



**HAL**  
open science

## La contrefaçon d'une photographie par une sculpture "transformative"

Philippe Mouron

► **To cite this version:**

Philippe Mouron. La contrefaçon d'une photographie par une sculpture "transformative". Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique, 2017, n° 5, mai 2017, pp. 277-280. hal-01521610v1

**HAL Id: hal-01521610**

**<https://amu.hal.science/hal-01521610v1>**

Submitted on 16 Jun 2018 (v1), last revised 24 May 2020 (v2)

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

## **LA CONTREFAÇON D'UNE PHOTOGRAPHIE PAR UNE SCULPTURE « TRANSFORMATIVE »**

**Philippe Mouron**

Maître de conférences HDR en droit privé  
LID2MS – Aix-Marseille Université

### **Référence**

TGI Paris, 3<sup>ème</sup> Ch., 4<sup>ème</sup> Sect., 9 mars 2017, RG n° 15/01086

### **Mots-clés**

Droit de reproduction – changement de genre – œuvre transformative - contrefaçon

### **Fondement**

Code de la propriété intellectuelle, art. L 111-1, L 122-4 et L 122-5

### **Solution**

Une œuvre photographique peut être contrefaite par une œuvre de sculpture. Le changement de genre n'a aucune incidence, dès lors que les deux œuvres entretiennent des ressemblances suffisantes. La sculpture ne peut bénéficier de l'exception de parodie, dès lors qu'elle est exempte de tout effet humoristique, ni de la liberté d'expression artistique.

### **Observations**

L'exposition « Jeff Koons, la rétrospective », tenue au Centre Pompidou de novembre 2014 à avril 2015, a été l'occasion de découvrir plusieurs séries d'œuvres du célèbre artiste américain, dont certaines n'avaient jamais été exposées en France.

L'une d'entre elles a néanmoins été l'objet d'un litige quant aux droits d'auteur de l'artiste. Précisément, il s'agit d'une sculpture représentant deux enfants nus, réalisée en 1988, dont le titre est « Naked ». Cette œuvre serait la reproduction non autorisée d'une photographie en noir et blanc de Jean-François Bauret, réalisée en 1970, intitulée « Enfants », et représentant également un garçon et une fille nus, se tenant par la main. N'ayant pu être exposée en raison d'un dommage pendant le transport, la sculpture a néanmoins fait l'objet de diverses diffusions et reproductions sur les supports de l'exposition (catalogue, portfolio) et dans des reportages. Les héritiers du photographe ont assigné l'artiste et sa société, ainsi que le centre Pompidou, en contrefaçon de leurs droits d'auteur et réparation. La reprise des éléments propres à une photographie dans une sculpture peut-elle être considérée comme contrefaisante ?

Le Tribunal de grande instance de Paris va en partie faire droit aux arguments des demandeurs, et constater que la sculpture litigieuse était bien une contrefaçon de l'œuvre photographique antérieure. Les réparations sont néanmoins limitées, les seuls faits de reproduction de l'image

de l'œuvre sur les supports de l'exposition ayant été pris en compte. De même, Jeff Koons sera mis hors de cause à titre personnel pour ces faits.

Malgré une appréciation discutable de l'originalité de la photographie (I), les juges rappellent que le changement de genre n'a aucune incidence sur l'appréciation des ressemblances entre les deux œuvres (II). Par ailleurs, la différence entre les messages portés par celles-ci ne suffit pas pour caractériser l'exception de parodie, ni pour faire valoir la liberté d'expression artistique. Cela interroge encore le statut des pratiques transformatives, ainsi que l'équilibre entre le droit d'auteur et la liberté de création (III).

### **I. Une appréciation discutable de l'originalité de l'œuvre photographique antérieure**

De façon classique, l'originalité de la photographie de Jean-François Bauret était contestée par les défenseurs. La pose des deux enfants, le fond et la lumière employés ne témoigneraient d'aucun effort créatif.

