelectual cada rama posee su propia lógica- las protecciones sobre las imitaciones permitidas por el Derecho Civil, no ofrecen*

porte pas sur l'idée du *Readymade*, mais plus précisément sur l'idée d'ériger un urinoir en œuvre d'art (117). Dès lors, toute reproduction de *fountain* doit être autorisée par l'auteur (118). Surtout, toute atteinte portée à l'œuvre s'analyse en une violation du droit moral. Il faut alors regretter que dans l'affaire Pinoncely (119), la destruction de l'urinoir de Duchamp n'ait été envisagée qu'à l'aune de la responsabilité civile. Ce choix s'explique sans doute par le fait que le Musée d'art moderne, propriétaire du support, n'est pas titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre (120). Toutefois, le Ministère de la Culture aurait pu, à l'occasion de cette affaire, saisir le Tribunal pour abus notoire de non-usage du droit moral palliant ainsi l'inertie des héritiers, comme l'y invite l'article L. 121-3 du Code de propriété intellectuelle (121). Aurait été ainsi affirmée la volonté du Ministère de considérer ces œuvres comme des œuvres au sens du droit d'auteur, volonté sur laquelle les juges auraient eu à se prononcer. On le croit dans un sens positif !

CONCLUSION

32. La vigueur de l'art contemporain, loin de faire perdre aux juristes leurs repères, souligne, au contraire, la légitimité du droit d'auteur à en constituer le cadre naturel de protection. Alors que les protections d'emprunt qu'autorise la propriété industrielle s'avèrent inadaptées, rappelant qu'à l'intérieur de la propriété intellectuelle chaque branche possède sa propre logique, les protections d'imitation permises par le droit civil n'offrent qu'un

supplement to and by no means a substitute for authors' rights. Above all, the study shows that authors' rights are properly suited to the subject matter for protection formed by contemporary creation. This suitability does not entail in any way the need to extend artificially the sphere of application of authors' rights. However, it does require a return to the very notion of a "work", as the subject matter of authors' rights. Only a particular vision of this notion would justify excluding contemporary artworks. The assumed unsuitability of authors' rights would then be due to the difficulty in distinguishing the invariant from the contingent. Some qualities are merely specific to a given period or a particular category of works. Accordingly, they should not be made into a condition of protection for fear of stereotyping authors' rights. On the contrary, originality stands out as the invariant in any work. All works imply that their authors express their personalities through their creations to various degrees. It follows then that originality should be the only condition considered for protection by authors' rights, in which case contemporary art, whatever its trends, has its proper place within the system!

(English translation by
Margaret PLATT-HOMMEL)

sino un complemento y en ningún caso un sustituto al Derecho de Autor. Sobre todo, su estudio pone de manifiesto un Derecho de Autor que se adecuaba a su objeto de protección que es la creación contemporánea. Esta adecuación, de ninguna manera supone extender artificialmente el ámbito de aplicación del Derecho de Autor. En cambio, ella requiere que se recuerde la noción misma de obra: objeto del Derecho de Autor. Sólo una visión particular de esta noción justifica que se excluyan las obras contemporáneas. La supuesta inadecuación se explica entonces por la dificultad en distinguir entre lo invariable y lo contingente. Ciertas cualidades son únicamente particulares a una época o a una categoría de obras. De ahí que deban erigirse en condiciones para la protección porque se corre el riesgo de osificar el Derecho de autor. Por el contrario, la originalidad se afirma como invariable a toda obra. Cada obra supone que el autor exprese su personalidad dentro de una gama de graduaciones diversas a través de la creación. A partir de esto, solamente la originalidad debe erigirse en la condición para la protección del Derecho de autor, lo que justifica que el arte contemporáneo, sean cuales sean sus formas de evolucionar, encuentre en él, el lugar que le corresponde!

(Traducción española de
Jeanne MARTÍNEZ-ARRETZ)

NOTES

(1) See the articles published in the journal *Esprit* in 1991 and 1992 (issues 173, 179 and 185) devoted to the "crisis" in contemporary art and the response by G. Didi-Huberman (*D'un ressentiment en mal d'esthétique*, in *L'art contemporain en question*, Galerie nationale du jeu de Paume, 1994,

NOTAS

(1) Ver los artículos aparecidos en 1991 y 1992 en la Revista *Esprit* (números 173, 179 y 185) consagrados a la "crisis" del arte contemporáneo, y la respuesta de G. Didi-Huberman (*D'un ressentiment en mal d'esthétique*, en *L'art contemporain en question*. Galerie nationale du jeu de Paume, 1994, páginas 65-

complément et en aucun cas un substitut au droit d'auteur. Surtout, l'étude montre un droit d'auteur en adéquation avec son objet de protection que constitue la création contemporaine. Cette adéquation ne suppose en aucune manière d'étendre artificiellement le domaine d'application du droit d'auteur. Elle exige, en revanche, de rappeler la notion même d'œuvre : objet du droit d'auteur. Seule une vision particulière de cette notion justifie d'en exclure les œuvres contemporaines. L'inadéquation supposée du droit d'auteur s'explique alors par la difficulté à distinguer l'invariant du contingent. Certaines qualités ne sont que particulières à une époque ou à une catégorie d'œuvres. Elles ne doivent pas en conséquence être érigées en condition de protection au risque de figer le droit d'auteur. Au contraire, l'originalité s'affirme comme invariant à toute œuvre. Chaque œuvre suppose que l'auteur exprime, à des degrés divers, sa personnalité au travers de sa création. Seule l'originalité doit alors être érigée en condition de protection du droit d'auteur, justifiant que l'art contemporain, quelque soit ses évolutions, y trouve sa place !

NOTES

(1) Voir les articles parus dans la revue *Esprit* en 1991 et 1992 (aux numéros 173, 179 et 185) consacrés à la "crise" de l'art contemporain et la réponse de G. Didi-Huberman (*D'un ressentiment en mal d'esthétique*, in *l'art contemporain en question*, Galerie nationale du jeu de Paume, 1994, pp. 65-88) et ensuite

pp. 65-88) and then the issue *Art/Non Art* in the journal *Krisis*, November 1996, with the response by Ph. Dagen (*L'art contemporain sous le regard de ses maîtres censeurs*, *Le Monde*, 15 February 1997). More generally on this controversy: Dagen (Ph.), *La haine de l'art*, Grasset, 1997, and also Michaud (Y.), *La crise de l'art contemporain: utopie, démocratie et comédie*, PUF *Interventions Philosophiques* 1997.

(2) Dagen (Ph.), *La haine de l'art*, Grasset, 1997, p. 13.

(3) Moulin (R.), *Remarque sur la définition sociologique de l'œuvre d'art*, in *Le marché commun et le marché de l'art*, ULB, 1982, p. 32: "by a sort of reversal of perspectives, it is the artist-creator's social recognition that constitutes the precondition for defining the work".

(4) Millet (C.), *L'art d'appropriation devant les tribunaux*, in *Copyright/Copywrong*, 2003, p. 122.

(5) De Duve (Th.), *Résonnances du Readymade*, Duchamp entre avant-garde et tradition, Ed. J. Chambon, 1987, p. 107. *Emphasis added.*

(6) Strowel (A.), *Le droit et l'objet d'art - Réflexions en marge d'un colloque*, p. 394 quoting Raymonde Moulin.

(7) 1st Civ., 5 May 1998, D. aff., 1998, p. 1007.

(8) Only Sherrie Levine's appropriation of photographs by Edward Weston and Walker Evans gave rise to a lawsuit which was eventually settled out of court. Reference can be made, however, to the recent case between J. Gautel and B. Rheims, on the subject of which: TGI Paris, 23 November 2005, D. 2006, 1051, E. Treppoz note.

(9) Apart from the foregoing case between Sherrie Levine and photographers Edward Weston and Walker Evans, we can cite as examples Jean-Pierre Leloir in the *Rancillac* case or Art Rogers in the *Koons* case [Roger v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir.)]. On these examples, see Millet (C.), *L'art d'appropriation devant les tribunaux*, in *Copyright/Copywrong*, 2003, p. 115.

(10) See, for example, the case brought by Christo against an advertiser (TGI Paris, 26 May 1987, Dalloz, 1988, SC, p. 201, Colombet obs.) and more recently the case brought by Swiss artists Fischli & Weiss against an advertiser [on which: McClean (D.), *Does UK copyright law better protect foxes than hedgehogs?* Fischli & Weiss and the Honda advert, paper presented at the "Image Rights" Symposium held in Geneva on 3 December 2004].

(11) Edelman (B.), *De l'urinoir de Duchamp comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly* (concerning the judgment delivered by the District Court (TGI) of Tarascon on 20 November 1998, D., 2000.100). The claim that authors' rights are not suited to

88) y enseguida el número *Art/Non Art* de la Revista *Krisis*, noviembre 1996, con la respuesta de Ph. Dagen (*L'art contemporain sous le regard de ses maîtres censeurs*. *Le Monde*, 15 de febrero de 1997). Para una visión más amplia de esta polémica: Dagen (Ph.), *La haine de l'art*, Grasset, 1997 y también Michaud (Y.), *La crise de l'art contemporain: utopie, démocratie et comédie*, PUF *Interventions Philosophiques* 1997.

(2) Dagen (Ph.), *La haine de l'art*, Grasset, 1997, p. 13.

(3) Moulin (R.), *Énfasis sobre la definición sociológica de la obra de arte. Verla en, El mercado Común y el mercado del arte*, ULB, 1982, página 32: "por una especie de inversión de las perspectivas, es el reconocimiento social del artista creador lo que constituye la parte previa de la definición de la obra".

(4) Millet (C.), *L'art d'appropriation devant les tribunaux*, in *Copyright/Copywrong*, p. 122.

(5) De Duve (Th.), *Résonnances du Readymade, Duchamp entre avant-garde et tradition*, Ediciones J. Chambon, 1987, p. 107. *Somos nosotros quienes subrayamos!*

(6) Strowel (A.), *Le droit et l'objet d'art - Réflexions en marge d'un colloque*, p. 394 citando a Raymonde Moulin.

(7) *Primera Sala Civil de Casación, 5 de mayo de 1998, D., Proceso judicial 1998, p. 1007.*

(8) *Sólo la apropiación que llevó a cabo Sherrie Levine, de fotografías de Edward Weston y de Walker Evans ha dado lugar a un proceso judicial, y se saldó por un acuerdo amigable. Citemos no obstante, el caso reciente en el que J. Gautel se opuso a B. Rheims (TGI Paris, 23 de nov. de 2005, D. 2006.1051, nota E. Treppoz.*

(9) *Además del proceso judicial antes citado que enfrentó a Sherrie Levine con los fotógrafos Edward Weston y Walker Evans, citaremos a Jean Pierre Leloir, en el proceso Rancillac o a Art Rogers, en el proceso Koons (Roger versus Koons, 960 F 2d 301 2d Cir). Sobre estos ejemplos, ver: Millet (C.), L'art d'appropriation devant les tribunaux, in Copyright/Copywrong, 2003, p. 115.*

(10) *Citaremos el proceso en el cual se enfrentaron Christo y un publicista (TGI Paris, 26 de mayo de 1987, Dalloz, 1988, SC, página 201, observaciones de Colombet); y, últimamente, el proceso que opuso a los artistas suizos Fischli & Weiss a un publicista (sobre el cual, ver: McClean (D.), Does UK copyright law better protect foxes than hedgehogs? Fischli & Weiss and the Honda advert, Conferencia dictada en Ginebra, el 3 de diciembre de 2004, con ocasión del Coloquio sobre Derechos de Imágenes).*

(11) *Edelman (B.), De l'urinoir de Duchamp comme un des beaux-arts: de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly (a propósito del proceso judicial del TGI de Tarascon, del 29 de noviembre de 1998, D., 2000.100). Esta pretendida inadaptación del Derecho de Autor a la creación contemporánea es*

le numéro *Art/Non Art* de la revue *Krisis*, novembre 1996 avec la réponse de Ph. Dagen (L'art contemporain sous le regard de ses maîtres censeurs, *Le Monde*, 15 février 1997). Plus généralement sur cette polémique : Dagen (Ph.), *La haine de l'art*, Grasset, 1997 et aussi Michaud (Y.), *La crise de l'art contemporain : utopie, démocratie et comédie*, PUF Interventions Philosophiques 1997.

