

## Originaux et copies

BENHAMOU, Yaniv

### Abstract

This contribution defines the legal status of copies from a copyright, contractual and tax law standpoint, as most artworks are not unique and may be duplicated (e.g. photographic prints produced based on the master negative, copies of a sculpture produced based on the master). The contribution also analyzes the legal consequences of this status (original or copies) on the acquisition contracts (in particular purchase agreement and certificate of authenticity), in particular when the artwork is supposed to be part of a limited edition (e.g. photographic print limited to 5 prints).

---

### Reference

BENHAMOU, Yaniv. Originaux et copies. In: Mosimann, Peter, Renold, Marc-André, Raschèr, Andrea F.G. *Kultur, Kunst, Recht : schweizerisches und internationales Recht*. Bâle : Helbing Lichtenhahn, 2019.

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:122747>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE

## **ORIGINAUX ET COPIES**

### **Abstract**

*This contribution defines the legal status of copies from a copyright, contractual and tax law standpoint, as most artworks are not unique and may be duplicated (e.g. photographic prints produced based on the master negative, copies of a sculpture produced based on the master). The contribution also analyzes the legal consequences of this status (original or copies) on the acquisition contracts (in particular purchase agreement and certificate of authenticity), in particular when the artwork is supposed to be part of a limited edition (e.g. photographic print limited to 5 prints).*

## Table of content

Abstract .....	1
Table of content.....	2
I. Introduction .....	3
II. Limitation par le droit fiscal .....	4
III. Limitation par le droit d'auteur .....	5
1. Rappel de la notion d'œuvre protégée par le droit d'auteur .....	5
2. Œuvre originale vs simple reproduction par catégories d'œuvres .....	6
3. Cas particulier des reproductions dans des formats ou matériaux différents .....	8
4. Cas particulier des tirages posthumes.....	8
IV. Limitation par le droit des contrats.....	9
1. Droit applicable .....	9
2. Exemplaires surnuméraires fabriqués avant l'achat, et originale s'avérant être une copie: garantie pour les défauts (art. 197 ss CO).....	10
3. Exemplaires surnuméraires fabriqués après l'achat: garantie indépendante (art. 111 ss CO)	12
4. Réduction du prix et dommages-intérêts.....	13
V. Conclusion: proposition de définitions .....	14

## I. Introduction

Toutes les œuvres ne sont pas uniques. Certaines peuvent exister en multiple (p.ex. des tirages photographiques produits à partir du négatif, des exemplaires d'une sculpture produits à partir du moule original). Chaque exemplaire est alors parfaitement identique aux autres<sup>1</sup>. Il convient dès lors de **définir le statut juridique** de ces exemplaires: sont-ils des originaux ou des copies de l'œuvre originale ?

La notion d'œuvre originale ne fait l'objet **d'aucune définition unique**<sup>2</sup>. La **pratique** se réfère souvent aux notions de "*tirages originaux*", "*exemplaires originaux*" ou "*exemplaires authentiques*" pour des exemplaires multiples réalisés par l'artiste ou sous sa supervision et aux notions de "*reproductions*" ou "*tirages posthumes*" pour les exemplaires réalisés après le décès de l'artiste. Il n'existe toutefois pas de standards internationaux. Cette question est pourtant importante puisque la **valeur d'une œuvre est généralement directement** liée au statut d'originale ou de copie et au nombre de copies disponibles sur le marché. On peut dire que plus le nombre d'exemplaires est limité, plus la valeur de l'œuvre augmente. Il existe **différentes valeurs** entre l'original et les copies. Un bon exemple est la photographie de Man Ray "*Violon d'Ingres*". Un tirage d'époque ("*Vintage Print*") produit en 1924 a une valeur inestimable, tandis que l'un des 30 nouveaux tirages produits juste après le décès l'artiste (1976) a été estimé à EUR 130'000 et l'un des 5'000 tirages produits par Yellowkorn est vendu à EUR 59<sup>3</sup>.

Avec la possibilité de tirer des exemplaires à l'infini depuis le négatif ou le fichier numérique, le marché de l'art devait trouver un moyen d'augmenter sa rareté. Pour **créer la rareté**, il est fréquent de limiter le nombre d'exemplaires et de préciser cette limitation dans le cadre d'acquisition d'œuvres d'art. Cette précision peut s'effectuer par le biais d'une numérotation inscrite sur ou au dos de l'exemplaire vendu et/ou dans le certificat d'authenticité accompagnant la vente de l'œuvre. Le certificat permet généralement de définir plus précisément le degré de limitation. Les limitations usuelles (en plus des indications usuelles du nom de l'artiste, titre et date de l'œuvre originale) portent sur la **dimension**, le **support** et, en cas de série, le **nombre** total d'exemplaires et la **date** et la **numérotation** du nouveau tirage. Par exemple pour les tirages photographiques, la limitation est généralement matérialisée par une inscription sur l'exemplaire directement (p.ex. tirage n° 1/30) et détaillée dans un certificat accompagnant la photographie (c'est ce certificat qui permet de définir le degré de limitation, avec plus ou moins de précision). La limitation peut porter ensuite sur le nombre de tirages (p.ex. série limitée à 30 tirages par opposition à l'absence de toute mention quant au nombre de tirages), la date (p.ex. tirage 2018 par opposition à la mention "*toute année confondue*"), le format (format 40x60 par opposition à "*tout format confondu*") ou le support (support aluminium ou papier par opposition à "*tout support confondu*").

A part quelques règles fiscales prévoyant des exonérations fiscales pour les œuvres originales et le droit d'auteur ayant sa propre définissant des œuvres originales, il n'existe pas de standards internationaux quant aux limitations de production. Cela conduit à une certaine insécurité juridique, puisque l'artiste et les marchands ne sont pas nécessairement précis dans leurs conditions de vente ou certificats d'authenticité et/ou peuvent considérer que la limite quant au nombre de tirage (p.ex. édition limitée à 5 tirages) permet la libre production de tirages supplémentaires à d'autres formats, dates ou supports.

Plusieurs textes légaux prévoient pourtant des limitations quant au nombre d'exemplaires qualifiés d'œuvre originale, en particulier le droit fiscal (II) et le droit d'auteur (III), et les parties à un contrat d'acquisition d'œuvre d'art prévoient généralement des limitations contractuelles (IV).

---

<sup>1</sup> Cf. Tricoire, Les œuvres en séries limitées : quelques pistes pour y voir clair, Le Quotidien de l'Art, 21 novembre 2014.

<sup>2</sup> Cf. infra V.

<sup>3</sup> Benhamou Yaniv, Posthumous replications : rights and limitations, notion of original and copies. In: Mosimann Peter/Schönenberger Beat (Ed.). Kunst & Recht 2017: Referate zur gleichnamigen Veranstaltung der Juristischen Fakultät der Universität Basel vom 16. Juni 2017. Bern : Stämpfli, 2017. 148. Cf. Girardin/Pirker, Controverse : une histoire juridique et éthique de la photographie, Arles (Actes Sud) 2008, 72, rapportant le cas du collectionneur allemand Werner Bokelberg qui a acheté en 1990 plusieurs photographies de Man Ray, qui étaient prétendument datées entre 1920-1930 et qui ont été finalement datées de 1960 par des experts.