Aussi, le Tribunal se fonde très logiquement sur le célèbre arrêt *Painer* pour rechercher si l'auteur avait bien effectué des choix libres et créatifs dans sa réalisation, propres à exprimer sa personnalité (CJUE, 3<sup>ème</sup> Ch., 1<sup>er</sup> décembre 2011, *Eva-Maria Painer c./ Standard VerlagsGmbH et a.*, n° C-145/10, *RTD-Com.*, janvier 2012, pp. 109-110, obs. F. Pollaud-Dulian, *PI*, n° 42, janvier 2012, pp. 30-31, obs. A. Lucas, *CCE*, mars 2012, pp. 26-28, obs. C. Caron). Mais les juges de première instance négligent quelque peu la distinction, fondamentale en droit d'auteur, entre le fond et la forme. Le jugement établit d'abord une analyse du travail de Jean-François Bauret, en se fondant sur des extraits de sa propre monographie. L'auteur y souligne le caractère novateur de ses œuvres dans le contexte des « années 70 », sa spécialisation dans « les portraits et la représentation du corps », son « parti pris symbolique pour la libération de la représentation du corps », ou encore sa volonté, s'agissant de la photographie en cause, de faire passer « un message d'innocence et de pureté sans mièvrerie ». Ces arguments, qui se teignent d'une appréciation du mérite, ne ressortissent nullement de l'originalité en droit d'auteur. Il ne s'agit que d'éléments contextuels, d'idées et de thèmes qui sont de libre parcours, quand bien même ils seraient affectionnés par l'auteur. Fort heureusement, le Tribunal apprécie quand même les qualités propres de la photographie en reprenant la méthode dégagée par la Cour de justice. De la phase préparatoire (choix d'un « environnement neutre et dépouillé », utilisation d'un « fond noir gris avec un élément de relief »,...) jusqu'à la phase de photographie (direction des modèles, et non « séance de shooting d'enfants jouant librement », choix du noir et blanc pour accentuer le contraste entre les corps nus et le contexte, mise en scène, cadrage...), plusieurs choix artistiques sont bien établis.

La photographie « Enfants » est donc considérée comme originale.

### **II. L'indifférence au changement de genre dans l'appréciation des ressemblances entre les deux œuvres**

Cette première passée, il restait à apprécier les ressemblances entre les deux œuvres.

L'analyse se heurtait tout d'abord au changement de genre opéré par l'œuvre litigieuse. Selon les défenseurs, la sculpture, de par son caractère tridimensionnel, permettrait d'apprécier des caractéristiques inexistantes sur la photographie. De même, l'éclairage et l'arrière-plan

originaux ne pouvaient par définition avoir été repris. L'argument est bien sûr balayé au titre de l'article L 122-4 du Code de la propriété intellectuelle, selon lequel « la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque » d'une œuvre sans le consentement de son auteur est illicite. De tels actes ne constituent ni plus ni moins que des prolongements ou des expressions du droit de reproduction de l'auteur. Une œuvre de l'esprit peut se matérialiser sous différentes formes (littéraire, dramatique, cinématographique, graphique,...) sans perdre de son unité conceptuelle. L'adaptation audiovisuelle d'une œuvre littéraire en est l'exemple le plus parlant. Ce type de transposition existe aussi dans les arts graphiques et plastiques, notamment lorsqu'une œuvre graphique fait l'objet d'une reproduction photographique (comme dans l'affaire « Paradis » : TGI Paris, 3<sup>ème</sup> Ch., 23 novembre 2005, *RIDA*, n° 209, juillet 2006, pp. 353-362 ; CA Paris, 4<sup>ème</sup> Ch., 28 juin 2006, *RIDA*, n° 210, octobre 2006, pp. 383-392 ; C. Cass., 1<sup>ère</sup> Ch. Civ., 13 novembre 2008, *RIDA*, n° 219, janvier 2009, pp. 353-361). Le principe est ancien, puisque la jurisprudence du début du vingtième siècle admettait aussi la possibilité de reproduire un tableau dans la mise en scène d'une œuvre cinématographique (T. Civ. Seine, 3 décembre 1913, *Etcheverry c./ Itala Film et a.*, *Ann.*, 1914, II, pp. 31-32, et l'affaire *Merson c./ Soc. des Et. Gaumont* : T. Civ. Seine, 30 janvier 1918, CA Paris, 5 juillet 1919, *Ann.*, 1921, pp. 40-45 ; C. Cass., Req., 27 décembre 1920, *Ann.*, 1921, pp. 371-373).