(2) Dagen (Ph.), *La haine de l'art*, Grasset, 1997, p. 13.

(3) Moulin (R.), Remarque sur la définition sociologique de l'œuvre d'art, in *Le marché commun et le marché de l'art*, ULB, 1982, p. 32 : *"par une sorte de renversement des perspectives, c'est la reconnaissance sociale de l'artiste créateur qui constitue le préalable de la définition de l'œuvre"*.

(4) Millet (C.), L'art d'appropriation devant les tribunaux, in *Copyright/Copywrong*, 2003, p. 122.

(5) De Duve (Th.), *Résonnances du Readymade, Duchamp entre avant-garde et tradition*, éd. J. Chambon, 1987, p. 107. C'est nous qui soulignons !

(6) Strowel (A.), *Le droit et l'objet d'art - Réflexions en marge d'un colloque*, p. 394 citant Raymonde Moulin.

(7) Civ. 1re, 5 mai 1998, D. aff., 1998, p. 1007.

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

(9) Outre, l'affaire précitée opposant Sherrie Levine aux photographes Edward Weston et Walker Evans, on citera Jean Pierre Leloir dans l'affaire Rancillac ou Art Rogers dans l'affaire Koons (Roger v. Koons, 960 F2d 301 (2d Cir.). Sur ces exemples, voir : Millet (C.), *L'art d'appropriation devant les tribunaux*, in *Copyright/Copywrong*, 2003, p. 115.

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

(11) Edelman (B.), *De l'urinoir de Duchamp comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly* (à propos du jugement du TGI de Tarascon du 20 nov. 1998, D., 2000.100). Cette prétendue inadaptation du droit d'auteur à la création contemporaine est classique dans la littérature tant

contemporary creation is recurrent both in legal literature [see, for example, Walravens (N.), *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, *Economica*, 2005, whose analysis is built on this unsuitability, and Strowel (A.), *L'œuvre selon le droit d'auteur*, *Droits*, 18, p. 83] and in sociological literature [Moulin (R.), *Le marché de l'art. Mondialisation et nouvelles technologies*, Flammarion, 2000, p. 99, and also Heinich (N.), *Le triple jeu de l'art contemporain*, *Minuit*, 1998, p. 158]. See also recently in the specialist press: Pierrat (E.), *Qui est l'auteur*, *L'œil*, September 2005, who concludes "as to the matter of designating the author of a work, the law and the courts have long been out of kilter with creative innovations".

(12) It was a poll of 500 art experts (artists, curators, critics and art dealers) in the run-up to the Turner Prize that placed Duchamp's *Fountain* in first position before Picasso's *Les Femmes d'Alger*. See Lamarche (B.) & Baillargeon (S.), *L'œuvre d'art du siècle*, *Le devoir.com*, Friday, 3 December 2004.

(13) Lucas (A. & H.-J.), *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec 2001, no. 49; Laligand (O.), *La problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur*, *RRJ*, 1989, p. 606, note 73; Strowel (A.), *Droit d'auteur et copyright - Divergences et convergences*, LGDJ Bruylant, 1993, p. 411, note 83; Edelman (B.), under TGI Tarascon, 20 November 1998, D., 2000.98, no. 8; Cherpillod (Y.), *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC, 1985, no. 218, accepting, however, that its presentation or staging could reflect creative input; to the same effect, Gaudrat (Ph.), *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, Mélanges Françon, Dalloz, 1995, p. 211.

(14) Nesbit (M.), *Les originaux des Readymades*. Le modèle Duchamp, transl. by J.-M. Foray and D. Soutif, *Les Cahiers du Musée national d'art moderne*, no. 33, Autumn 1990, pp. 57-65 (translation of: Ready-made Originals: The Duchamp Model).

(15) The author then cites the French window with its covered panes entitled *Fresh Widow* and the *Rotoreliefs* (optical discs).

(16) As can be seen clearly in Klein's letter to gallery owner Iris Clerf: see Semin (D.), *op. cit.*, p. 28: "Dear Iris, I have just invented an astonishing thing... You know Cocteau told you... that the sponges should not have a base to attach them to the ground... Well I have pure imagination's solution... I shan't use an electromagnet like Takis... No! Sponges are hollow. Inside a balloon blown up with hydrogen... Don't tell anyone, Iris, please, it's too serious... Yves Klein. PS: I am sending this letter to my address to record the date of the invention and discovery."

(17) See Semin (D.), *Le peintre et son modèle déposé*, Mamco, 2001, p. 16, no. 12.

clásica en la literatura tanto jurídica [ver, sobre todo Walravens (N.), L'œuvre d'art en droit d'auteur, Economica, 2005 que construye su plan sobre esta inadaptación; y, Strowel (A.), L'œuvre selon le droit d'auteur, Droits, 18, página 83] como sociológica [Moulin (R.), Le marché de l'art. Mondialisation et nouvelles technologies. Flammarion, 2000, página 99; y, también Heinich (N.), Les triples jeux de l'art contemporain, Minuit, 1998, página 158]. Y aún, recientemente en la prensa especializada: Pierrat (E.), Qui est l'auteur. L'œil, septiembre 2005, quien concluye que "en eso de determinar quién es el autor de una obra, ya hace mucho tiempo que la ley y los jueces dejaron de estar al unísono de las innovaciones de la creación".

(12) Fue una encuesta entre 500 profesionales de las artes, realizada con ocasión del premio Turner Prize (artistas, conservadores de obras de arte, críticos, comerciantes de arte) la que ha permitido situar la obra Fountain de Duchamp en primera posición, delante de las Femmes d'Alger, de Picasso. Ver Lamarche (B.) & Baillargeon (S.), L'œuvre d'art du siècle, Le devoir.com, viernes 3 de diciembre de 2004.

(13) Lucas (A. & H.-J.), Traité de propriété littéraire et artistique, Litec 2001, n° 49; Laligand (O.), La problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur, RRJ, 1989, página 606, nota 73; Strowel (A.), Droit d'auteur et copyright - Divergences et convergences, LGDJ Bruylant, 1993, página 411, nota 83; Edelman (B.), en TGI de Tarascon, 20 de noviembre de 1998, D., 2000.98, número 8; Cherpillod (Y.), L'objet du droit d'auteur, CEDIDAC, 1985, n° 218, reconociendo que un aporte creativo podría, sin embargo, resultar de la puesta en escena, y en el mismo sentido Gaudrat (Ph.), Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit. Mélanges Françon, Dalloz, 1995, página 211.

(14) Nesbit (M.), Les originaux des Readymades. Le modèle Duchamp, traduction de J.-M. Foray y D. Soutif, Les Cahiers du Musée national d'art contemporain, n° 33, otoño de 1990, p. 57-65.

(15) Se citan, entonces, la ventana oculta, titulada Fresh Window y esos Rotoreliefs.

(16) La carta de Klein a su galerista Iris Clerf testimonia suficientemente: ver Semin (D.), obra citada, página 28: "Iris mía, acabo de inventar una cosa desconcertante ... Usted sabe que Cocteau le dijo ... que las esponjas no deberían tener pie que las fijaran al suelo ... Yo tengo la solución de la imaginación pura ... No emplearé un electro-ímán, como Takis ... No! Las esponjas serán huecas. En el interior, un balón inflado con hidrógeno ... No se lo diga a nadie, se lo pido, es muy grave ... Yves Klein. PS: Me envío esta carta a mi dirección para marcar la fecha del invento y del descubrimiento."

(17) Ver Semin (D.), Le peintre et son modèle déposé, Ediciones Mamco, 2001, página 16, número 12.

juridique [voir notamment Walravens (N.), *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, Economica, 2005 qui construit son plan sur cette inadaptation et Strowel (A.), *L'œuvre selon le droit d'auteur*, Droits, 18, p. 83] que sociologique [Moulin (R.), *Le marché de l'art. Mondialisation et nouvelles technologies*, Flammarion, 2000, p. 99 et aussi Heinich (N.), *Les triples jeu de l'art contemporain*, Minuit, 1998, p. 158]. Et encore récemment dans la presse spécialisée : Pierrat (E.), *Qui est l'auteur*, L'œil, septembre 2005 concluant *"pour ce qui est de désigner l'auteur d'une œuvre, cela fait bien longtemps que loi et juges ne sont plus au diapason des innovations de la création."*

(12) C'est un sondage de 500 professionnels des arts à l'occasion du prix *Turner Prize* (artistes, conservateurs, critiques, marchands d'art) qui a permis de placer l'œuvre *Fountain* de Duchamp en première position devant les *Demoiselles d'Avignon* de Picasso. Voir Lamarche (B.) & Baillargeon (S.), *L'œuvre d'art du siècle*, Le devoir.com, vendredi 3 décembre 2004.

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

(14) Nesbit (M.), *Les originaux des Readymades. Le modèle Duchamp*, trad. J.-M. Foray et D. Soutif, *Les Cahiers du Musée national d'art moderne*, n° 33, automne 1990, p. 57-65.

(15) Sont alors cités la fenêtre occultée intitulée *Fresh Widow* et ces *Rotoreliefs*.

(16) La lettre de Klein à sa galeriste Iris Clert en témoigne suffisamment : voir Semin (D.), *op. cit.*, p. 28 : *"Mon Iris, je viens d'inventer une chose étonnante... Vous savez que Cocteau vous a dit... que les éponges ne devraient pas avoir de pied pour les joindre au sol... Moi, j'ai la solution de l'imagination pure... Je n'emploierai pas comme Talès un électroaimant... Non ! Les éponges seront creuses. A l'intérieur, un ballon gonflé à l'hydrogène... N'en parlez à personne, mon Iris, je vous en prie, c'est trop grave... Yves Klein. PS : Je m'envoie cette lettre à mon adresse pour marquer la date de l'invention et de la découverte."*

(17) Voir Semin (D.), *Le peintre et son modèle déposé*, éd. Mamco, 2001, p. 16, n° 12.

(18) Edelman (B.), L'erreur sur la substance ou l'œuvre mise à nu par les artistes, même !, *D.* 2003.436, no. 9.

(19) Edelman (B.), De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly, *D.*, 2000.98, no. 9.

(20) Edelman (B.), De la propriété littéraire et artistique, Catalogue for the exhibition "Feux Pâles. Feux Pâles", CAPC, 1991, conversation with Jacques Solomon, p. 56. Jacques Solomon is actually Philippe Thomas, the exhibition being arranged by the agency "Ready-mades belong to everyone", see Stefanov (N.), Notes sur la propriété intellectuelle dans l'œuvre de Philippe Thomas, in Copyright/Copywrong, p. 229.

(21) Already denouncing this shift from "authorship art" to the promotion of "artists' marks" notably with reference to Buren: Domecq (J.-P.), Buren: de l'autopublicité pure, Dubuffet: du brut, du snob, et la suite, in *Esprit*, February 1992, no. 179, p. 34.

(22) Firstly, Duchamp did not sign his urinal with his own name in 1917, although he was already known. Instead he signed it R. Mutt. This tells us two things: anything can become art and anyone can become an artist [Époque contemporaine, ed. by Hamon (F.) & Dagen (Ph.), Flammarion, 1995, p. 383]. Yet this second proposition weakens the foregoing analysis. The guarantee of an artistic origin conferred by signature, in a similar way to a trademark, implies that the signature must be that of a known artist and not an unknown one. Secondly, this declarative process, when the artist is known, is not a specific feature of modern creation, so that it cannot be attached to Duchamp. The obvious examples that spring to mind are studio works, but also more recently Ingres signing his student's copy or again Corot signing his friends' works.

(23) Semin (D.), *op. cit.*, p. 29.

(24) Semin (D.), *Le peintre et son modèle déposé*, Mamco, 2001.

(25) See Article L. 611-10 of the Intellectual Property Code.

(26) According to the European Patent Office guidelines (C IV 2.1.) as transposed in France, an aesthetic creation is an article "whose purpose is neither practical nor functional and the appreciation of which is essentially subjective".

(27) Article L. 611-10(3) "as such"... See also the law of 1968 excluding "creations of an exclusively ornamental nature" (Art. 7, para. 2(2)).

(28) See TGI Paris, 13 May 1992, PIBD 1992 no. 532 II 574.