## II. Limitation par le droit fiscal

Une première limitation d'exemplaires est prévue dans le droit fiscal. Celui-ci prévoit des exonérations fiscales selon des limitations qualitatives (fonction existentielle de l'objet) et/ou quantitatives (nombre limité d'objets). Le droit fiscal suisse prévoit une exonération de l'impôt sur les importations pour "*les œuvres d'art créées par des artistes-peintres ou des sculpteurs*" (art. 53 al. 1 let. c LTVA). Les *œuvres d'art* sont définies comme des créations artistiques inédites présentant le caractère d'une œuvre originale, créés par l'artiste en **nombre limité** et exclusivement destinées à être contemplées (et donc dépourvue de but utilitaire). Cela inclut par exemple les tableaux, peintures, sculptures, oeuvres plastiques, statues et compositions picturales décoratives) et les exemplaires uniques conçus de manière artistique et signés, mais exclut les objets utilitaires (par ex. vases, coupes, pots, assiettes, plateaux, bougeoirs, figurines, santons, lampes, armoires, graphismes, coupes de championnats, tapis et tapisseries) et les produits en série (p.ex. travail réalisé sur mandat sur la base d'une photographie ou avec des moyens techniques)<sup>4</sup>. Doivent être considérées comme des œuvres **créées par l'artiste** non seulement celles confectionnées exclusivement de sa propre main, mais aussi celles qu'il fait confectionner par des tiers selon son idée. La condition est toutefois qu'il ait planifié l'oeuvre d'art, ait choisi ou déterminé la matière première et ait réceptionné l'œuvre<sup>5</sup>.

Par comparaison le droit fiscal français prévoit une imposition à taux réduit pour les "*œuvres originales*", soit les oeuvres **réalisées de la main de l'artiste**, en particulier les gravures, estampes et lithographies originales tirées en nombre limité, les sculptures exécutées entièrement par l'artiste, et les fontes de sculpture à tirage limité à 8 exemplaires et contrôlé par l'artiste ou ses ayants droit, les photographies prises par l'artiste, tirées par lui ou **sous son contrôle**, signées et limités à 30 exemplaires, tous formats et supports confondus (art. 278 septies Code général des impôts et art. 98 A Annexe III). L'exigence de signature de l'artiste dépend du genre d'œuvres: elle est obligatoire pour les photographies et les céramiques, mais pas pour les sculptures. La main de l'artiste est toujours exigée pour l'exemplaire de base à partir duquel les autres exemplaires sont réalisés, comme preuve de l'authenticité, pour justifier l'imposition TVA réduite<sup>6</sup>. Le droit de suite prévoit également le prélèvement d'une redevance sur les oeuvres graphiques et plastiques réalisées en quantité limitée par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité (article L 122-8 du code de la propriété intellectuelle (CPI)). Les limitations prévues par le droit de suite diffèrent de celles prévues par le fiscal. Les exemplaires doivent tous être signés ou dûment autorisés par l'auteur, et sont limités à 12 au lieu de 8 pour les fontes, à 8 au lieu de 1 pour les émaux. Enfin, ignorées par le texte fiscal, les vidéos sont limitées à 12 exemplaires (article R 122-3 du CPI) pour que le droit de suite s'applique<sup>7</sup>. En dehors de ces limitations, rien n'interdirait de faire 40 fontes, avec la conséquence que les exemplaires seront qualifiés de surnuméraires déclenchant le devoir de payer à l'acquéreur une TVA normale et de ne pas réclamer de droit de suite.

---

<sup>4</sup> AFD, Impôt sur les importations grevant les oeuvres d'art, publication 52.22, éd. 2018, p. 5.

<sup>5</sup> AFD, Impôt sur les importations grevant les oeuvres d'art, publication 52.22, éd. 2018, p. 5.

<sup>6</sup> Cf. Tricoire.

<sup>7</sup> Cf. Tricoire, indiquant que "*les limitations prévues sont différentes du texte fiscal, tant il est vrai que le législateur adore la complexité*".

### III. Limitation par le droit d'auteur

Une autre limitation est celle du droit d'auteur. Celui-ci distingue entre l'originale et les reproductions (copies ou exemplaires) de l'œuvre originale.

#### 1. Rappel de la notion d'œuvre protégée par le droit d'auteur

Pour rappel, l'œuvre protégée par le droit d'auteur est toute création de l'esprit, du domaine littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel (art. 2 al. 1 LDA). La condition de "*création de l'esprit*" suppose que l'œuvre repose sur l'expression d'une idée de l'artiste<sup>8</sup>. Cette condition pourrait paraître délicate pour les créations effectuées par un ordinateur, l'intelligence artificielle ou des robots. Dans ces cas, on pourrait toutefois considérer que ces créations résultent de la volonté humaine du programmeur ou concepteur du robot ou de celui ayant sélectionné les données de base (*inputs*)<sup>9</sup>. La condition du "*domaine littéraire ou artistique*" ne sera en pratique pas déterminante sous l'angle du droit d'auteur. C'est la condition de "*caractère individuel*" qui sera déterminante pour le statut d'œuvre originale. On est en présence d'une création à caractère individuel uniquement s'il s'agit de quelque chose de **nouveau**, autrement dit qui a été créé alors que cela n'existait pas encore, qui se différencie suffisamment de ce qui existe déjà<sup>10</sup>. La nouveauté s'apprécie tant du point de vue subjectif de l'auteur (i.e. ce qui n'était pas encore connu de l'auteur au moment de la création) que du point de vue objectif de l'état de la création (i.e. ce qui n'était pas encore connu du domaine en question)<sup>11</sup>.

Pour établir si une œuvre a un caractère individuel, on tient compte de l'environnement de l'œuvre, respectivement du genre de l'œuvre<sup>12</sup>. On peut alors se référer à l'individualité statistique et comparée, autrement dit se contenter d'une probabilité statistique que l'œuvre est unique (individualité statistique), en se fondant sur les caractéristiques de l'œuvre elle-même et en lui reconnaissant un caractère distinctif par rapport aux autres productions du même genre et par rapport au public cible (individualité comparée)<sup>13</sup>. Le degré d'individualité requis dépendra par ailleurs de la marge de manœuvre créatrice dont jouit l'auteur dans un cas particulier : plus la marge de manœuvre est limitée, moins on sera exigeant quant au degré d'individualité requis<sup>14</sup>. La marge de manœuvre créatrice est souvent limitée dans les cas d'œuvres ayant une fonction concrète, telles que les œuvres à contenu scientifique ou technique (cf. art. 2 al. 2 lit. d LDA) ou les œuvres architecturales (cf. art. 2 al. 2 lit. e LDA) en raison des contraintes techniques qu'elles impliquent<sup>15</sup>. Le caractère individuel fait cependant clairement défaut dans les cas de travaux banals ou de pure routine ; en revanche, il devra être admis dans les cas où il paraît exclu qu'un tiers devant s'acquitter de la même tâche aurait créé une œuvre identique<sup>16</sup>.

---

<sup>8</sup> ATF 130 III 168 consid. 4.5, JdT 2004 I 285.

<sup>9</sup> [Cf. de Werra/Benhamou, Chapitre 7].

<sup>10</sup> Barrelet Denis/Egloff Willi, Le nouveau droit d'auteur, Berne (Stämpfl) 2008, art. 2 N 6; Carron Blaise/Kraus Daniel/Férolles Yann/Krüsi Melanie, Le droit d'auteur des planificateurs : un guide sur le droit d'auteur et autres droits de propriété intellectuelle à l'attention des architectes, des ingénieurs et des spécialistes du droit de la construction, Zurich 2015, 51.

<sup>11</sup> Barrelet/Egloff, art. 2 N 6. Carron et al., 53, indiquant qu'une simple copie n'est pas une création puisqu'elle n'est pas nouvelle. En revanche, la nouveauté peut notamment découler d'une référence à d'anciens styles ou dans la combinaison nouvelle d'éléments déjà connus.