De telles adaptations doivent bien sûr être autorisées par l'auteur de la première œuvre pour constituer des œuvres composites, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La comparaison de la photographie et de la sculpture révélait de plus d'importantes similitudes. Certes, l'artiste avait ajouté des éléments nouveaux, qui ne dépendaient exclusivement du changement de genre : la sculpture était conçue en porcelaine colorée ; des éléments de décor ont été changés (ajout d'un socle, de fleurs,...) ; le garçon tend un bouquet de fleurs à la fille. Mais ces ajouts apparaissent comme minimes, et insuffisants pour exclure la contrefaçon. Les juges constatent que la pose des deux enfants est reprise quasiment à l'identique. Des détails très précis sont également repris, tels que les coiffures des modèles, l'inclinaison de leurs visages, l'orientation des regards, leurs sourires. Ce sont autant d'éléments qui étaient mis en avant pour caractériser l'originalité de l'œuvre photographique. La sculpture est donc qualifiée d'adaptation personnelle de la photographie. Non autorisée, elle constituait bien une contrefaçon de celle-ci... l'artiste confirmant s'en être largement inspiré.

C'est là que le jugement, bien que logique dans sa solution, peut relancer le débat.

### **III. Le rejet de l'exception de parodie et de la liberté d'expression artistique**

L'affaire en cause est un nouvel exemple du problème que posent les créations transformatives, ou « d'appropriation », que ce soit dans l'art contemporain ou dans d'autres secteurs.

Sans contester les similitudes entre les deux œuvres, Jeff Koons n'a pas contesté avoir utilisé la photographie « Enfants » comme point de départ de son travail créatif. Mais, selon lui, il aurait créé une œuvre totalement nouvelle, non seulement par le changement de genre et les détails précités, mais aussi par la portée du message qu'il a associé à cette création. La statue « en porcelaine kitch » figurerait la découverte du désir et de la sexualité par de jeunes enfants, loin de la pureté et l'innocence de l'œuvre antérieure. La réappropriation de celle-ci ne serait donc que le moyen d'un détournement propre à servir le discours de l'artiste contemporain, dans les conditions propres à son travail de création. Il n'y aurait dans tous les cas aucun risque de confusion entre la photographie et la sculpture. Le discours n'est pas nouveau, et Jeff Koons

n'en était d'ailleurs pas à son coup d'essai. On se souvient qu'une autre sculpture, appartenant à la même série que « Naked », et elle aussi inspirée d'une photographie, avait déjà donné lieu à une condamnation mémorable aux Etats-Unis (*Art Rogers vs Jeff Koons*, 960 F.2d 301, 2<sup>nd</sup> Circ., 1992). On ne peut également s'empêcher de faire le lien avec l'affaire *Cariou vs Prince* (714 F.3d 694, 2<sup>nd</sup> Circ., 2013).