(29) Klein's *Anthropométries* spring to mind in particular. Indeed, the process can be characterised as a technical solution to a technical

(18) Edelman (B.), L'erreur sur la substance ou l'œuvre mise à nu par les artistes, même !, *D.* 2003-436, n° 9.

(19) Edelman (B.), De l'urinoir comme un des beaux-arts: de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly, *D.*, 2000.98, número 9.

(20) Edelman (B.), De la propriété littéraire et artistique, Catálogo de la exposición "Feux Pâles, Feux Pâles", CAPC, 1991 entrevista con Jacques Salomon, p. 56. Jacques Salomón no es otro que Philippe Thomas, La exposición fue realizada por la Agencia Les Ready-made pertenecen a todo el mundo, ver Stefanov (N.), Notas sur la propiedad intelectual dans l'œuvre de Philippe Thomas, Copywrong, página 229.

(21) Aestándole ya un golpe de arriba a abajo a ese desplazamiento de un "arte de autor" hacia la promoción de "marcas de artistas", a propósito, principalmente, de Buren: Domecq (J.-P.), Buren: De l'autopublicité pure, Dubuffet: du brut, du snob, et la suite, in *Esprit*, febrero 1992, número 179, página 34.

(22) En primer término, Duchamp firma su orinal en 1917, no con su nombre a pesar de que ya era conocido, sino con el nombre de R. Mutt. El propósito es doble: no importa qué se convierte en arte, no importa quién puede llegar a ser artista [Époque contemporaine, dir. Hamon (P.) & Dagen (Ph.), Flammarion, 1995, p. 383]. Ahora bien, esta segunda proposición debilita el análisis antes citado. La garantía de un origen artístico conferido por la firma, a la manera de una marca, supone que la firma sea la de un artista conocido y no la de un desconocido. En segundo lugar, este proceso declarativo, cuando el artista es conocido, no es específico a la creación moderna, si no se lo liga con Duchamp. Se piensa, evidentemente, en las obras de taller; pero también, más recientemente, en Ingres firmando la copia de su ahumado, o aún en Corot firmando las obras de sus amigos.

(23) Semin (D.), obra citada, página 20.

(24) Semin (D.), *Le peintre et son modèle déposé*, ediciones Mamco, 2001.

(25) Ver el Artículo L. 611-10 del Código de la Propiedad Intelectual.

(26) Según las Directrices de la Oficina Europea de Patentes (Sala IV de Casación Civil 2.1.), es una creación estética "el objeto cuya destinación no es ni práctica, ni funcional y cuya apreciación es esencialmente subjetiva".

(27) Artículo L. 611-10 3° "en tanto que tal" ... Ver también la ley de 1968 que excluye "las creaciones de caracteres exclusivamente ornamentales" (Artículo 7, aparte 2. 2°).

(28) Ver TGI París, 13 de mayo de 1992, PIBD 1992 número 532 II 574

(29) Uno se puede interrogar, principalmente sobre las *Anthropométries* de Klein. En efecto, el procedimiento analiza una solución técnica a un

(18) Edelman (B.), L'erreur sur la substance ou l'oeuvre mise à nu par les artistes, même l, D. 2003.436, n° 9.

(19) Edelman (B.), De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly, D., 2000.98, n° 9.

(20) Edelman (B.), De la propriété littéraire et artistique, Catalogue de l'exposition "Feux Pâles. Feux Pâles", CAPC, 1991, entretien avec Jacques Solomon, p. 56. Jacques Salomon n'est autre que Philippe Thomas, l'exposition étant réalisé par l'agence Les Ready-made appartient à tout le monde, voir Stefanov (N.), Notes sur la propriété intellectuelle dans l'oeuvre de Philippe Thomas, in Copyright, Copywrong, p. 229.

(21) Pourfendant déjà ce déplacement d'un "art d'auteur" vers la promotion de "marques d'artistes", à propos notamment de Buren : Domecq (J.-P.), Buren : de l'autopublicité pure, Dubuffet : du brut, du snob, et la suite, in Esprit, février 1992, n° 179, p. 34.

(22) D'abord, Duchamp signe en 1917 son urinoir, non pas de son nom alors qu'il est déjà connu, mais du nom de R. Mutt. Le propos est double : n'importe quoi peut devenir de l'art, n'importe qui peut devenir artiste [Époque contemporaine, dir. Hamon (F.) & Dagen (Ph.), Flammarion, 1995, p. 383]. Or, cette seconde proposition affaiblit l'analyse précitée. La garantie d'une origine artistique conférée par la signature, à l'instar d'une marque, suppose que la signature soit celle d'un artiste connu et non d'un inconnu. Ensuite, ce processus déclaratif, lorsque l'artiste est connu, n'est pas spécifique à la création moderne, excluant de le rattacher à Duchamp. On pense évidemment aux oeuvres d'atelier, mais aussi plus récemment à Ingres signant la copie de son élève ou encore à Corot signant les oeuvres de ses amis.

(23) Semin (D.), *op. cit.*, p. 29.

(24) Semin (D.), Le peintre et son modèle déposé, éd. Mamco, 2001.

(25) Voir l'article L. 611-10 CPI.

(26) Selon les Directives de l'Office Européen des Brevets (C IV 2.1.), est une création esthétique "*l'objet dont la destination n'est ni pratique, ni fonctionnelle et dont l'appréciation est essentiellement subjective*".

(27) Article L. 611-10 3° "en tant que tel"... Voir aussi la loi de 1968 excluant "les créations de caractères exclusivement ornemental" (art. 7, al. 2.2°).

(28) Voir TGI Paris, 13 mai 1992, PIBD 1992, n° 532, II, 574.

(29) On peut notamment s'interroger sur les Anthropométries de Klein. Le procédé s'analyse en effet en une solution technique à un problème technique : "*T'obtention d'empreintes positives ou négatives ou encore*

problem: "obtaining positive or negative prints or again making frescos with such speed of execution and accuracy in the proportions as are impossible to achieve with the usual techniques". See Semin (D.), *op. cit.*, p. 94. However, it is not certain that the implementation of this invention - using naked women covered in blue paint as brushes - is not contrary to *ordre public* and morality (see Article L. 611-17 IPC).

(30) As well as being limited, such trademark protection is above all useless here. Indeed, false attribution or passing off someone else's name or signature on a painting constitutes an act of artistic forgery punishable under the law of 9 February 1895 [on which subject see: Durrande (S.), *L'Artiste, le juge pénal et le faux artistique, plaidoyer pour une loi méconnue*, RSC, 1989.682].

(31) We know that case law accepts the possibility of registering a shade of colour as a trademark if it is sufficiently specific: see notably the colour "congo red": CE 8 February 1974, JCP, 1974.II.17720, Chavanne obs., and more recently the colour "Pantone rose 212", CA Paris, 25 November 1998, PIBD, 1999.III.114 and Com., 30 January 2001, PIBD, 2001.III.284 and RJDA, 2001, no. 735.

(32) And not by a patent as the legend goes: Semin (D.), *op. cit.*, p. 85.

(33) Pollaud-Dulian (F.), *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, nos. 69 and 70, and Foyer (J.) & Vivant (M.), *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 278.

(34) Highlighting this guarantee function in trademark law, see Bruguière (J.-M.) & Nisato (V.), in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, ed. by M. Vivant, p. 428.

(35) See Articles L. 611-17 and L. 711-3 of the Intellectual Property Code.

(36) Failure to exploit is remedied either by the grant of a compulsory licence (Article L. 613-11) or by forfeiture (Article L. 714-5 IPC).

(37) Banzhaf (J.-F.), *Copyright Protection for Computer Programs*, *Columbia Law Review*, 1964, vol. 64, p. 1287, cited by A. Lucas, in *La protection des créations industrielles abstraites*, Litec, 1975, no. 283. Along the same lines: Koumantos (G.), *Reflections on the concept of intellectual property*, in *Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer, 1998, p. 44.

(38) And even Daniel Buren - though denying "any projection of the individual" because he chooses as his "visual tool" fabric with vertical white and coloured stripes "for its banality, impersonality and neutrality" - stamps his personality on the work, as Nadia Walravens notes. Firstly, the visual tool becomes "his style, his

problema técnico: la obtención de huellas positivas o negativas, o aún, la realización de frescos con una rapidez en la ejecución y una exactitud en las proporciones, que son imposibles de alcanzar con las técnicas habituales". Ver Semin (D.), *obra citada*, página 94. Sin embargo, no es evidente que la puesta en práctica de esta invención, utilizando mujeres desnudas embadurnadas de pintura como pinceles, no sea contraria al orden público y a las buenas costumbres. (Ver, Artículo L. 611-17 del Código de la Propiedad Intelectual).

(30) Además de ser limitada, una protección de este tipo, por el Derecho de Marcas, sobre todo aquí, parece inútil. Evidentemente, la usurpación del nombre o de la firma de otro para designar una obra de pintura es constitutiva de algo artísticamente falso que se halla penalmente sancionado por la ley de del 9 de febrero de 1895 [sobre la cual, ver: Durrande (S.), *L'Artiste, le juge pénal et le faux artistique, plaidoyer pour une loi méconnue*, RSC, 1989.682].

(31) Se sabe que la jurisprudencia admite la posibilidad de registrar como marca una sutileza cromática suficientemente determinada: ver, principalmente, el color "rojo congo": CE 8 de febrero de 1974, JCP, 1974.II.17720. Observaciones Chabanne; más recientemente, el color "rosa Pantone 212": CA Paris, 25 de noviembre de 1998, PIBD, 1999.III.114 y Com., 30 de enero de 2001, PIBD, 2001.III.284 y RIDA, 2001, número 735.

(32) Y no por una patente como lo quisiera el leyenda: Semin (D.), *obra citada*, página 85.

(33) Pollaud-Dulian (F.), *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, nos. 69 y 70, y Foyer (J.) & Vivant (M.), *Le droit des brevets*, PUF, 1991, página 278.

(34) En cuanto a poner en evidencia esta función de garantía en Derecho de Marcas: Bruguière (J.-M.) & Nisato (V.), en *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Director M. Vivant, página 428.

(35) Ver Artículos L. 611-17 y L. 711-3 del Código de la Propiedad Intelectual.

(36) La falta de explotación se sanciona, bien sea con el otorgamiento de una licencia obligatoria (Artículo L. 613-11) o con su decadencia (Artículo L. 714-5 del Código de la Propiedad Intelectual).

(37) Banzhaf (J.-F.), *Copyright Protection for Computer Program*, *Columbia Law Review*, 1964, Volúmen 64, página 1287, citado por A. Lucas, en *La protection des créations industrielles abstraites*, Litec, 1975, número 283. En el mismo sentido: Koumantos (G.), *Reflections on the concept of intellectual property*, en *Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram Kluwer*, 1998, página 44.

(38) E inclusive Daniel Buren, aunque recusando "cualquier proyección del individuo", porque, al elegir como "herramienta visual" un tejido rayado con bandas verticales blancas y coloreadas "en razón de sus cualidades de banalidad, de falta de personalidad y de neutralidad" marca la obra con su personalidad, como lo anota Nadia Walravens. Primero, la

la réalisation de fresques avec une rapidité dans l'exécution et une exactitude dans les proportions impossibles à atteindre avec les techniques habituelles". Voir Semin (D.), *op. cit.*, p. 94. Toutefois, il n'est pas certain que la mise en œuvre de cette invention, utilisant comme pinceau de femmes nues enduites de peintures, ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (voir article L. 611-17 CPI).

(30) En plus d'être limitée, une telle protection par le droit des marques s'avère surtout ici inutile. En effet, l'usurpation du nom ou de la signature d'autrui pour désigner une œuvre de peinture est constitutive d'un faux artistique pénalement sanctionné par la loi du 9 février 1895 [sur laquelle, voir : Durrande (S.), L'artiste, le juge pénal et le faux artistique, plaidoyer pour une loi méconnue, RSC, 1989.682].

(31) On sait que la jurisprudence admet la possibilité de déposer comme marque une nuance de couleur suffisamment déterminée : voir notamment la couleur "rouge congo" : CE 8 février 1974, JCP, 1974.II.17720, obs. Chavanne ; plus récemment, la couleur "rose Pantone 212" : CA Paris, 25 novembre 1998, PIBD, 1999.III.114 et Com., 30 janvier 2001, PIBD, 2001.III.284 et RJDA, 2001, n° 735.