<sup>12</sup> Barrelet/Egloff, art. 2 N 8.

<sup>13</sup> A propos de l'individualité statistique et comparée, cf. CR PI-Dessemontet, LDA 2 N 14 ss et 20. A propos du public cible, Senn Mischa, Die urheberrechtliche Individualität, sic! 2017 521, 532 ("*relevante Zielpublikum, d. h. der massgebende Personenkreis*"); F. Thouvenin, Irrtum: Je kleiner der Gestaltungsspielraum [...], in: M. Berger/S. Macciachini (Hg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Zürich 2008, 64 ("*intimen Kenntnissen der jeweiligen Werkattung*"). Un parallèle intéressant peut être fait avec les autres droits de propriété intellectuelle, soit la condition de "nouveauté" combinée à un apport supplémentaire pour bénéficier de la protection (p.ex. unicité et caractère distinctif par rapport aux autres œuvres du même genre pour les œuvres protégées par le droit d'auteur; nouveauté et non-évidence par rapport à l'état de la technique pour les inventions protégées par le droit des brevets). Cf. CR PI-Dessemontet, LDA 2 N 17.

<sup>14</sup> [Cf. de Werra/Benhamou, Chapitre 7].

<sup>15</sup> ATF 136 III 225 consid. 4.2. Carron et al., 53.

<sup>16</sup> Barrelet / Egloff, art. 2 N 8 ; Carron et al., 53.

## 2. Œuvre originale vs simple reproduction par catégories d'œuvres

La question de savoir si on est présence d'une (nouvelle) oeuvre originale ou d'une copie dépend donc de la présence de modifications dans l'exemplaire et de l'étendue de ces modifications. Il s'agit d'une simple reproduction de l'œuvre, lorsque l'exemplaire correspond à une **pure transposition** des informations de base sans aucune modification (obtenu à partir de l'œuvre originale, souvent sous forme de moule, plan ou fichier numérique) et/ou que les **modifications** présentes dans l'exemplaire n'atteignent pas une **individualité suffisante** pour être protégées par le droit d'auteur (p.ex. éléments peu importants ou dictés par des contraintes techniques qui ne laissent pas de marge de manœuvre)<sup>17</sup>. Il s'agit en revanche d'une nouvelle œuvre lorsque, par rapport à l'œuvre originale, les **modifications sont susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur** (p.ex. lorsque des éléments importants ont été laissés de côté, ajoutés ou modifiés)<sup>18</sup>. Dans ce cas, la nouvelle œuvre constituera une oeuvre originale propre et plus spécifiquement une oeuvre dérivée réalisée à partir de l'œuvre initiale (pour autant que les caractéristiques individuelles de ce dernier demeurent reconnaissables)<sup>19</sup>.

Ainsi, avec les **modèles uniques** (p.ex. peinture, aquarelle, dessin, collage, sculpture), chaque nouvelle création sera en principe toujours protégé par le droit d'auteur pour autant que les caractéristiques individuelles au sens du droit d'auteur soient incorporées dans le résultat. En revanche, le travail du copiste ou du photographe d'archive ne semble pas atteindre un niveau suffisant d'individualité, puisque le travail vise à reproduire l'œuvre originale le plus fidèlement possible sans apport créatif nouveau et ne présentera pas suffisamment de modifications dotées du caractère individuel<sup>20</sup>. Selon l'individualité statistique et comparée, ces modifications n'auront en effet pas de caractère distinctif par rapport aux autres productions du même genre et aux yeux du public cible pour bénéficier de la protection.

Avec les **œuvres en série** (p.ex. lithographie, photographie, sculpture, gravure), on parlera en principe d'œuvre originale à l'égard de la création initiale et du support ayant permis de la réaliser (presse lithographique, négatifs, moule original) mais pas des exemplaires réalisés à partir du support et ne présentant aucune modification susceptible d'être protégées par le droit d'auteur (copie à l'identique de l'œuvre originale ou modifications techniques insuffisantes pour atteindre un degré d'individualité).

Avec les **photographies**, il faut distinguer les techniques de tirage puisque l'étendue des modifications présentes dans les tirages varie suivant la technique utilisée: avec l'argentique, l'original porte sur les deux objets ; le négatif et chaque tirage ayant un caractère individuel suffisant (ce qui sera souvent le cas avec l'argentique vu les différences notables d'un tirage à l'autre). Le négatif est une œuvre originale si elle repose sur l'expression de la pensée humaine de l'artiste; le tirage est un exemplaire tiré du négatif. Si son exécution a aussi un caractère individuel, il sera une œuvre originale dérivée du négatif. Cela veut dire que les tirages désignés "*Printed Later*" ne sont généralement pas des œuvres originales, à moins que la technique de reproduction donne au tirage un caractère individuel qui se distingue des autres tirages au sens de l'art. 2 al. 2 LDA<sup>21</sup>.

Avec le **numérique**, l'original au sens du droit d'auteur porte sur toute prise numérique ayant un caractère individuel (grâce à la composition, choix des sujets, cadrage, répartition de la lumière) ou retouche numérique (photo-montage), mais pas sur la numérisation elle-même des tirages puisqu'ils ne se distinguent pas de l'environnement statistique. Parmi les tirages, l'original porte sur les deux objets : fichiers des données sur CD ou autre support tangible (mais pas les données elles-mêmes puisqu'elles sont non perceptibles par l'humain) et le tirage unique réalisé sous le contrôle de l'artiste (contrairement à l'argentique portant sur le négatif et chaque tirage individuel, sauf si le tirage est réalisé au moyen de procédés usuels, p.ex. C-Print, Inkjet Print).

---

<sup>17</sup> Carron et al., 58.

<sup>18</sup> Wenger Berger, *Architektur und immaterielle Rechte*, Berne (Stämpfli) 2010, 23 ss; Carron et al., 59.

<sup>19</sup> Wenger Berger, 24 ; Carron et al., 59.

<sup>20</sup> [Cf. de Werra/Benhamou, Chapitre 7].

<sup>21</sup> Mosimann Peter / Müller-Chen Markus Kauf eines Originals der bildenden Kunst, insbesondere einer Fotografie. In Büchler Andrea / Müller-Chen Markus (ed.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*. Bern : Stämpfli, 2011, 1303, 1323.

Comme le relèvent Mosimann / Müller-Chen, l'une des difficultés pratiques est que le fichier des données ne s'abîme pas (contrairement au négatif). On ne peut donc pas parler de "*Vintage Print*". Une solution est de prévoir un nombre limité d'exemplaires par contrat (souvent dans le certificat d'authenticité et/ou sur l'exemplaire lui-même)<sup>22</sup>. Il arrive aussi parfois que le contrat de vente octroie à l'acheteur le droit de refaire un tirage en cas de déperissement du tirage initial sur la base du fichier d'instructions détaillées et du fichier de base et/ou de convertir les informations sur un nouveau fichier en cas d'obsolescence du fichier de base<sup>23</sup>.

Avec les œuvres **multimédia** (œuvre d'art complexe combinant différents éléments, beaux-art, photo, audio-visuels, film, souvent numériques et générées par un logiciel), l'original porte généralement sur le fichier numérique (CD, DVD) ("*Complete Master Set of Components*") et les éventuels appareils compatibles<sup>24</sup>. L'une des difficultés pratiques est de déterminer l'original, raison pour laquelle les contrats d'acquisition sont souvent accompagnés d'un certificat d'authenticité garantissant et décrivant précisément ce qu'est l'œuvre originale<sup>25</sup>.