En l'espèce, Jeff Koons invoque à la fois l'exception de parodie prévue par l'article L 122-5 du Code, et la nécessité d'établir un juste équilibre entre le droit d'auteur et la liberté d'expression. Des décisions emblématiques, renforçant selon lui la liberté d'expression artistique, sont bien sûr mentionnées à l'appui (CEDH, 5<sup>ème</sup> Sect., 10 janvier 2013, *Ashby Donald c./ France*, n° 36769/08, *PI*, n° 47, avril 2013, pp. 216-218, obs. J.-M. Bruguière ; C. Cass., 1<sup>ère</sup> Ch. Civ., 15 mai 2015, *P. Klasen c./ A. Malka*, n° 13-27.391, *PI*, n° 61, octobre 2016, pp. 418-427, note C. De Haas). Sans surprise, ou presque, le Tribunal de grande instance rejette l'un et l'autre de ces arguments. Concernant l'exception de parodie, les juges relèvent l'absence d'effet humoristique de l'œuvre « Naked », ajoutant que le public n'aurait même pas pu effectuer le rapprochement avec la photographie « Enfants », qui est quasiment inconnue. Ce deuxième élément ne semble guère utile, car l'absence d'effet comique, associée au risque de confusion déjà établi auparavant, était suffisante pour exclure le bénéfice de cette exception. Quant à la balance des intérêts entre droit d'auteur et liberté d'expression, le Tribunal tente de rechercher si l'atteinte portée au droit de Jean-François Bauret était bien proportionnelle au regard du but poursuivi par l'artiste. Selon les juges, la validité d'une pratique transformative repose sur le choix de l'œuvre préexistante, qui doit être une référence explicitement reconnaissable par le public, comme l'indique le rapport du CSPLA consacré aux œuvres transformatives, d'ailleurs cité dans le jugement (*Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, établi par Madame V.-L. Benabou et M. F. Langrognet, 2014, p. 4). Dès lors, selon les juges, le choix de la photographie « Enfants », qui est peu connue du grand public, ne pourrait fonder la démarche défendue par Jeff Koons. Celui-ci ne parvient pas à prouver pourquoi cette photographie, et elle seule, était nécessaire pour exprimer un nouveau message. Ce choix lui aurait seulement permis de faire « l'économie d'un travail créatif », ce qui nécessitait l'autorisation du premier auteur.

Ayant écarté les arguments des défendeurs, le Tribunal condamne la société Jeff Koons et le Centre Pompidou au paiement de sommes s'élevant à 24000€, à la fois pour l'atteinte aux droits patrimoniaux de Jean-François Bauret et pour l'atteinte à son droit de paternité, son nom ayant été omis des supports de diffusion. L'atteinte au droit au respect n'est en revanche pas retenue.

## Conclusion

Le recours par les juges à un traitement différencié en fonction de la notoriété des œuvres est discutable. Certes, les plus notoires sont aussi les plus propices à la transformation, notamment par des procédés de communication numérique. Mais ce n'est là qu'une conséquence de leur succès, intervenant de surcroît dans un contexte bien différent de l'art contemporain. En soi, toutes les œuvres sont transformatives (*Rapport du CSPLA, ibid.*), et toutes se prêtent potentiellement à la transformation. Le critère de la notoriété est de plus évolutif, et variable en fonction des catégories d'œuvres et des courants artistiques. Cette base est donc incertaine pour justifier de plus larges dérogations au droit d'auteur en faveur de la liberté d'expression, ou inversement. Preuve en est que la recherche d'équilibre entre le droit d'auteur et la liberté d'expression reste encore malaisée à l'égard des pratiques transformatives.

**Extrait du jugement**

RG n° 15/01086

[...]

**Sur la liberté d'expression et de communication prévue par la Convention européenne des droits de l'homme**

[...]

Comme il est relevé dans le rapport remis par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique remis au Ministre de la Culture le 6 octobre 2014 sur les « œuvres transformatives » produit par les défendeurs, ces œuvres reposent non seulement sur la large disponibilité de matériaux culturels mais aussi sur la familiarité du public avec eux.

Le tribunal relève en effet que la connaissance par le public de l'œuvre appropriée est déterminante de l'effet produit sur les spectateurs et nécessaire à la perception du message de l'artiste pour provoquer la réflexion du spectateur.

En l'espèce l'artiste a choisi de reprendre intégralement les enfants de la photographie sans référence explicite au portrait qui n'est pas familier du public pour incarner un nouvel Adam et Ève sans expliquer pourquoi il n'a pas pu faire autrement.

La reprise n'a pas été ainsi dictée par des considérations d'intérêt général mais personnelles, permettant à l'artiste de se servir des modèles de la photographie en faisant l'économie d'un travail créatif ce qui ne pouvait se faire sans l'autorisation de l'auteur dont le nom et le copyright figuraient sur la carte postale.

Ainsi à défaut de justifier de la nécessité de recourir à cette représentation d'un couple d'enfants pour son discours artistique sans autorisation de l'auteur, la mise en œuvre des droits d'auteur des demandeurs ne constituent pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

[...]