(32) Et non par un brevet comme le voudrait la légende : Semin (D.), *op. cit.*, p. 85.

(33) Pollaud-Dulian (F.), Droit de la propriété industrielle, Montchrestien, 1999, n° 69 et 70 et Foyer (J.) & Vivant (M.), Le droit des brevets, PUF, 1991, p. 278.

(34) Pour la mise en évidence de cette fonction de garantie en droit des marques : Bruguère (J.-M.) & Nisato (V.), in Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, dir. M. Vivant, p. 428.

(35) Voir les articles L. 611-17 et L. 711-3 CPI.

(36) L'absence d'exploitation est sanctionnée soit par l'octroi d'une licence obligatoire (article L. 613-11), soit par la déchéance (article L. 714-5 CPI).

(37) Banzhaf (J.-F.), Copyright Protection for Computer Program, Columbia Law Review, 1964, vol. 64, p. 1287, cité par A. Lucas, in La protection des créations industrielles abstraites, Litec, 1975, n° 283. Dans le même sens : Koumantos (G.), Reflections on the concept of intellectual property, in Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram, Kluwer, 1998, p. 44.

(38) Et même Daniel Buren, bien que récusant "toute projection de l'individu" parce que choisissant comme "outil visuel" un tissu rayé de bandes verticales blanches et colorées "en raison de ses qualités de banalité, d'impersonnalité et de neutralité" marque l'œuvre de sa personnalité comme le note Nadia Walravens. D'abord, l'outil visuel devient "son style, sa marque" [Walravens (N.), *op. cit.*, n° 167]. Ensuite et surtout, si

ballmark" [Walravens (N.), *op. cit.*, no. 167]. Secondly, and above all, while the visual tool is impersonal, the work created by arranging the visual tool will bear the stamp of the artist's personality [Walravens (N.), *op. cit.*, no. 168].

(39) On which: Edelman (B.), *Le sacre de l'auteur*, Seuil, 2004.

(40) Strowel (A.), *Droit d'auteur et copyright - Divergences et convergences*, Bruylant - LGDJ, 1993, no. 168.

(41) Authors' rights differ from industrial property owing to the different influence of the general interest [Pollaud-Dulian (F.), *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2004, nos. 40-41]. It is argued that "copyright" (as opposed to authors' rights) adopts a utilitarian conception of property weakening proportionally this conception's alleged incompatibility with artistic creation. Yet "copyright" also differs from industrial property - beyond its weaker protection threshold - through the absence of any condition of complying with standards of morality and any obligation to exploit the object. The general interest's influence remains less!

(42) On the debate concerning the risk of an unacknowledged reconstruction of exclusive rights, see Izorche (M.-L.), *Concurrence déloyale et parasitisme économique*, in *La concurrence déloyale*, Dalloz, *Thèmes & Commentaires*, 2001, p. 26 *et seq.*

(43) Mousseron (J.-M.), Raynard (J.) & Revet (Th.), *De la propriété comme modèle, Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281 and particularly no. 40.

(44) Walravens (N.), *op. cit.*, no. 364; Durrande (S.), *Droit d'auteur et concurrence déloyale*, *Juriscasseur*, Fasc. 1116, 11. 1993, p. 14, and also Gautier (P.-Y.), *op. cit.*, no. 32, p. 60, note 7.

(45) TGI Paris, 26 May 1987, Dalloz, 1988, SC, p. 201, Colombet obs.

(46) As the artist indicated himself, the verb "empaqueter" should be used in French in preference to the verb "emballer" to denote "wrapping". Similarly, since 1994, the artist's name is officially "*Christo and Jeanne Claude*" (*Le Monde*, 12 February 2005, p. 17). So we can see the importance of the moral rights!

(47) TGI Paris, 3 June 1998, *Gaz. Pal.*, 2nd sem., 1998, *somm.*, pp. 689-690.

(48) "[They] deliberately tried to use Pablo Picasso's fame for purely marketing and advertising purposes to make the public believe that one of his original works was involved in the promotion of house paints".

(49) Izorche (M.-L.), *Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme*, *RTDCom.*, 1998, p. 43, no. 60 *et seq.*

berramienta visual llega a ser "su estilo, su marca" [Walravens (N.), obra citada, n° 167]. Segundo y sobre todo, si la herramienta visual es impersonal, la obra creada mediante la disposición de esta herramienta visual quedará marcada con la huella de la personalidad del artista [Walravens (N.), obra citada, número 168].

(39) *Sobre lo cual: Edelman (B.), Le sacre de l'auteur, Seuil, 2004.*

(40) *Strowel (A.), Droit d'auteur et copyright - Divergences et convergences, Bruylant - LGDJ, 1993, número 168.*

(41) *El Derecho de Autor se separa de la propiedad industrial en razón de una penetración bien determinada del interés general [Pollaud-Dulian (F.), Le droit d'auteur, Economica, 2004, números 40 y 41]. Se nos opondrá que el copyright asume una concepción utilitaria de la propiedad, debilitando de este modo la pretendida incompatibilidad de esta concepción con la creación artística. Sin embargo, el copyright se distingue de la propiedad industrial, más allá de su umbral de protección más débil, por faltarle la condición de conformarse a las buenas costumbres y por la obligación de explotación. La penetración del interés general subsiste ahí pero en menor grado.*

(42) *Acerca del debate ligado al riesgo de reconstrucción no confesada de derechos privativos, ver: Izorche (M.-L.), Concurrence déloyale et parasitisme économique, en La concurrence déloyale, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2001, páginas 26 y siguientes.*

(43) *Mousseron (J.-M.), Raynard (J.) Revet (Th.), De la propriété comme modèle, Mélanges offerts à André Colomer, Litec, 1993, p. 281 y particularmente n° 40.*

(44) *Walravens (N.), obra citada, número 364; Durrande (S.), Droit d'auteur et concurrence déloyale, Juriscasseur, Fascículos, 1116, 11.1993, p. 14, y también Gautier (P.-Y.), obra citada, n° 32, p. 60, nota 7.*

(45) *TGI París, 26 de mayo de 1987, Dalloz, 1988, SC, p. 201, Observaciones Colombet.*

(46) *Se debe utilizar preferencialmente el verbo "empaqueter" en lugar del verbo "emballer", como lo indica el autor mismo. De igual manera, desde 1994, oficialmente el nombre del artista es "Christo et Jeanne Claude" (Le Monde, 12 de febrero de 2005, página 17). En donde se ve la importancia del derecho moral!*

(47) *TGI París, 3 de junio de 1998, Gaz. Pal., 2° sem., Sumario, páginas 689-690.*

(48) "Intencionalmente se buscó utilizar con fines puramente mercantiles y publicitarios, el prestigio de Pablo Picasso, para hacer creer al público que una de sus obras originales participaba en la promoción de un producto de pintura para edificios".

(49) *Izorche (M.-L.), Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme, RTD Com. 1998, p. 43, nos. 60 y siguientes.*

L'outil visuel est impersonnel, l'œuvre créée par l'agencement de cet outil visuel sera marquée de l'empreinte de la personnalité de l'artiste [Walravens (N.), *op. cit.*, n° 168].

(39) Sur lequel : Edelman (B.), *Le sacre de l'auteur*, Seuil, 2004.

(40) Strowel (A.), *Droit d'auteur et copyright - Divergences et convergences*, Bruylant - LGDJ, 1993, n° 168.

(41) Le droit d'auteur se sépare de la propriété industrielle en raison d'une pénétration distincte de l'intérêt général [Pollaud-Dulian (F.), *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2004, n° 40-41]. On nous opposera que le *copyright* retient une conception utilitariste de la propriété affaiblissant d'autant la prétendue incompatibilité de cette conception avec la création artistique. Pourtant, le *copyright* se distingue de la propriété industrielle, au delà de son seuil de protection plus faible, par l'absence de condition de conformité aux bonnes mœurs et d'obligation d'exploitation. La pénétration de l'intérêt général y demeure moindre !

(42) Sur le débat lié au risque de reconstitution inavouée de droits privatifs, voir : Izorche (M.-L.), *Concurrence déloyale et parasitisme économique*, in *La concurrence déloyale*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2001, p. 26 et suiv.

(43) Mousseron (J.-M.), Raynard (J.) & Revet (Th.), *De la propriété comme modèle*, *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et particulièrement n° 40.

(44) Walravens (N.), *op. cit.*, n° 364 ; Durrande (S.), *Droit d'auteur et concurrence déloyale*, *Jurisclasser*, Fasc. 1116, 11.1993, p. 14 et aussi Gautier (P.-Y.), *op. cit.*, n° 32, p. 60, note 7.

(45) TGI Paris, 26 mai 1987, *Dalloz*, 1988, SC, p. 201, obs. Colombet.

(46) Le verbe "empaqueter" doit être utilisé par préférence au verbe "emballer", comme l'indique l'auteur lui même. De même, depuis 1994, le nom de l'artiste est officiellement "Christo et Jeanne Claude" (*Le Monde*, 12 février 2005, p. 17). Où l'on voit l'importance du droit moral !

(47) TGI Paris, 3 juin 1998, *Gaz. Pal.*, 2e sem., 1998, somm., p. 689-690.

(48) "Ont volontairement cherché à utiliser à des fins purement mercantiles et publicitaires, la renommée de Pablo Picasso pour faire croire au public que l'une de ses œuvres originales participait à la promotion de produits de peinture en bâtiment".

(49) Izorche (M.-L.), *Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme*, *RTDCom*, 1998, p. 43, n° 60 et suivant.

(50) Edelman (B.), *De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly*, D. 2000.98, no. 15 et seq.

(51) See, in particular, Lefranc (D.), *L'auteur et la personne* (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité), D. 2002.1926.

(52) CA Aix-en-Provence, 21 May 1991, RJDA 1991, no. 756; CA Paris, 2 February 1993, D. 1993, IR, p. 118; TGI Paris, 22 September 1999, CCE 2000, Com., no. 59, A. Lepage obs.; CA Versailles, 2 May 2002, Legipresse 2002, no. 192-1, p. 69; TGI Nîmes, 30 September 2002, Gaz. Pal., 16 May 2003, p. 23, H. Vray note; TGI Nanterre, 23 October 2002, Legipresse 2003, no. 199-1, p. 23; CA Toulouse, 15 April 2003, cited by G. Loiseau, in D., 2003.2230, CA Paris, 3 December 2004, D. 2005.1237, E. Treppoz note, and recently CA Versailles, 22 September 2005, CCE, 2006, comm. no. 4, C. Caron obs.

(53) Loiseau (G.), *L'autonomie du droit à l'image*, Legicom, 4/1999, no. 20, p. 71; Acquarone (E.), *L'ambiguïté du droit à l'image*, D., 1985, chron., p. 129, and Gaillard (D.), *La double nature du droit à l'image et sa conséquence en droit positif*, D., 1984, chron., 161.

(54) Com., 6 May 2003, D., 2003.2228, G. Loiseau note.

(55) 1st Civ., 30 May 2000, D., 2001.SC.1989, L. Marino obs.; JCP, 2001.II.10524, B. Montels note, and CCE, 2000, no. 107, A. Lepage obs. Confirming the decision of the lower court: CA Paris, 1st, 14 May 1975, D. 1976, Jur. p. 291, R. Lindon note, and more recently CA Paris, 22 March 1999, CCE 1999, no. 35, R. Desgorces obs. See, comparing in Swiss copyright law the theory of the purpose requiring a restrictive interpretation of the extent of the rights transferred, Dessemontet (F.), *Le droit d'auteur*, Cédidac, 1999, no. 952.

(56) Montels (B.), 1st Civ., 30 May 2000, JCP, 2001.II.10524.

(57) Lefranc (D.), *op. cit.*, no. 11, using the term "clone".

(58) Goubeaux (G.), *Les personnes*, LGDJ, 1989, no. 316; Malaurie (Ph.), *Les personnes - Les incapacités*, Defrénois, 2004, no. 333, and Loiseau (G.), under Com. 6 May 2003, D., 2003.2230. See, however, CA Paris, 3 December 2004, D. 2005.1237, and our critical remarks.

(59) CA Paris, 3 December 2004, D. 2005.1237, E. Treppoz note.