Avec les œuvres **musicales**, on pourra parler d'originaux pour le fichier original permettant de reproduire des exemplaires en série pour autant qu'ils présentent des différences significatives. Pour les vinyles, ce sera le cas des bande-passantes d'enregistrement et de la matrice (*i.e.* la galette lisse constituée d'un disque d'aluminium), tandis que chaque vinyle sera un exemplaire tiré de la bande-passante et de la matrice. Pour les CDs et fichiers numériques, l'original sera la bande d'enregistrement, tandis que chaque copie (sur CD ou fichier numérique) sera un exemplaire, puisqu'il s'agira d'une pure transposition technique ou présenteront des différences imperceptibles pour l'humain et sans degré d'individualité nouveau.

Avec les œuvres **architecturales**, l'œuvre protégée par le droit d'auteur consiste en la création intellectuelle incorporée dans le bâtiment ou exprimée dans le plan (qu'il convient de distinguer du bâtiment construit en tant que support matériel). Autrement dit, il peut y avoir deux types d'œuvres : le bâtiment tel qu'il a été réalisé au sens de l'art. 2 al. 2 let. d (pour autant que les caractéristiques individuelles au sens du droit d'auteur soient incorporées dans le bâtiment) ou l'œuvre telle qu'elle est communiquée au moyen de plans au sens de l'art. 2 al. 2 let. e (pour autant que les caractéristiques individuelles qui font de la construction une création intellectuelle au sens du droit d'auteur soient exprimées dans le plan)<sup>26</sup>. Les deux types d'œuvres jouissent de la même protection (TC VD, cons. 3.c)aa). Selon un tribunal cantonal, l'ouvrage construit sur la base du plan constitue en principe un exemplaire de l'œuvre dans le sens d'une reproduction de l'œuvre conçue sur plan, l'ouvrage représenté sur le plan constituant une première fixation de l'idée intellectuelle et devant être considérée comme l'œuvre originale<sup>27</sup>. Cet arrêt nous paraît curieux pour deux raisons au moins: premièrement, une telle hypothèse nous paraît très (trop) théorique, *i.e.* limitée au cas où l'exécution de la construction correspond à une pure transposition technique des données ressortant des plans ou lorsque les modifications entreprises ne sont pas des créations dotées d'un caractère individuel (p.ex. éléments peu importants ou dictés par des contraintes techniques qui n'étaient pas prévisibles et ne laissent pas de marge de manœuvre, telles que des données géologiques conduisant à renoncer à un puit de lumière)<sup>28</sup>. Deuxièmement, considérer chaque construction comme un exemplaire du plan (œuvre originale) revient à considérer le bâtiment comme un exemplaire du plan au sens de LDA 2 let. e (et donc rendre lettre morte l'œuvre architecturale au sens de LDA 2 let. c). Quoiqu'il en soit dans les

---

<sup>22</sup> Mosimann/Müller-Chen, 1310, donnant l'exemple d'un certificat d'authenticité prévoyant "*1/6 Edition with 1 Artist's Proof*" ou parfois plus d'informations, tels que "*Sea Scapes*" de Sugimoto, "*offset lithographs, each with embossed title, date and number (on the mount). Signed in pencil on one of the five text inserts*".

<sup>23</sup> Mosimann/Müller-Chen, n. 31, donnant l'exemple suivant: "*In the event that this inkjet print fades due to exposure to daylight or ages in any way, the owner has the right to produce a new inkjet print provided that the owner destroys the existing copy. A new print may be produced on a Hewlett Packard Z1600 series printer or a similar inkjet printer available in the future. To do this the image area must be enlarged to 200.2 CM x 133.6 CM.*".

<sup>24</sup> Mosimann/Müller-Chen, 1312.

<sup>25</sup> Mosimann/Müller-Chen, n. 38, donnant l'exemple d'un certificat d'authenticité prévoyant: "*the work is authentic, unique and was created by the artist. The seller is the sole and absolute owner of the work and has good and marketable title of the work*".

<sup>26</sup> ATF 142 III 387; TC VD, cons. 3.c)aa).

<sup>27</sup> TC VD, cons. 3.c)aa).

<sup>28</sup> Carron et al., 58.



cas rares où un bâtiment n'afficherait aucune modification par rapport au plan ou que celles-ci sont purement techniques, on pourrait alors concevoir qu'il s'agit d'un simple exemplaire du plan original.

### 3. Cas particulier des reproductions dans des formats ou matériaux différents

Une question délicate est de déterminer le statut d'un exemplaire produit à partir d'une œuvre initiale mais dans un format ou un matériau différent puisque l'exemplaire sera ainsi forcément différent par rapport à l'œuvre initiale (p.ex. reproduction miniature d'une sculpture de grande taille, ou en onyx d'une fonte en bronze). S'agit-il d'une (nouvelle) originale ou d'une reproduction?

Le droit de reproduction permet à l'artiste (ou à son ayant-droit) d'interdire toute reproduction de son œuvre, sous une forme identique ou modifiée, par exemple dans des dimensions réduites<sup>29</sup>. Cela ne dit en revanche rien sur le statut d'exemplaires produits dans des formats ou matériaux différents. Comme exposé précédemment, **l'étendue des modifications** déterminera s'il s'agit d'une œuvre originale ou d'une copie. Il faudra donc apprécier pour chaque exemplaire si les modifications présentes dans l'exemplaire (format et/ou matériau) sont ou non susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur. A notre avis, en cas de **format différent**, il s'agira toujours d'une copie puisqu'en principe cette modification n'atteindra pas un degré d'individualité suffisant pour être protégée par le droit d'auteur. En cas de **matériau différent**, il s'agira d'une copie si le médium accessoire ou peu pertinent pour l'œuvre (p.ex. un fichier de musique, un livre courant). En revanche, on pourrait considérer qu'il s'agira d'une (nouvelle) œuvre originale si le matériau est pertinent pour le cœur de l'œuvre (p.ex. photographie papier tirée dans un nouveau matériau).

### 4. Cas particulier des tirages posthumes

Une autre question délicate est enfin de déterminer le statut des tirages posthumes, souvent réalisés par les héritiers, titulaires des droits d'auteur (dont le droit de reproduction et droit à l'intégrité de l'œuvre) et des informations de base permettant la reproduction (moulage pour des sculptures, bande d'enregistrement pour des enregistrements sonores). S'agit-il d'une œuvre devant être qualifiée d'originale ou de copie?

D'un point de vue dogmatique, des tirages posthumes semblent pouvoir porter la mention de tirage original dans certains cas exceptionnels. La condition de "*caractère individuel*" doit en effet s'exprimer dans l'œuvre elle-même (qui doit se différencier suffisamment de ce qui existe déjà)<sup>30</sup>; il n'est plus nécessaire que l'œuvre soit originale en soi et comporte l'empreinte personnelle de son auteur<sup>31</sup>. La condition de "*création de l'esprit*" suppose que l'œuvre manifeste l'expression d'une idée de l'artiste. On ne voit ainsi pas ce qui empêcherait un tirage posthume d'être qualifié d'œuvre originale dans les cas exceptionnels où il manifesterait l'idée de l'artiste et se distinguerait des autres œuvres du même genre, par exemple lorsqu'il est réalisé selon les instructions précises de l'artiste et/ou à partir du moule original. Ainsi, dans l'affaire Camille Claudel, la Cour de Cassation a considéré que les copies de la sculpture "La Vague" produites en bronze par la nièce de Camille Claudel (titulaire des droits de reproduction) ne pouvaient pas porter la mention "d'œuvres originales", puisque la technique de surmoulage ne permettait pas de reproduire l'œuvre originale à l'exact identique, laissant ainsi sous-entendre que des tirages posthumes respectant trait pour trait l'œuvre originale pourraient être qualifiés de tirages originaux (p.ex. photographie basée sur les négatifs originaux et les œuvres numériques basées sur un fichier numérique intact).