(60) See CA Paris, 29 September 1995, RIDA April 1996, p. 293, Kéréver.

(50) Edelman (B.), *De l'urinoir comme un des beaux-arts: de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly*, D. 2000.98, nos. 15 y siguientes.

(51) Ver en especial: Lefranc (L.), *L'auteur et la personne* (propositos libres sobre las relaciones entre el Derecho de Autor y los derechos de la personalidad), D. 2002.1926.

(52) CE Aix-en-Provence, 21 de mayo de 1991, RIDA 1991, número 756; CA París, 2 de febrero de 1993, D. 1993, IR, página 118; TGI París, 22 de septiembre de 1999, CCE 2000, Com., número 59, Observaciones de A. Lepage; CA Versailles, 2 de mayo de 2002, Legipresse 2002, número 192-1, página 69; TGI Nîmes, 30 de septiembre 2002, Gaz. Pal., 16 de mayo 2003, página 23, nota 14, H. Vray; TGI Nanterre, 23 de octubre 2002, Legipresse 2003, número 199-1, página 23; CA Toulouse, 15 de abril 2003, citado por G. Loiseau, in D. 2003.2230 y, últimamente CA de París, 3 de diciembre 2004, D. 2005.1237, note de R. Treppoz y, últimamente, CA Versailles, 22 de septiembre de 2005, CCE, 2006, comm. n° 4, obs. C. Caron.

(53) Loiseau (G.), *L'autonomie du droit à l'image*, Legicom, 4/1999, número 20, página 71; Acquarone (E.), *L'ambiguïté du droit à l'image*, D., 1985, crónica, página 129 y; Gaillard (D.), *La double nature du droit à l'image et sa conséquence en droit positif*, D., 1984, crónica 161.

(54) Com., 6 de mayo 2003, D., 2003.2228, nota de G. Loiseau.

(55) Primera Sala de Casación Civil, 30 de mayo 2000, D., 2001, SC 1989, Observaciones de L. Marino; JCP, 2001.II.10524, nota de B. Montels y CCE, 2000, número 107, Observaciones de A. Lepage. Confirmación de una solución relacionada con las jurisdicciones del fondo: CA París, Primera, 14 de mayo 1975, D. 1976, Jurisprudencia, página 291, nota de R. Lindon y, más recientemente, CA París, 22 de marzo 1999, CCE, número 35, Observaciones de R. Desgorces. Acercar al Derecho de Autor suizo la teoría de la finalidad como determinante de una interpretación restrictiva en cuanto a la extensión de los derechos cedidos, ver: Dessemontet (F.), *Le droit d'auteur*, Cédidac, 1999, número 952.

(56) Montels (B.), Primera Sala Civil de Casación, 30 de mayo 2000, JCP, 2000.II.10524.

(57) Lefranc (D.), obra citada, número 11 hablando de "clon".

(58) Goubeaux (G.), *Les personnes*, LGDJ, 1989, número 316; Malaurie (Ph.), *Les personnes - Les incapacités*, Defrénois, 2004, número 333 y Loiseau (G.), bajo Com. 6 de mayo 2003, D., 2003.2230. Ver, sin embargo, CA de París, 3 de diciembre 2004, D. 2005.1237 y nuestras observaciones críticas.

(59) CA París, 3 de diciembre 2004, D. 2005.1237, note de E. Treppoz.

(60) Ver, CA París, 29 de septiembre 1995, RIDA abril 1996, página 293, Kéréver.

(50) Edelman (B.), De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly, D. 2000.98, n° 15 et suiv.

(51) Voir particulièrement : Lefranc (D.), L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité), D. 2002.1926.

(52) CA Aix-en-Provence, 21 mai 1991, RJDA 1991, n° 756 ; CA Paris, 2 février 1993, D. 1993, IR, p. 118 ; TGI Paris, 22 septembre 1999, CCE 2000, Com., n° 59, obs. A. Lepage ; CA Versailles, 2 mai 2002, Legipresse 2002, n° 192-1, p. 69 ; TGI Nîmes, 30 septembre 2002, Gaz. Pal., 16 mai 2003, p. 23, note H. Vray ; TGI Nanterre, 23 octobre 2002, Legipresse 2003, n° 199-1, p. 23 ; CA Toulouse, 15 avril 2003, cité par G. Loiseau, in D., 2003.2230, CA Paris, 3 décembre 2004, D. 2005.1237, note E. Treppoz, et dernièrement CA Versailles, 22 septembre 2005, CCE, 2006, comm. n° 4, obs. C. Caron.

(53) Loiseau (G.), L'autonomie du droit à l'image, Legicom, 4/1999, n° 20, p. 71 ; Acquarone (E.), L'ambiguïté du droit à l'image, D., 1985, chron., p. 129 et Gaillard (D.), La double nature du droit à l'image et sa conséquence en droit positif, D., 1984, chron., 161.

(54) Com., 6 mai 2003, D., 2003.2228, note G. Loiseau.

(55) Civ. 1re, 30 mai 2000, D., 2001, SC. 1989, obs. L. Marino ; JCP, 2001.II.10524, note B. Montels et CCE, 2000, n° 107, obs. A. Lepage. Confirmation d'une solution des juridictions du fond : CA Paris, 1re, 14 mai 1975, D. 1976, Jur. p. 291, note R. Lindon et plus récemment CA Paris, 22 mars 1999, CCE 1999, n° 35, obs. R. Desgorces. Rapprocher en droit d'auteur suisse la théorie de la finalité commandant une interprétation restrictive quant à l'étendue des droits cédés, voir : Dessemontet (F.), Le droit d'auteur, Cedidac, 1999, n° 952.

(56) Montels (B.), Civ., 1e, 30 mai 2000, JCP, 2001.II.10524.

(57) Lefranc (D.), *op. cit.*, n° 11 parlant de "clone".

(58) Goubeaux (G.), Les personnes, LGDJ, 1989, n° 316 ; Malaurie (Ph.), Les personnes - Les incapacités, Defrénois, 2004, n° 333 et Loiseau (G.), sous Com. 6 mai 2003, D., 2003.2230. Voir néanmoins CA de Paris, 3 décembre 2004, D. 2005.1237 et nos observations critiques.

(59) CA de Paris, 3 décembre 2004, D. 2005.1237, note E. Treppoz.

(60) Voir : CA Paris, 29 sept. 1995, RIDA avril 1996, p. 293, Kéréver.

(61) Mollet-Viéville (G.), *Quelles dispositions contractuelles pour les nouveaux contours de l'œuvre ?*, Copyright/Copywrong, Ed. Memo, p. 124 *et seq.*

(62) Semin (D.), *op. cit.*, p. 149. The obligations in question are as follows: reproduction, exhibition and public presentation of the work are prohibited; and/or obligation to forward the name of the new owner in the event of sale or succession so that the latter can receive a new *avertissement* which he/she will be required to sign; after the artist's death, any transfer is subject to payment of 15% to the artist's heirs; lastly, in the event of failure to comply with any one of these clauses, the party will be prohibited from attributing the work to Daniel Buren.

(63) See, however, Gautier (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2004, no. 139, owing to the *intuitu rei* character of such an obligation. Yet it has to be acknowledged that "*the rulings lay down the principle of passive non-transmissibility far more clearly than that of active non-transmissibility*" [Flour (J.), Aubert (J.-L.) and Savaux (E.), *Les obligations - L'acte juridique*, Armand Colin, 2002, no. 451].

(64) Article L. 132-1 of the Consumer Code. While the purchaser will not always be a consumer, Buren must be considered a professional because he "*acts within the framework of a usual and organised production activity*" [Calais-Auloy (J.) & Steinmetz (F.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 2000, no. 3].

(65) See Article L. 121-4 IPC; also Colombet (C.), *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1999, no. 168, and Lucas (A. & H.-J.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2001, no. 395.

(66) Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, no. 405, note 258 citing CA Paris, 1st Ch., 19 April 1961: JCP 1961.II.12183 Savatier note: "*assuming he is the author of the work, whilst he is perfectly free to say when it appears unworthy of him, he loses his right to reconsider the moment he delivers the work which, in this case, also bears his signature, indicating that it is completed*". Along the same lines: Pollaud-Dulian (F.), *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2004, no. 631. Compare 2nd Civ., 10 Nov. 2005, CCE, 2006, comm. no. 20, Ch. Caron obs. noting that "*the prerogatives attached to the author's moral right with which the successors in title are vested to ensure that the author's work is defended, do not confer on them any discretionary power over its authentication*".

(67) Treppoz (E.), *La substance dans le Code civil*, to be published in RRJ, no. 16.

(68) Colombet (C.), *op. cit.*, no. 30; Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, no. 71, and Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, no. 158.

(69) See *supra* no. 12.

(61) Mollet-Viéville (G.), *Quelles dispositions contractuelles pour les nouveaux contours de l'œuvre?*, Copyright/Copywrong, Ediciones Memo, páginas 124 y siguientes.

(62) Semin (D.), *Obra citada*, página 149. *Estas obligaciones son las siguientes: prohibición de reproducir, de exponer, de poner en práctica en público la obra y/o la advertencia, obligación de señalar el nuevo adquirente en caso de venta o de sucesión para que este último reciba una nueva advertencia que deberá firmar / ya que después de la muerte del artista toda cesión entraña un pago de 15 % a los herederos del artista. / En fin, cualquier incumplimiento a alguna de estas cláusulas entraña la prohibición de atribuir la obra a Daniel Buren.*

(63) Ver, sin embargo, Gautier (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2004, n° 139 en virtud de la naturaleza intuitu res de una obligación de este tipo. Sin embargo, hay que reconocer que "las artes presentan el principio de la intransmisibilidad pasiva de una manera mucho más neta que el de la intransmisibilidad activa" [Flour (J.), Aubert (J.-L.) y Savaux (E.), *Les obligations - L'acte juridique*, Armand Colin, 2002, número 451].

(64) Artículo L. 132-1 del Código del Consumo. Si el adquirente no ha de ser siempre un consumidor, se debe considerar a Buren como un profesional porque él "actúa dentro del marco de una actividad productiva, habitual y organizada" [Calais-Auloy (J.) & Steinmetz (F.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 2000, número 3].

(65) Ver Artículo L. 121-4 del CPI y, también, Colombet (C.), *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1999, número 168 y Lucas (A. & H.-J.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2001, número 395.

(66) Lucas (A. & H.-J.), *obra citada*, número 405, nota 258, citando CA de París, Primera Sala, 19 de abril 1961: JCP 1961.II.12183, nota de Savatier: "en la hipótesis según la cual él fuera el autor de la obra, si es completamente libre de decir cuándo ésta le parece indigna de él, pierde su derecho de arrepentirse en el momento en el cual libera esta obra, que en este caso, está además revestida de firma, evidencia de que había sido acabada". En el mismo sentido: Pollaud-Dulian (F.), *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2004, número 631, Rapp. Civ. 2e., 10 de nov. de 2005, CCE, 2006, comm. n° 20, obs. Ch. Caron, que destaca que "las prerogativas ligadas al derecho moral del autor cuyos derechos probables quedan revestidos para asegurar la defensa de la obra del autor, no les confiere un poder discrecional para identificarlo".

(67) Treppoz (E.), *La substance dans le Code civil*, aparecerá en la RRJ, número 16.

(68) Colombet (C.), *obra citada*, número 30; Lucas (A. & H.-J.), *obra citada*, número 71 y Pollaud-Dulian (F.), *obra citada*, número 158.

(69) Ver, *supra*, número 12.

(61) Mollet-Viéville (G.), Quelles dispositions contractuelles pour les nouveaux contours de l'œuvre ?, Copyright/Copywrong, Ed. Memo, p. 124 et suiv.

(62) Semin (D.), *op. cit.*, p. 149. Ces obligations sont les suivantes : interdiction de reproduire, d'exposer, de mettre en œuvre publique l'œuvre ou/et l'avertissement/obligation de signaler le nouvel acquéreur en cas de vente ou de succession afin que ce dernier reçoive un nouvel avertissement qu'il devra signer/après le décès de l'artiste toute cession entraîne un versement de 15 % aux héritiers de l'artiste/enfin tout manquement à une de ces clauses entraîne l'interdiction d'attribuer l'œuvre à Daniel Buren.

(63) Voir néanmoins Gautier (P.-Y.), Propriété littéraire et artistique, PUF, 2004, n° 139 en vertu de la nature *intuitu rei* d'une telle obligation. Force est pourtant de reconnaître que *"les arrêts posent le principe de l'intransmissibilité passive de façon beaucoup plus net que celui de l'intransmissibilité active"* [Flour (J.), Aubert (J.-L.) et Savaux (E.), Les obligations - L'acte juridique, Armand Colin, 2002, n° 451].

(64) Article L. 132-1 du Code de la consommation. Si l'acquéreur ne sera pas toujours un consommateur, Buren doit être considéré comme un professionnel parce qu'il *"agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production"* [Calais-Auloy (J.) & Steinmetz (F.), Droit de la consommation, Dalloz, 2000, n° 3].

(65) Voir article L. 121-4 CPI et aussi Colombet (C.), Propriété littéraire et artistique, Dalloz, 1999, n° 168 et Lucas (A. & H.-J.), Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 2001, n° 395.

(66) Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, n° 405, note 258 citant CA de Paris, 1^{re} ch., 19 avril 1961 : JCP 1961.II.12183, note Savatier : *"dans l'hypothèse où il serait l'auteur de l'œuvre, s'il est entièrement libre de dire quand celle-ci lui paraît indigne de lui, il perd son droit de repentir au moment où il livre cette œuvre, qui dans l'espèce, est de plus revêtue de la signature, marque de son achèvement"*. Dans le même sens : Pollaud-Dulian (F.), Le droit d'auteur, *Economica*, 2004, n° 631. Rapp. Civ. 2^e, 10 nov. 2005, CCE, 2006, comm. n° 20, obs. Ch. Caron notant que *"les prérogatives attachées au droit moral de l'auteur dont sont investis les ayants droit afin d'assurer la défense de l'œuvre de celui-ci ne leur confère pas un pouvoir discrétionnaire sur l'authentification de celui-ci"*.

(67) Treppoz (E.), La substance dans le Code civil, à paraître à la RRJ, n° 16.

(68) Colombet (C.), *op. cit.*, n° 30 ; Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, n° 71 et Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, n° 158.

(69) Voir *supra*, n° 12.

(70) *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).

(71) Colombet (C.), *op. cit.*, no. 93; Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, no. 128, and Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, no. 190.

(72) Even though, in the case of photography, the explanation lay in the impersonal and mechanical nature of the taking of the photograph: Desbois (H.), *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, no. 68.

(73) LeWitt (S.), Paragraphs on Conceptual Art, in *L'art conceptuel*, une perspective, p. 204, quoted by Walravens (N.), *op. cit.*, no. 165.

(74) An expurgation sought by part of legal literature: Vivant (M.), *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, *Mélange Françon*, Dalloz, 1995, p. 425; Gautier (P.-Y.), *op. cit.*, no. 20 and no. 38; Edelman (B.), *Nature du droit d'auteur et des droits voisins*, *JCI, PLA*, fasc. 1112, no. 72, also *La propriété littéraire et artistique*, QSJ PUF 1999, 3rd ed., at p. 98; Catala (P.), *Au-delà du droit d'auteur*, *Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 229, and Oppetit (B.), *Droit et Modernité*, PUF, 1998, p. 191, at p. 201.

(75) For a presentation of this case in French, see: *Brancusi contre États-Unis, un procès historique*, 1928, Ed Adam Biro, 1995, and Edelman (B.), *L'adieu aux arts - 1926 : L'affaire Brancusi*, Alto Aubier, 2001.

(76) Reminding us again of the words of R. Moulin: "it is the artist-creator's social recognition that constitutes the precondition for defining the work". (Moulin (R.), *Remarques sur la définition sociologique de l'œuvre d'art*, in *Le marché commun et le marché de l'art*, ULB, 1982, p. 32).

(77) Desbois (H.), *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, no. 37; Colombet (C.), *op. cit.*, no. 34; Françon (A.), *op. cit.*, p. 162 more reserved; *contra* Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, no. 188; Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, no. 84.

(78) See Walravens (N.), *op. cit.*, no. 194.

(79) The Court of Cassation's unpublished ruling of 17 October 2000 (CCE, 2001, comm. no. 98, Ch. Caron obs.) stating that "authorship can be attributed to a person only if it is established that the person in question made the work personally" does not concern this issue in our view. The statement was just intended to make it clear that the manager of a company could not hold the author's rights and thus be found liable for infringement.

(80) 1st Civ., 13 November 1973, D., 1974.533, C. Colombet obs.

(81) TGI, 21 January 1983, D., 1984, J. SC, p. 286.

(70) *Bleistein versus Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).

(71) *Colombet (C.)*, obra citada, número 93; *Lucas (A. & H.-J.)*, obra citada, número 128 y *Pollaud-Dulian (P.)*, obra citada, número 190.

(72) *Inclusive si para la fotografía la explicación se refería al carácter impersonal y mecánico de la toma de la vista: Desbois (H.)*, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, número 68.

(73) *Lewitt (S.)*, *Paragraphs on Conceptual Art*, en *El arte conceptual, una perspectiva*, página 204 citado por *Walravens (N.)*, obra citada, número 165.

(74) *Depuración deseada por una parte de la doctrina: Vivant (M.)*, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, *Mélange Françon*, Dalloz, 1995, página 425; *Gautier (P.-Y.)*, obra citada, números 20 y 38; *Edelman (B.)*, *Nature du droit d'auteur et des droits voisins*, *JCI, PLA, Fascículo 1112*, número 72 y también, *La propriété littéraire et artistique*, QSJ, PUF 1999, tercera edición, sp. página 98; *Catala (P.)*, *Au-delà du droit d'auteur*; *Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, página 229 y *Oppetit (B.)*, *Droit et modernité*, PUF, 1998, especialmente página 201.

(75) *Para una presentación de este proceso en lengua francesa, ver: Brancusi contre États-Unis, un procès historique*, 1928, Ediciones Adam Biro, 1995 y *Edelman (B.)*, *L'adieu aux arts - 1926: L'affaire Brancusi*, Alto Aubier, 2001.

(76) *En donde se encontrará la exposición de R. Moulin: "es el reconocimiento social del artista creador lo que constituye la parte previa de la definición de la obra"*; *(Moulin (R.)*, *Observaciones sobre la definición sociológica de la obra de arte*, en *Le marché commun et le marché de l'art*, ULB, 1982, página 32).

(77) *Desbois (H.)*, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, número 37; *Colombet (C.)*, obra citada, número 34; *Françon (A.)*, obra citada, página 162 más reservado; *en contra Pollaud-Dulian (F.)*, obra citada, número 188; *Lucas (A. & H.-J.)*, obra citada, número 84.

(78) *Ver Walravens (N.)*, obra citada, página 194.

(79) *La sentencia de la Corte de Casación del 17 de octubre de 2000 (CCE, 2000, comm. n.º 98, obs. Ch. Caron) no publicada y que afirma que "la calidad de autor no puede atribuírsele a una persona a menos de que haya quedado establecido que esta persona ha realizado personalmente la obra"*, no atañe, según nosotros, al tema planteado. *La afirmación iba dirigida sencillamente a dejar establecido con toda precisión que el director de una sociedad no podía ser titular de los derechos de autor y por lo tanto, no podía ser condenado por falsificación.*

(80) *Primera Sala Civil*, 13 de noviembre 1973, D., 1974.533, observaciones de Colombet.

(81) TGI, 21 de enero 1983, 1984, J. SC, página 286.

QUELLE(S) PROTECTIONS(S) JURIDIQUE(S) POUR L'ART CONTEMPORAIN ?

(70) *Bleisten v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).

(71) Colombet (C.), *op. cit.*, n° 93 ; Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, n° 128 et Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, n° 190.

(72) Même si pour la photographie l'explication portait sur le caractère impersonnel et mécanique de la prise de vue : Desbois (H.), *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, n° 68.

(73) Lewitt (S.), *Paragraphs on Conceptual Art*, in *L'art conceptuel, une perspective*, p. 204 cité par Walravens (N.), *op. cit.*, n° 165.

(74) Épure souhaitée par une partie de la doctrine : Vivant (M.), *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, *Mélange Françon*, Dalloz, 1995, p. 425 ; Gautier (P.-Y.), *op. cit.*, n° 20 et n° 38 ; Edelman (B.), *Nature du droit d'auteur et des droits voisins*, *JCl. PLA*, fasc. 1112, n° 72 et aussi, *La propriété littéraire et artistique*, QSJ PUF 1999, 3e éd., sp. p. 98 ; Catala (P.), *Au-delà du droit d'auteur, Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 229 et Oppetit (B.), *Droit et Modernité*, PUF, 1998, p. 191, spéc. p. 201.

(75) Pour une présentation de cette affaire en langue française, voir : *Brancusi contre États-Unis, un procès historique, 1928*, éd. Adam Biro, 1995 et Edelman (B.), *L'adieu aux arts - 1926 : L'affaire Brancusi*, Alto Aubier, 2001.

(76) Où l'on retrouve le propos de R. Moulin : "*c'est la reconnaissance sociale de l'artiste créateur qui constitue le préalable de la définition de l'œuvre*"; [Moulin (R.), *Remarque sur la définition sociologique de l'œuvre d'art*, in *Le marché commun et le marché de l'art*, ULB, 1982, p. 32].

(77) Desbois (H.), *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, n° 37 ; Colombet (C.), *op. cit.*, n° 34 ; Françon (A.), *op. cit.*, p. 162, plus réservé ; *contra* Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, n° 188 ; Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, n° 84.

(78) Voir Walravens (N.), *op. cit.*, n° 194.

(79) L'arrêt non publié de la Cour de Cassation du 17 octobre 2000 (CCE, 2001, comm. n° 98, obs. Ch. Caron) affirmant que "*la qualité d'auteur ne peut être attribuée à une personne que s'il est établi que cette personne a personnellement réalisé l'œuvre*", ne porte pas, selon nous, sur cette question. L'affirmation visait simplement à préciser qu'un dirigeant de société ne pouvait être titulaire des droits d'auteur et donc condamné pour contrefaçon.

(80) Civ. 1re, 13 novembre 1973, D., 1974.533, obs. C. Colombet.

(81) TGI, 21 janvier 1983, D., 1984, J. SC, p. 286.

(82) 1st Civ., 25 May 2004, RIDA, October 2004, p. 277.

(83) *Contra* Caron (Ch.), under 2nd Civ., 10 Nov. 2005, CCE, 2006, comm. no. 20, based on the abovementioned ruling (1st Civ., 17 October 2000, *op. cit.*).

(84) 1st Civ., 5 February 2002, D., 2003, Chron. 436; JCP, 2002.II.10193, S. Crevel note; *ibid.*, I.148, no. 7 *et seq.*, Sérinet obs.; Defrénois 2002.761, Savaux obs. In the same case: 1st Civ., 15 Nov. 2005, D. 2006.1116, note by A. Tricoire, noting that "the 'actual author' means the person who makes and executes the work or object personally".

(85) Moreover, the work's attribution to Spoerri probably infringes the child's right of attribution, because although it can be considered perhaps that Spoerri showed originality at the composition stage, there seems little doubt that the child also showed originality at the expression stage, thereby justifying the latter's author status.

(86) Cherpillod (I.), *L'objet du droit d'auteur*, Cedidac, 1985, p. 128.

(87) Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, no. 53; *contra* Dessemontet (F.), *Le droit d'auteur*, Cedidac, no. 55.

(88) Walravens (N.), *op. cit.*, no. 128 *et seq.*

(89) Vallier (D.), *L'art abstrait*, Hachette, 1985, p. 55.

(90) Dessemontet (F.), *ibidem*.

(91) Disclosure, even if presenting the object as a work of art, cannot justify in itself protection by authors' rights [Ulmer (E.), *La notion d'œuvre d'art en matière de droit d'auteur et l'art moderne*, *Droit d'auteur/Copyright*, 1969.79 criticising Kummer's argument]. The work disclosed by the author will be protected by authors' rights if it meets the conditions for such protection, independently of its presentation.

(92) Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, no. 26 ; Colombet (C.), *op. cit.*, no. 25 and Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, no. 105.

(93) Desbois (H.), *op. cit.*, no. 18.

(94) Walras (L.), *De la propriété intellectuelle*. Position de la question économique, *Journal des Economistes*, vol. 24, no. 12, December 1859, p. 405, cited in Sagot-Duvauroux (D.), *op. cit.*, p. 18.