On relèvera que cette approche semble contradictoire avec le droit fiscal suisse et français qui considère comme œuvres originales celles *créées* par l'artiste (*i.e.* confectionnées exclusivement de sa propre main, ou par des tiers mais selon son idée ou réceptionnées par l'artiste et/ou réalisées sous sa supervision) et semble ainsi exclure les tirages posthumes. Tout au plus et exceptionnellement pourrait-on considérer qu'il s'agit d'un "tirage original" (sur la base du moule original et des instructions précises de l'artiste) puisqu'il

<sup>29</sup> [Cf. de Werra/Benhamou, Chapitre 7, renvoyant à une décision de l'Oberlandesgericht Hamburg, ZUM 1995, 430 pour des œuvres de Maillol produites dans des formats réduits. Cf. aussi Art. 2 InfoSoc: le droit de reproduction inclut "*le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie*".]

<sup>30</sup> Carron et al., 51. TF, sic! 2008, p. 462 c. 2.3.1: "*C'est la diversité des décisions personnelles de l'auteur, les combinaisons surprenantes et inhabituelles qui constituent l'individualité d'une œuvre. L'individualité se distingue de la banalité ou du travail de routine*".

<sup>31</sup> Arrêt du TF 4A\_78/2011 du 2 mai 2011 consid. 2.1 et 2.4 ; ATF 136 III 225 consid. 4.2, Siebenthal ; 134 III 166 consid. 2.1, JdT 2008 I 361.

pourrait manifester l'idée de l'artiste (condition de "création de l'esprit") mais en aucun cas d'œuvre originale puisqu'il ne pourrait pas se différencier des œuvres existantes de l'artiste (condition de "caractère individuel").

#### IV. Limitation par le droit des contrats

Une autre limitation est celle du droit des contrats, en particulier lorsque le vendeur d'une œuvre d'art (p.ex. un collectionneur ou un marchand d'art) s'engage envers l'acheteur à un nombre limité d'exemplaires. La limitation, qui s'exprime généralement par le numéro de série sur le nombre d'exemplaires tirés, est donc un engagement contractuel du vendeur envers l'acheteur: lorsque tous les exemplaires annoncés seront vendus, aucun autre "exemplaire surnuméraire" ne sera mis sur le marché. De même, le contrat d'acquisition précise généralement si l'objet de la vente est un original ou un exemplaire. Cet engagement est une condition essentielle du contrat qui détermine à la fois la volonté d'acquérir et justifie le prix<sup>32</sup>. Quelles conséquences juridiques tirer dès lors, lorsque des exemplaires surnuméraires viennent s'ajouter à cette série ou que l'originale s'avère être une "simple" copie tirée de l'originale?

##### 1. Droit applicable

A titre liminaire, rappelons que le contrat peut être soumis à une élection de droit. La vente d'œuvre d'art est effet souvent caractérisée par des éléments d'extranéité (p.ex. lorsque l'acheteur, le vendeur et l'œuvre se trouvent dans des pays différents)<sup>33</sup>. Les parties peuvent alors prévoir une élection de droit (art. 116 al. 1 LDIP). Lorsque la vente a lieu dans le cadre de maisons de vente aux enchères ou porte sur une œuvre à prix élevé, une élection de for est souvent prévue dans le contrat (ou les *Terms and Conditions* du contrat). L'élection de droit doit être toutefois expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances (p.ex. nationalités communes des parties, lien entre l'objet du contrat et d'autres contrats, tels que le contrat de prêt pour l'achat de l'œuvre (art. 116 al. 2 LDIP)<sup>34</sup>. L'élection de droit est par ailleurs exclue lorsque l'acheteur fait une acquisition pour son usage personnel (art. 120 al. 2 LDIP), étant précisé que l'usage personnel est parfois difficile à déterminer, en particulier lorsque l'achat porte sur une œuvre à prix élevé qui peut être vu comme un investissement pour l'acheteur<sup>35</sup>. Hormis ces cas, la vente ne fait généralement l'objet d'aucune élection de droit.

En l'absence d'élection de droit, la vente est régie par le droit du pays où le vendeur a sa résidence habituelle, sa résidence habituelle ou son établissement au moment où il reçoit la commande (art. 118 LDIP cum art. 3 al. 1 CV La Haye 1955). Elle est toutefois régie par le droit du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle ou son établissement, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue par le vendeur (art. 3 al. 2 CV La Haye 1955), en particulier lorsqu'il s'agit de l'achat d'une œuvre dans une vente aux enchères ou une foire d'art (p.ex. Art Basel). Ainsi, lorsqu'un galeriste bâlois achète une œuvre d'une galerie new yorkaise lors de Art Basel, le droit suisse s'applique puisque le vendeur new yorkais a reçu la commande à Bâle, le lieu de résidence de l'acheteur<sup>36</sup>. Lorsque les parties ont leur établissement dans des Etats contractants la Convention de Vienne sur les marchandises (CVIM), les règles de cette dernière s'appliquent (art. 1 al. 1 let. a CVIM). Si seule une partie a son établissement dans un Etat contractant de la CVIM, les règles de la CVIM s'appliquent lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant. Par exemple, lorsqu'un galeriste londonien achète une œuvre à une galerie ba-loise, la CVIM s'applique si ce dernier poursuit le galeriste londonien à Bâle pour violation du contrat. La

---

<sup>32</sup> Cf. Tricoire.

<sup>33</sup> [Pour une analyse détaillée de la question du droit applicable, et plus généralement des prétentions civiles en cas d'acquisition d'œuvres d'art, cf. Müller/Chen Markus/Renold Marc-André, Chapitre 6.3].

<sup>34</sup> Mosimann / Müller-Chen, 1303.

<sup>35</sup> Pour définir l'usage personnel d'une œuvre d'art, on peut s'inspirer du droit fiscal prévoyant les critères d'exonération fiscale pour les objets personnels d'usage courant (art. 13 al. 4 LHD), par exemple des œuvres d'art ne relevant pas d'investissement mais du mobilier de ménage de l'acheteur. De Preux, Fiscalité et œuvres d'art: questions choisies, Newsletter Mars 2015, 1.

<sup>36</sup> Mosimann / Müller-Chen, 1303.

CVIM ne s'applique en revanche pas en cas de marchandises achetées pour un usage personnel ou dans le cadre de vente aux enchères<sup>37</sup>.

## 2. Exemplaires surnuméraires fabriqués avant l'achat, et originale s'avérant être une copie: garantie pour les défauts (art. 197 ss CO)

Si les exemplaires surnuméraires existent déjà au moment de la vente et apparaissent au détour d'une vente, ou si l'originale s'avère être une "simple" copie tirée de l'originale, l'acheteur peut arguer que le contrat de vente est entaché de défaut (art. 197 CO). Il peut alors réclamer une réduction du prix (art. 205 CO et 50 CVIM), voire demander la résiliation du contrat (art. 205/208 CO et 49 CVIM), ou encore arguer que le vendeur l'a sciemment trompé au moment de la conclusion du contrat et annuler le contrat (art. 23 ss CO)<sup>38</sup>. Préalablement, il convient de répondre à plusieurs questions spécifiques, l'acheteur avait-il connaissance de ces défauts, le vendeur devait-il le renseigner, quelle prétention faire valoir?