(95) "Everything has already been said, and there are no subjects, situations or characters that have not been reworked a hundred times": Civ. Ct. Seine, 19 December 1928, DH, 1929.76, and also La Bruyère: "Everything is said and we have always come too late for more than seven thousand years that there have been men who think..." quoted in Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, no. 109.

(82) *Primera Sala Civil*, 25 de mayo 2004, RIDA, 2004, octubre, página 277.

(83) *Contra Caron (Ch.)*, bajo 2ª Civ., 10 de noviembre de 2005, CCE, 2006, comm. n.º 20 el autor prevaleciendo de la sentencia antes citada (1ª Civ. 17 de octubre de 2000, *op. cit.*).

(84) *Primera Sala Civil*, 5 de febrero 2002, D., 2003, crónica, 436; JCP, 2002.II.10193, nota de Crevel; *ibidem*, 1.148, números 7 y siguientes, observaciones de Sérinet; *Defrénois* 2002.761, observaciones de Savaux. En este mismo caso: 1ª Civ., 15 de nov. de 2005, D. 2006.1116, nota A. Tricoire en la que destaca que "se entiende por autor efectivo aquel que realiza o ejecuta personalmente la obra o el objeto".

(85) Además, es probable que la atribución de la obra a Spoerri viole el derecho del niño a la paternidad de la misma. Porque si, eventualmente, puede considerarse que Spoerri da prueba de originalidad en la fase de la composición, parece difícil negar que el niño también da prueba de originalidad en la fase de la expresión, justificando, por tanto, su calidad de autor.

(86) Cherpillod (I.), *L'objet du droit*, Cedidac, 1985, página 128.

(87) Lucas (A. & H.-J.), obra citada, número 53; *en contra* Dessemontet (F.), *Le droit d'auteur*, Cedidac, número 55.

(88) Walravens (N.), obra citada, números 128 y siguientes.

(89) Vallier (D.), *L'art abstrait*, Hachette, 1985, página 55.

(90) Dessemontet (F.), *ibidem*.

(91) Esta divulgación, inclusive si presume el objeto como obra de arte, no puede justificar únicamente por ella misma la protección por el Derecho de Autor [Ulmer (E.), *La notion d'œuvre d'art en matière de droit d'auteur et l'art moderne*, *Droit d'auteur*, 1969.79 criticando la tesis de Kummer]. La obra divulgada por el autor gozará de la protección del Derecho de Autor, si satisface sus condiciones de protección del Derecho de Autor e independientemente de su presentación.

(92) Lucas (A. & H.-J.), obra citada, número 26; Colombet (C.), obra citada, número 25 y Pollaud-Dulian (F.), obra citada, número 105.

(93) Desbois (H.), obra citada, número 18.

(94) Walras (L.), *De la propriété intellectuelle*, *Position de la question économique*, *Journal des Economistes*, tomo 24, número 12, diciembre 1959, página 465, citado en Sagot-Duvauroux (D.), obra citada, página 18.

(95) "Todo se ha dicho ya, y no existe ningún tema, situación ni caracteres que no hayan sido 100 veces vueltos a poner en el oficio", *Tribunal de Casación Seine*, 19 de diciembre 1928, DH, 1929.76 y también *La Bruyère*: "Todo se ha dicho y uno viene siempre muy tarde después de más de siete mil años que hace que hay hombres y que piensan..." , citado en Pollaud-Dulian (F.), obra citada, número 109.

(82) Civ. 1re, 25 mai 2004, *REDA*, 2004, octobre, p. 277.

(83) *Contra* Caron (Ch.), sous Civ. 2e, 10 nov. 2005, CCE, 2006, comm. n° 20, l'auteur se prévalant de l'arrêt précité (Civ. 1ère, 17 octobre 2000, *op. cit.*).

(84) Civ. 1re, 5 février 2002, D., 2003, chron. 436 ; JCP, 2002.II.10193, note S. Crevel ; *ibid.*, I.148, n° 7 s., obs. Sérinet ; Defrénois 2002.761, obs. Savaux. Dans la même affaire : Civ. 1ère, 15 nov. 2005, D. 2006.1116, note A. Tricoire notant que "l'auteur effectif s'entend de celui qui réalise ou exécute personnellement l'œuvre ou l'objet".

(85) Il est d'ailleurs probable que l'attribution de l'œuvre à Spoerri viole le droit à la paternité de l'enfant. Car si l'on peut éventuellement considérer que Spoerri fasse preuve d'originalité au stade de la composition, il semble difficilement contestable que l'enfant fasse aussi preuve d'originalité au stade de l'expression, justifiant dès lors sa qualité d'auteur.

(86) Cherpillod (L.), *L'objet du droit d'auteur*, Cédidac, 1985, p. 128.

(87) Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, n° 53 ; *contra* Dessemontet (F.), *Le droit d'auteur*, Cédidac, n° 55.

(88) Walravens (N.), *op. cit.*, n° 128 et suiv.

(89) Vallier (D.), *L'art abstrait*, Hachette, 1985, p. 55.

(90) Dessemontet (F.), *ibidem*.

(91) Cette divulgation, même si elle présente l'objet comme œuvre d'art, ne peut justifier pas à elle seule la protection par le droit d'auteur : [Ulmer (E.), *La notion d'œuvre d'art en matière de droit d'auteur et l'art moderne*, *Droit d'auteur*, 1969.79 critiquant la thèse de Kummer]. L'œuvre divulguée par l'auteur sera protégée par le droit d'auteur, si elle satisfait aux conditions de protection du droit d'auteur et indépendamment de sa présentation.

(92) Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, n° 26 ; Colombet (C.), *op. cit.*, n° 25 et Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, n° 105.

(93) Desbois (H.), *op. cit.*, n° 18.

(94) Walras (L.), *De la propriété intellectuelle. Position de la question économique*, *Journal des Economistes*, tome 24, n° 12, décembre 1859, p. 405, cité in Sagot-Duvaurox (D.), *op. cit.*, p. 18.

(95) "Tout a déjà été dit, et il n'y a sujets, situations ni caractères qui n'aient été 100 fois remis sur le métier" : Trib. Civ. Seine, 19 décembre 1928, DH, 1929.76 et aussi La Bruyère : "Tout est dit et l'on vient toujours trop tard depuis plus de sept mille ans qu'il y a des hommes et qui pensent..." ; cité in Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, n° 109.

(96) Pouillet (E.), *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard, 1908, no. 14.

(97) TGI Paris, 3 June 1998, *Gaz. Pal*, 2nd sem., 1998, somm., pp. 689-690: "It is rather a style or school belonging to the common fund of creation and human knowledge".

(98) See, notably, Lyon-Caen (G.) & Lavigne (P.), *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé*, LGDJ, 1957, T. I, no. 191: "It is just as impossible to give a precise answer to the problem of the boundary as it is to say how many grains of sand must be added to one another to obtain a pile of sand".

(99) "The readymade gives precedence to the idea": Mollet-Vieville (G.), *Art minimal et conceptuel*, Skira, 1995, p. 65, cited in Walravens (N.), *op. cit.*, no. 68.

(100) Thus some legal scholars who reject the protection of readymades accept the protection of the object's presentation or "staging": Cherpillod (Y.), *op. cit.*, no. 218; Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, no. 49, note 20, and Gaudrat (Ph.), *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, Mélanges Françon, Dalloz, 1995, p. 211.

(101) An identical case of periphery protection by authors' rights is encountered when they protect the title (Article L. 112-4 of the Intellectual Property Code) but not the work. The blank sheet of white paper exhibited by Alphonse Allais under the title *First Communion of Chlorinated Young Ladies During a Snowfall, White Monochrome* can be cited as an example [Semín (D.), *op. cit.*, p. 25 note 24].

(102) TGI Paris, 26 May 1987, D., 1988, SC, p. 201, C. Colombet obs.

(103) CA Paris, 13 March 1986, D., 1987, SC, p. 150, C. Colombet obs.

(104) Federal Court of Justice (BGH), 24 January 2002, RIDA 198, October 2003, p. 317, N. Walravens note.

(105) CA Paris, 13 March 1986, D., 1987, SC, p. 150, C. Colombet obs.

(106) See, notably, Gautier (P.-Y.), *ibidem*; Edelman (B.), *Création et banalité*, D. 1983, chron. 73, and Le Tourneau (Ph.), *Folles idées sur les idées*, CCE, February 2001, chr. no. 4, p. 8.

(107) See also TGI Paris, 23 Nov. 2005, D. 2006.1051, E. Treppoz note.

(108) Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, no. 93.

(109) Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, no. 49; Laligand (O.), *La problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur*, RRJ, 1989, p. 606, note 73; Strouel (A.), *Droit d'auteur et copyright - Divergences et convergences*, LGDJ Bruylant, 1993, p. 411, note 83; Edelman (B.), under TGI Tarascon, 20 November 1998, D., 2000.98, no. 8; Raynard (J.), *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, 1990, no. 86;

(96) Pouillet (E.), *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard, 1908, número 14.

(97) TGI París, 3 de junio 1998, *Gaz. Pal*, 2º Sem., páginas 689-690: "se trata más bien de un estilo o de una escuela, implícitos en el fondo común de la creación y del conocimiento humano".

(98) Ver, especialmente, Lyon-Caen (G.), & Lavigne (P.), *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé*, LGDJ, 1957, T.I, número 191: "el problema de la frontera no es más susceptible de encontrar una solución precisa que aquel de saber cuántos granos de arena, unos y otros, deben agregar para obtener un montón de arena".

(99) "El Readymade da prioridad a la idea": Mollet-Vieville (C.), *Art minimal et conceptuel*, Skira, 1995, página 65, citado en Walravens (N.), obra citada, número 68.

(100) Así, una parte de la doctrina, al rechazar la protección para los readymades se pronuncia por la protección de la puesta en escena del objeto: Cherpillod (Y.), obra citada, número 218; Lucas (A. & H.-J.), obra citada, número 49, nota 20, y Gaudrat (Ph.), *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, Mélanges Françon, Dalloz, 1993, página 211.

(101) Se puede encontrar una hipótesis idéntica de protección periférica por el Derecho de Autor, cuando este último protege el título (ver, Artículo L. 112-4 Código de la Propiedad Intelectual) y no la obra. Se citará la hoja blanca expuesta por Alphonse Allais bajo el título de *Première communion de jeunes filles chlorotiques par un temps de neige, monochrome blanc* [Semín (D.), obra citada, página 25, nota 24].

(102) TGI París, 26 de mayo 1987, SC., 1988, SC, página 201, observaciones de Colombet.

(103) CA de París, 13 de marzo 1986, D., 1987, SC, página 150, observaciones de Colombet.

(104) Corte Federal de Justicia, 24 de enero 2002, RIDA, octubre, 2003, página 317, nota de N. Walravens.

(105) CA de París, 13 de marzo 1986, D., 1987, SC, página 150, observaciones de C. Colombet.

(106) Ver, especialmente, Gautier (P.-Y.), *ibidem*; Edelman (B.), *Création et banalité*, D. 1983, crónica 73, y Le Tourneau (Ph.), *Folles idées sur les idées*, CCE, febrero 2001, crónica número 4, página 8.

(107) Ver también TGI París, 23 de noviembre de 2005, D. 2006.1051, nota E. Treppoz.

(108) Lucas (A. & H.-J.), obra citada, número 93.

(109) Lucas (A. & H.-J.), obra citada, nº 49; Laligand (O.), *La problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur*, RRJ, 1989, página 606, note 73; Strouel (A.), *Droit d'auteur et copyright - Divergences et convergences*, LGDJ Bruylant, 1993, página 411, nota 83; Edelman (B.), bajo TGI de Tarascon, 20 de noviembre 1998, D., 2000.98, número 8; Raynard (J.), *Droit d'auteur et conflits de*

(96) Pouillet (E.), *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard, 1908, n° 14.

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

(98) Voir notamment Lyon-Caen (G.) & Lavigne (P.), *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé*, LGDJ, 1957, T. I, n° 191 : "Le problème de la frontière n'est pas plus susceptible de solution précise que celui de savoir combien de grains de sables les uns aux autres, il faut ajouter pour obtenir un tas de sable".