Une première question tient à l'éventuelle **connaissance des défauts par l'acheteur** (art. 200 CO). Le vendeur ne répond pas des défauts que l'acheteur connaissait au moment de la vente (art. 200 al. 1 CO resp. 35 al. 3 CVIM), ou des défauts dont il aurait dû s'apercevoir en examinant la chose avec une attention suffisante (art. 200 al. 2 CO) respectivement qu'il ne pouvait ignorer le défaut au moment de la conclusion du contrat (art. 35 al. 3 CVIM). Le vendeur répond en revanche des défauts s'il a affirmé qu'il n'y avait aucun défaut ou s'il a trompé volontairement l'acheteur. S'il s'agit des exemplaires d'artiste (EA) qui s'ajoutent à la série annoncée, dont l'acheteur ignorait l'existence et sont vendus (ce qui contrevient à la limitation annoncée lors de l'achat), l'acheteur d'un numéro de la série pourrait considérer que l'existence d'autres exemplaires mis sur le marché modifie le contrat initial et constitue une violation de l'engagement du vendeur justifiant la rareté et subséquemment le prix. En revanche, si l'acheteur est informé de l'existence des surnuméraires, notamment des EA (p.ex. via leur mention sur la facture), la question se pose de savoir s'il peut néanmoins se plaindre que les surnuméraires sont vendus au détriment de la valeur de l'exemplaire qu'il a acquis<sup>39</sup>. Lors de la vente initiale, sait-il que ces exemplaires EA étaient destinés à une vente subséquente? La question sera déterminée selon les règles usuelles d'interprétation, soit l'interprétation subjective (volonté réelle des parties)<sup>40</sup>, subsidiairement objective des parties (volonté présumée de parties selon le principe de la confiance)<sup>41</sup>. L'usage est que ces exemplaires ne soient pas vendus, en tout cas du vivant de l'artiste, et fassent partie des collections de l'artiste ou tiennent lieu d'exemplaires d'exposition. Leur mise en vente peut donc, selon les cas, faire l'objet d'une contestation, tout dépend ce qui figure dans le contrat conclu entre les parties et des usages.

Une deuxième question tient au **devoir de vérification de l'acheteur** (art. 201 CO). L'acheteur a un devoir de vérification après la livraison de l'objet (i.e. remise de l'œuvre à l'acheteur ou son représentant), mais pas avant l'achat<sup>42</sup>. Chaque acheteur d'œuvre (pas uniquement les professionnels et collectionneurs) a l'obligation de vérifier l'état de la chose reçue aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires et d'en aviser le vendeur sans délai en cas de découverte de défauts (art. 201 CO resp. 38 CVIM). S'il ne le fait pas, il perd son droit à la garantie (art. 201 al. 2 et 3 CO; art. 39 al. 1 CVIM). Il suffit que l'acheteur procède aux vérifications usuelles. L'acheteur peut procéder lui-même aux vérifications ou la confier à un tiers. Une expertise n'est toutefois pas exigée. Le mode et l'étendue des vérifications dépendent des usages, de la nature de la chose et du défaut et de l'étendue des connaissances de l'acheteur<sup>43</sup>. Un tel devoir de vérification existe à l'égard des œuvres anciennes et/ou vendues à un prix élevé (i.e. l'acheteur doit vérifier l'authenticité de l'objet, même en l'absence de soupçon). Il existe également à l'égard d'un expert (p.ex. collectionneur, marchand d'art, historien d'art), en particulier si certains éléments lui pa-

---

<sup>37</sup> Mosimann / Müller-Chen, 1303.

<sup>38</sup> Tricoire.

<sup>39</sup> Tricoire.

<sup>40</sup> Pour une illustration, voir TC Fribourg, sic! 2003, 694. Cf. aussi TF du 23 avril 2013, 4A\_643/2012, consid. 3.1; ATF 125 III 305, consid. 2b et les références.

<sup>41</sup> ATF 132 III 268, consid. 2.3.2; ATF 126 III 59, consid. 5 a)-b), JdT 2001 I 144; ATF 125 III 305, consid. 2b et les références. Voir également TF du 08 mai 2008, 4A\_104/2008, consid. 4.2.

<sup>42</sup> Venturi Silvio, in: Thévenoz Luc / Werro Franz, Commentaire Romand du Code des obligations I, Bâles 2012, art. 201 N 8.

<sup>43</sup> ATF 95 II 119 c. 5.

raissent inhabituelles. En revanche, un simple acheteur occasionnel sans aucune connaissance particulière du marché de l'art peut se fier aux dires du vendeur quant à l'originalité de l'œuvre sans procéder à des vérifications.<sup>44</sup>

Une troisième question est l'éventuel **devoir de renseignement du vendeur**. Il est en effet souvent difficile de distinguer entre l'original et la copie. Souvent, la vente indique "impression originale" qui correspond en réalité aux copies numériques d'une impression analogique. Le vendeur a alors un devoir de renseignement ou de collaboration, en plus des obligations principales de livrer la chose et d'en transférer la propriété libre de tout défaut et selon les qualités promises (art. 184 et 197 ss CO; art. 30 et 35 CVIM). Ce devoir n'est pas expressément prévu par le CO mais par le contrat individuel selon les usages de la branche (art. 9 CVIM), de la bonne foi (art. 2 CC et 7 al. 2 CVIM), ou comme devoir accessoire de la vente<sup>45</sup>. S'il s'agit d'un bien culturel, le vendeur a des obligations de diligence spécifiques (art. 1 lit. e, 2 al. 1, 16 LTBC). L'étendue de ce devoir varie selon les circonstances (il peut s'agir par exemple d'une obligation de renseigner l'acheteur sur le type d'œuvre, sa qualification d'originale ou de copie, et l'éventuelle existence de copies sur le marché). On note toutefois une tendance à les amplifier, en particulier dans les contrats présentant une dissymétrie dans le pouvoir de négociation, dans l'information ou l'expertise des parties appelée un correctif<sup>46</sup>. Si cette tendance à les amplifier est critiquable pour la sécurité du droit, le vendeur prudent tâchera d'inclure un maximum d'information dans le contrat de vente ou les conditions générales. Ainsi, on pourra considérer qu'il n'existe pas d'assymétrie particulière entre un expert acheteur et une galerie, de sorte que la galerie n'aura aucun devoir de renseignement spécifique (ou un devoir limité). En revanche, il existe une certaine assymétrie entre l'acheteur occasionnel face et une grande maison de vente aux enchères, de sorte que celle-ci devrait avoir un devoir de renseignement accessoire à la vente (ne serait-ce que par prudence pour éviter de se voir reprocher un manquement à son devoir de renseignement). Ce devoir sera réputé rempli, par exemple par l'inclusion d'informations dans le contrat de vente ou dans les conditions générales de vente (par exemple mention "*Vintage Print*", "*Modern Print*", "*Printed Later*", "*Estate Print*"), voire par actes concluants (p.ex. prix plus élevé comme indice d'une œuvre originale)<sup>47</sup>. A l'égard des biens culturels, il existe en outre un devoir de diligence spécifique (incluant un devoir de renseignement) (art. 16 LTBC).

Une quatrième question est enfin de savoir **quelle prétention peut être réclamée** par l'acheteur (réduction du prix ou résiliation du contrat) si l'œuvre n'a pas les qualités promises. Pour les contrats soumis au CO, l'acheteur réclamer à choix une réduction du prix ou la résolution du contrat (art. 205 al. 1 CO). En revanche, pour les contrats soumis à la CVIM, le droit à la résolution n'est ouvert que si la contravention au contrat est "essentielle" (art. 49 al. 1 CVIM, 25), autrement dit si le défaut concerne un élément essentiel du contrat qui entraîne une atteinte grave au but économique poursuivi par les parties (de telle sorte que l'acheteur n'a plus intérêt à l'exécution)<sup>48</sup>. La contravention pourra être réputée essentielle à l'égard de vente d'œuvres présentées comme originales et qui s'avèrent être des faux. La contravention ne sera en revanche pas nécessairement essentielle à l'égard d'une œuvre présentée comme copie d'une série limitée si des exemplaires surnuméraires viennent s'ajouter à la série. En somme, tout dépendra si l'exemplaire surnuméraire porte une atteinte économique grave à l'acheteur et, si tel n'est pas le cas, seule la réduction du prix pourra être réclamée.

---

<sup>44</sup> Mosimann / Müller-Chen, 1303.

<sup>45</sup> CR CO-I, Venturi, art. 201 N 8.

<sup>46</sup> CR CO-I, Thévenoz, art. 97-109 N 6.

<sup>47</sup> Mosimann / Müller-Chen, 1303.

<sup>48</sup> CR CO-I, Venturi, art. 206 N 30, citant TF, SJ 2001 304: retard dans la livraison; TF, RSDIE 1999 179: diminution de valeur de 23.5% de la marchandise défectueuse jugée insuffisante.

### 3. Exemplaaires surnuméraires fabriqués après l'achat: garantie indépendante (art. 111 ss CO)

Si les exemplaaires surnuméraires ont été fabriqués après l'achat, l'acheteur peut considérer que la fabrication et la vente des surnuméraires constituent une violation de l'engagement contractuel et demander soit la résiliation de la vente, soit des dommages-intérêts<sup>49</sup>. Avant de définir ces prétentions, il convient de qualifier l'engagement contractuel. S'agit-il d'une garantie pour les défauts au sens des art. 197 ss CO ou d'une garantie indépendante au sens des art. 97 ss CO?

Avec la **garantie pour les défauts** (art. 197 CO), le vendeur fait une promesse de qualité. S'il y a une divergence entre la qualité promise et la chose livrée, l'acheteur peut considérer qu'il y a un défaut et intenter l'action en garantie (art. 205 CO). Cette prétention a par ailleurs une prescription de 2 ans après la livraison du bien à l'acheteur (art. 210 CO)<sup>50</sup>, sous réserve d'une prescription spécifique modifiée conventionnellement ou à l'égard des biens culturels (art. 196a CO). Si la prétention est admise, l'acheteur peut, à choix, faire résilier la vente en exerçant l'action rédhitoire, ou réclamer par l'action en réduction du prix une indemnité pour la moins-value (art. 205 al. 1 CO). La promesse de qualité concerne toutefois généralement une propriété inhérente à la chose au moment du transfert des risques<sup>51</sup> (sous réserve du cas où le vendeur s'engage à assurer ultérieurement une qualité promise, p.ex. lorsqu'il est tenu d'un devoir de montage)<sup>52</sup>, alors que les surnuméraires consistent en un défaut subséquent à la vente puisqu'ils sont fabriqués après la vente. Il convient donc de la rejeter et d'analyser la garantie indépendante.

Avec la **garantie indépendante** (art. 97 ou 111 CO), le vendeur promet, par un engagement contractuel indépendant allant au-delà du régime légal, un résultat souvent de nature économique, en particulier un nombre limité d'exemplaaires. En d'autres termes, il s'agit d'un engagement de l'artiste de renoncer à produire davantage d'exemplaaires (*i.e.* d'exercer les droits d'auteur de reproduction) (art. 97 ss CO) ou d'une promesse de l'acheteur des faits d'autrui (*i.e.* que l'artiste renonce à produire davantage d'exemplaaires) (art. 111 CO). Un tel engagement peut poser des questions de validité puisqu'il pourrait être considéré comme excessif. Il est certainement valable car il porte sur une seule œuvre, et non sur une renonciation générale, non sur la liberté générale de création de l'artiste. En cas de divergence entre le nombre d'exemplaaires promis et le nombre d'exemplaaires réellement fabriqués et vendus, l'acheteur peut ainsi, après avoir fixé un délai au vendeur pour remédier au défaut, réclamer des dommages-intérêts en intentant l'action en inexécution (art. 97 CO) ou la résiliation du contrat (art. 109 CO). Contrairement à la prescription de l'action en garantie, cette prétention est soumise à la prescription usuelle de 10 ans (art. 127 CO).

**Interpréter l'étendue de la garantie indépendante** n'est pas toujours aisé. Lorsque l'artiste s'engage (expressément dans le contrat de vente ou via le certificat d'authenticité) à limiter les exemplaaires quant au nombre, la date, la taille et le matériel ("*tout tirage, toute date, tout format et tout support confondus*"), ce qui est plutôt rare en pratique, il sera engagé contractuellement à ne pas produire davantage d'exemplaaires pour la même œuvre. Lorsque cet engagement n'est pas précisé (p.ex. seule la date, le nombre d'exemplaire ou le matériel est mentionné, sans autre précision), il est difficile de tracer la limite entre les exemplaaires autorisés et les surnuméraires non-autorisés (p.ex. un exemplaire reproduit l'année suivante dans un autre format). Par exemple pour les tirages photographiques, il est courant qu'un photographe considère que la limitation de la série n'est pas absolue: pour certains photographes, la limitation du tirage concerne un format et/ou un support spécifique décrit sur le certificat, et un tirage dans une autre format et/ou support est une nouvelle œuvre, faisant partir une nouvelle série. De même la limitation concernant la date pourrait être interprétée comme une limitation à une année spécifique, et un tirage l'année suivante ferait partir une nouvelle série. Ces zones d'ombres autour du nombre de tirages peuvent donc créer des problèmes juridiques. Si l'acheteur croit acheter une photographie limitée à 5 tirages mais que le photographe en a tiré 10, il pourrait estimer que la valeur de sa photographie est diluée.

---

<sup>49</sup> Tricoire.

<sup>50</sup> ATF 96 II 115 c. 2b ; CR CO-197 N 20.

<sup>51</sup> ATF 96 II 115 c. 2b.

<sup>52</sup> CR CO-I, Venturi, art. 197 N 20.

La limite s'appréciera au cas par cas selon **les règles usuelles d'interprétation**, soit l'interprétation subjective (volonté réelle des parties)<sup>53</sup>, subsidiairement objective des parties (volonté présumée de parties selon le principe de la confiance)<sup>54</sup>. Puisque la garantie indépendante correspond à une renonciation à exercer les droits d'auteur de reproduction, la limitation sera aussi interprétée selon la règle spécifique d'interprétation du droit d'auteur, en vertu de laquelle l'auteur ne cède pas plus de droits d'auteur que le but du contrat ne l'exige (théorie de la finalité) (art. 16 al. 2 LDA)<sup>55</sup>. Ainsi, **dans le doute** quant à l'étendue de l'engagement, l'artiste pourrait considérer que l'absence de référence à une série ou la mention d'une année le permet de faire partir une nouvelle série l'année suivante. Il paraît approprié d'autoriser l'artiste à reproduire davantage d'exemplaires, au moins les années suivantes et/ou dans un autre matériau pour autant qu'il ne soit pas expressément interdit à le faire et que ces différences soient clairement indiquées dans les nouveaux exemplaires (p.ex. sur l'exemplaire ou le certificat d'authenticité). Il paraît également approprié de l'autoriser à produire des exemplaires dans un autre format pour autant que ce format soit suffisamment différent du format initial (p.ex. 13x13 contre 40x60 contre 76x115). Un format légèrement altéré (p.ex. 40x60 contre 45x68) devrait être par contre interdit.