(99) "Le *readymade* donne la priorité à l'idée" : Mollet-Vieville (G.), *Art minimal et conceptuel*, Skira, 1995, p. 65, cité in Walravens (N.), *op. cit.*, n° 68.

(100) Ainsi, une partie de la doctrine refusant la protection des *readymades* se prononce pour la protection de la mise en scène de l'objet : Cherpillod (Y.), *op. cit.*, n° 218 ; Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, n° 49, note 20 et Gaudrat (Ph.), *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, Mélanges Françon, Dalloz, 1995, p. 211.

(101) On retrouve une hypothèse identique de protection périphérique par le droit d'auteur, lorsque ce dernier protège le titre (sur lesquels article L. 112-4 CPI) et non l'œuvre. On citera la feuille blanche exposée par Alphonse Allais sous le titre *Première communion de jeunes filles chlorotiques par un temps de neige, monochrome blanc* (Semin (D.), *op. cit.*, p. 25, note 24).

(102) TGI Paris, 26 mai 1987, D., 1988, SC, p. 201, obs. C. Colombet.

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

(104) Cour Fédérale de Justice, 24 janvier 2002, RIDA, octobre, 2003, p. 317, note N. Walravens.

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

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

(107) Voir aussi TGI Paris, 23 nov. 2005, D. 2006.1051, note E. Treppoz.

(108) Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, n° 93.

(109) Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, n° 49 ; Lalignand (O.), *La problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur*, RRJ, 1989, p. 606, note 73 ; Strowel (A.), *Droit d'auteur et copyright - Divergences et convergences*, LGDJ Bruylant, 1993, p. 411, note 83 ; Edelman (B.), sous TGI de Tarascon, 20 novembre 1998, D., 2000.98, n° 8 ; Raynard (J.), *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, 1990, n° 86 ; Cherpillod (Y.),

Cherpillod (Y.), *op. cit.*, no. 218, accepting that creative input could nevertheless be found in the presentation, and to the same effect, Gaudrat (Ph.), *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, Mélanges Françon, Dalloz, 1995, p. 211.

(110) In *L'aventure de l'art au XXème siècle*, edited by Ferrier (J.-L.), Hachette, p. 179. It is also preferable that the choice falls on an object that does not enjoy any protection either by authors' rights or design rights. Otherwise the *Readymade* can be characterised as a composite work, the initial work being the object as such and the second work being the change of purpose imposed on that object, changing its status from that of a utilitarian work to a work of art [on the significance that purpose has on the substance of the thing, see Treppoz (E.), *La substance dans le Code civil*, to be published in RRJ, no. 16, note 70]. This is not just a theoretical scenario, witness the work of artist Gianni Motti based on documentary photographs [on the legal dispute with Agence France Presse, see Guerrin (M.), Motti, *détourneur de photos*, en conflit avec l'AFP, *Le Monde*, 5 September 2002].

(111) In *Dada*, by S. Lemoine, Hazan, 1986, p. 10.

(112) Agreeing with this conclusion: Bertrand (A.), *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 1999, 3.132, and Walravens (N.), *op. cit.*, no. 163 concluding (no. 173) that "*notwithstanding a will to reduce works of art to creations that are totally devoid of any personal expression, the author's personal stamp can always be found in contemporary works*".

(113) Gautier (P.-Y.), *op. cit.*, no. 36, "*under originality lies merit*"; Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, no. 72, and Carreau (C.) *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981, no. 335 et seq.

(114) TGI Tarascon, 20 November 1998, D., 2000.98, B. Edelman note, and Vacarme, Spring 2001, no. 14, p. 20, A. Tricoire who criticises the decision: "*here is a court that purports to define the artistic content of a work - or an action called a work - regardless of what the artist has to say about it himself*".

(115) In this particular case, the question was not raised. See *infra*.

(116) Edelman (B.), under TGI Tarascon, 20 November 1998, D., 2000.98, no. 7: "*The court frankly recognised it: we are dealing with a double mystification*"; Daverat (X.), note under Cass., 1st Civ., 11 February 1997, JCP, 1997.II.22973; "*the fact remains that perhaps the risk of a 'systematic application' of authors' rights is merely the reflection in our field of a more general trend to the effect that anything can come within the sphere of art (in which case it should come as no surprise that everything becomes eligible for protection as such) under the impetus of fashion and a denial of discernment [...]*".

lois, *Litec*, 1990, número 86; Cherpillod (Y.), *obra citada*, número 218 reconociendo que, sin embargo, un aporte creativo podría resultar de la puesta en escena y, en el mismo sentido Gaudrat (Ph.), *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, Mélanges Françon, Dalloz, 1993, página 211.

(110) En *La aventura del arte en siglo XX*, bajo la dirección de Ferrier (J.-L.), Hachette, página 179. También es deseable que esta elección recaiga sobre objetos desprovistos de toda protección, tanto a título del Derecho de Autor como de dibujos y modelos. De otra suerte, el *Readymade* se analiza en una obra compuesta, en la cual: la obra original es el objeto, y la obra segunda es el cambio de destinación impuesto al objeto pasando del estatus de obra utilitaria al de obra de arte [en relación con el papel de la destinación sobre la substancia de la cosa, ver: Treppoz (E.), *La substance dans le Code civil*, que aparecerá en RRJ, número 16, nota 70]. Esta hipótesis no es más que teórica, como lo testimonia el trabajo del artista Gianni Motti a partir de documentales fotográficos [sobre este proceso judicial: Guerrin (M.), Motti, *détourneur de photos*, en conflit avec l'AFP, *Le Monde*, 5 de septiembre 2002].

(111) En *Dada*, por S. Lemoine, Hazan, 1986, página 10.

(112) Para la misma conclusión: Bertrand (A.), *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 1999, 3.132 y Walravens (N.), *obra citada*, número 163, quien concluye (número 173) "que a pesar de la voluntad de reducir la obra de arte a una creación totalmente desprovista de expresión personal, las obras contemporáneas siempre contienen oculta la huella personal de sus autores".

(113) Gautier (P.-Y.), *obra citada*, n° 36, "sous l'originalité, le mérite"; Lucas (A. & H.-J.), *obra citada*, número 72 y Carreau (C.), *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981, números 335 y siguientes.

(114) TGI de Tarascon, 20 de septembre 1998, D., 2000.98, nota de B. Edelman y Vacarme, printemps 2001, número 14, página 20, A. Tricoire quien critica la decisión judicial así: "He ahí que un Tribunal pretende definir el contenido artístico de una obra - o de un gesto asumido como obra - haciendo caso omiso de lo que dice el propio artista sobre lo que es el contenido artístico de su creación".

(115) En el caso en estudio, la cuestión no le fue propuesta. Ver *infra*.

(116) Edelman (B.), bajo TGI de Tarascon, 20 de noviembre de 1998, número 7: "Con franqueza, el tribunal la reconoció: nos encontramos ante una doble mistificación"; Daverat (X.), (aparte C) *Sentencia de Casación, Primera Sala Civil, 11 de febrero 1997, JCP, 1997.II.22973*: "resta que, tal vez, el riesgo de "generalización" del Derecho de Autor no sea sino la traducción a nuestra esfera de una evolución más general que tiende a admitir que todo puede tener que ver con el dominio del arte (caso en el cual no habría que sorprenderse de que, a este título, todo llegue a ser acreedor de protección) bajo el impulso de una moda y de una negociación de discernimiento [...]".

op. cit., n° 218 reconnaissant qu'un apport créatif pourrait néanmoins résulter de la mise en scène et dans le même sens Gaudrat (Ph.), *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, Mélanges Françon, Dalloz, 1995, p. 211.

(110) *In, L'aventure de l'art au XXème siècle*, sous la direction de Ferrier (J.-L.), Hachette, p. 179. Il est aussi souhaitable que ce choix se porte sur un objet dépourvu de toute protection, tant au titre du droit d'auteur que des dessins et modèles. Sinon, le *Readymade* s'analyse en une œuvre composite : l'œuvre originelle étant l'objet, l'œuvre seconde étant le changement de destination imposé à l'objet passant du statut d'œuvre utilitaire à celui d'œuvre d'art (sur le rôle de la destination sur la substance de la chose : Treppoz (E.), La substance dans le Code Civil, à paraître RRJ, n° 16 note 70). Cette hypothèse n'est pas que théorique comme en témoigne le travail de l'artiste Gianni Motti à partir des photographies documentaires [sur cette affaire : Guerrin (M.), Motti, détournement de photos, en conflit avec l'AFP, Le Monde, 5 septembre 2002].

(111) *In, Dada*, par S. Lemoine, Hazan, 1986, p. 10.

(112) Pour une même conclusion : Bertrand (A.), *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 1999, 3.132 et Walravens (N.), *op. cit.*, n° 163 concluant (n° 173) "*qu'en dépit d'une volonté de réduire l'œuvre d'art à une création totalement dépourvue d'expression personnelle, les œuvres contemporaines recèlent toujours l'empreinte personnelle de leur auteur.*"

(113) Gautier (P.-Y.), *op. cit.*, n° 36, "*sous l'originalité, le mérite*"; Lucas (A. & H.-J.), *op. cit.*, n° 72 et Carreau (C.), *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981, n° 335 et suiv.

(114) TGI de Tarascon, 20 novembre 1998, D., 2000.98, note B. Edelman et Vacarme, Printemps 2001, n° 14, p. 20, A. Tricoire qui critique le jugement "*Voilà qu'un Tribunal prétend définir le contenu artistique d'une œuvre - ou d'un geste dit œuvre - en faisant fi de ce qu'en dit lui-même l'artiste.*"

(115) En l'espèce, la question ne lui fut pas posée. Voir *infra*.

(116) Edelman (B.), sous TGI de Tarascon, 20 novembre 1998, D., 2000.98, n° 7 : "*Avec franchise, le tribunal l'a reconnu : nous avons affaire à une double mystification*"; Daverat (X.), note sous C. cass., 1re civ., 11 février 1997, JCP, 1997.II.22973 ; "*Il reste que, peut être, le risque de 'généralisation' du droit d'auteur n'est que la traduction dans notre domaine d'une évolution plus générale qui tend à admettre que tout peut relever du domaine de l'art (auquel cas il ne faudrait s'étonner que tout devienne protégeable à ce titre) sous l'impulsion d'une mode et d'un déni de discernements [...]*".

(117) Compare CA Paris, 13 March 1986, D., 1987, SC, p. 150, C. Colombet obs.

(118) In practice, ADAGP collects royalties for the reproduction of *Fountain*.

(119) TGI Tarascon, 20 November 1998, D., 2000.98, B. Edelman note, and Vacarme, Spring 2001, no. 14, p. 20, A. Tricoire.

(120) Tricoire (A.), Vacarme, Spring 2001, no. 15, p. 23.

(121) Though referring only to the right of disclosure, the provision is interpreted broadly, see recently: Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, no. 508.

(117) Informe, CA de Paris, 13 de marzo 1986, D., 1987, SC, página 150, observaciones de C. Colombet.

(118) En la práctica, la ADAGP percibe derechos por la reproducción de *Fountain*.

(119) TGI de Tarascon, 20 de noviembre 1998, D., 2000.93, nota de B. Edelman y Vacarme, printemps 2001, número 14, página 20, A. Tricoire.

(120) Tricoire (A.), Vacarme, printemps 2001, número 15, página 23.

(121) Bien que refiriéndose sólo a los derechos de divulgación, el texto se interpreta con apreciable amplitud. Ver últimamente: Pollaud-Dulian (F.), obra citada, número 508.

QUELLE(S) PROTECTIONS(S) JURIDIQUE(S) POUR L'ART CONTEMPORAIN ?

(117) Rapp. CA de Paris, 13 mars 1986, D., 1987, SC, p. 150, obs. C. Colombet.

(118) En pratique, l'ADAGP perçoit des droits pour la reproduction de *Fountain*.

(119) TGI de Tarascon, 20 novembre 1998, D., 2000.98, note B. Edelman et Vacarme, printemps 2001, n° 14, p. 20, A. Tricoire.

(120) Tricoire (A.), Vacarme, printemps 2001, n° 15, p. 23.

(121) Bien que visant le seul droit de divulgation, le texte est interprété largement, voir dernièrement : Pollaud-Dulian (P.), *op. cit.*, n° 508.