#### 4. Réduction du prix et dommages-intérêts

Ci-après, nous nous permettons d'évoquer quelques pistes de réflexion pour quantifier la prétention et de renvoyer aux chapitres topiques pour le surplus<sup>56</sup>. Avec les deux actions, l'acheteur peut demander la résiliation du contrat ou une réduction du prix (art. 197 ss) respectivement des dommages-intérêts pour inexécution (art. 97 ss). Dans les deux cas, l'acheteur pourra réclamer la diminution de valeur de son exemplaire en raison du surnéraire. Mais comment prouver cette diminution de valeur ?

Chacune des actions suppose ainsi une diminution de la valeur de l'exemplaire acquis<sup>57</sup>. Relevons d'emblée que, si tout exemplaire vendu comme un "original" et s'avérant une copie entraîne en principe une diminution de valeur, tout surnéraire n'entraîne pas nécessairement une diminution de valeur de l'exemplaire acquis: en fonction de l'acquéreur du surnéraire, la valeur des autres exemplaires peut augmenter ou diminuer. Lorsque l'acquéreur du surnéraire est un grand musée ou collectionneur, la valeur augmente. Il n'y a donc aucune diminution de valeur et aucune prétention à faire valoir. Lorsque l'acquéreur du surnéraire est en revanche un inconnu, la valeur des autres exemplaires est en principe diluée et diminue proportionnellement. Dans une telle hypothèse, l'acheteur initial a donc une prétention.

Ceci étant posé, il faut ensuite distinguer entre la garantie pour les défauts (art. 197 ss CO) et la garantie indépendante (art. 97 ss CO). Avec la **garantie pour les défauts** (art. 197 ss CO), la réduction du prix doit être opérée en proportion de la moins-value. Le prix convenu est présumé correspondre à la valeur objective de la chose, sauf preuve du contraire. On pourrait alors considérer qu'en principe chaque surnéraire entraîne une dilution des autres exemplaires, dont le montant serait proportionnelle au nombre d'exemplaires déjà existants. A titre d'exemple, si chaque exemplaire limité à 10 a été vendu CHF 10'000 chacun et qu'un surnéraire est vendu CHF 10'000, la dilution de chaque exemplaire correspondrait à la valeur du surnéraire (CHF 10'000) divisée par le nombre d'exemplaires (10), de sorte que chaque exemplaire subirait une diminution de valeur de CHF 1'000. La difficulté est qu'il peut exister des contre-exemples, lorsque le surnéraire n'entraîne pas de perte de valeur mais au contraire augmente la côte de

<sup>53</sup> Pour une illustration, voir TC Fribourg, sic! 2003, 694. Cf. aussi TF du 23 avril 2013, 4A\_643/2012, consid. 3.1 ; ATF 125 III 305, consid. 2b et les références.

<sup>54</sup> ATF 132 III 268, consid. 2.3.2 ; ATF 126 III 59, consid. 5 a)-b), JdT 2001 I 144 ; ATF 125 III 305, consid. 2b et les références. Voir également TF du 08 mai 2008, 4A\_104/2008, consid. 4.2.

<sup>55</sup> TF du 23 avril 2013, 4A\_643/2012, consid. 3.1 et les références. Cette règle d'interprétation (in dubio pro auctore), développée par la jurisprudence sur la base de l'art. 16 al. 2 LDA et en raison de la position de l'auteur partie souvent faible au contrat, doit être nuancée: d'abord la jurisprudence tend ces dernières années à l'appliquer de manière autonome plutôt au détriment des auteurs et en faveur des employeurs (cf. TF du 8 mai 2008, 4A\_104/2008, consid. 4.2; Obergericht Zurich, jugement du 29 janvier 2009, consid. 3.1, sic ! 2011, 228; Cour civile de Bâle-Ville, jugement du 20 janvier 2004, sic ! 2004, 491, consid. 2b; Tribunal d'arrondissement d'Unterrheinthal, jugement du 14 février 2002, sic ! 2002, 591, consid. II.4. Ensuite, il convient d'appliquer cette règle uniquement comme complément à l'interprétation objective et si les circonstances l'exigent.

<sup>56</sup> [Cf. Müller/Chen Markus/Renold Marc-André, Chapitre 6.3].

<sup>57</sup> CR CO-Venturi, art. 206 N 31. La réduction du prix doit être opérée en proportion de la moins-value (méthode relative, CVIM 50) sans qu'il soit exigé que la moins-value soit inférieure au prix (art. 205 al. 3 CO).

l'artiste. Tel peut être le cas lorsque le surnéraire est vendu à une collection ou un musée prestigieux. L'opération sur le surnéraire fera alors certainement prendre de la valeur à l'artiste et aux autres exemplaires, de sorte qu'il n'y aura pas de moins-value à faire valoir.

Avec la **garantie indépendante** (art. 97 ss CO), l'acheteur qui se plaint d'une violation contractuelle a en principe droit à l'indemnisation de son intérêt positif au contrat (*Erfüllungsinteresse*), autrement dit de son intérêt à l'exécution régulière et complète du contrat (*dommages-intérêts positifs*)<sup>58</sup>. L'acheteur doit être placé dans la même situation qui serait la sienne si son débiteur avait exécuté le contrat conformément aux modalités prévues. Il s'agira en particulier de la *valeur* de la prestation inexécutée (moins-value résultant d'une opération de remplacement), du *gain manqué* sur l'exploitation économique ou commercialisation subséquente de la prestation, du *dommage* causé à d'autres biens du créancier en raison de la prestation inexécutée, des frais nécessaires pour faire expertiser le dommage ou des frais résultant de l'écoulement du temps entre la survenance du dommage et le règlement de l'indemnité (intérêt compensatoire)<sup>59</sup>. Ainsi, contrairement à la garantie pour les défauts qui donne droit à une réduction du prix (en proportion à la moins-value), on pourrait imaginer qu'un acheteur plaide différents postes avec la garantie indépendante: d'une part la réduction du prix (en proportion à la moins-value selon la même méthode que pour l'action en garantie) et, d'autre part, éventuellement aussi le gain manqué lors de la revente de l'exemplaire à un prix inférieur à celui escompté et/ou une éventuelle perte de valeur de sa collection.

## V. Conclusion: proposition de définitions

En **conclusion**, par souci de cohérence entre les différentes définitions (légales et économiques) et pour éviter tout abus ou malentendu dans le marché de l'art, nous recommandons d'utiliser les définitions suivantes: "*original*" renvoie à l'œuvre originale unique réalisée par l'artiste lui-même ou sous sa supervision, "*copie*" à toute reproduction de l'original (peu importe le format), "*tirages authentiques*" aux copies réalisées par l'artiste lui-même de son vivant et "*tirages posthumes*" aux copies réalisées par un tiers après son décès. Enfin les "*faux*" renvoient aux productions faites par des tiers et portant le nom de l'artiste<sup>60</sup>.

\* \* \*

---

<sup>58</sup> Sauf motif de réduction de l'indemnité, en particulier parce que le lésé a contribué à créer le dommage ou à l'augmenter (art. 44 al. 1 CO par renvoi de l'art. 99 al. 3) ou lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur (art. 99 al. 2 CO). Cf. CR CO-I, Thévenoz, Art. 97 N 33.

<sup>59</sup> CR CO-Thévenoz, Art. 97 N 34.

<sup>60</sup> Cf. Benhamou, Posthumous replications, 164, contribution dans laquelle l'auteur a déjà fait ces propositions.