

UNIVERSITÉ PARIS NANTERRE

UFR Droit Sciences Politiques
200 avenue de la République
92001 Nanterre Cedex

Mémoire de fin d'études

Master 2 Bilingue des Droits de l'Europe
Parcours Common Law
Droit des Affaires

Louise Carron

**LE STATUT JURIDIQUE DU STREET ART
EN FRANCE ET AUX ÉTATS-UNIS**
Is copyright for « losers^{©TM} » ?

Sous la direction de :

Monsieur Régis Chemain, Maître de Conférence (HDR)

Responsables universitaires :

Madame Clémentine Boriès, Maître de Conférence (HDR)

Madame Katrin Deckert, Maître de Conférence

Année universitaire :

2018-2019

REMERCIEMENTS ET AVANT-PROPOS

L'auteur tient à remercier :

Monsieur Régis Chemain pour ses conseils tout au long de l'année,
Les artistes In Love, Matt_tieu et Ardif pour leurs témoignages,
Les Princesses pour ces cinq ans de soutien mutuel,
Abby, Anik, Irina, and Olivia for their thoughtful and patient guidance.

Pour reprendre les mots de Simone de Beauvoir, « il y a quelque chose dans l'air de New York qui rend le sommeil inutile. » Ces derniers mois passés à arpenter cette jungle urbaine ont confirmé ma passion pour le droit de l'art et ont nourri mon intérêt pour le Street Art, qui bourgeonne dans les rues newyorkaises et parisiennes. C'est naturellement que je me suis penchée sur son aspect juridique et, grâce aux témoignages de trois artistes, j'ai pu prendre conscience des problèmes qu'ils rencontrent au quotidien. Ce mémoire leur est donc dédié, à eux qui agissent dans l'illégalité pour le plaisir de créer et de faire sourire. #FightForStreetArt

SOMMAIRE

Remerciements et Avant-Propos.....	ii
Sommaire	iii
Introduction	1
PARTIE 1. Le Street Art : un statut actuel incertain.....	7
Section 1. Un acte de dégradation et d'intrusion.....	7
Section 2. Un acte de création : une œuvre de l'esprit pourtant protégeable	14
PARTIE 2. De la nécessité d'un régime <i>sui generis</i> pour le Street Art.....	18
Section 1. Une protection nécessaire au vu des difficultés d'exercice des droits d'auteur	19
Section 2. Une institutionnalisation contraire à l'esprit du Street Art.....	32
Conclusion.....	38
Annexes	41
Glossaire.....	50
Synthèse.....	52
Bibliographie.....	66
Table des matières	74

INTRODUCTION

1. « Copyright is for losers©™ » écrit Banksy, le street artist à l'identité secrète le plus connu au monde (*Figure 1*). Le terme « Street Art », anglicisme que nous utiliserons tout au long de ce mémoire, fait référence à l'acte de création artistique qui intervient dans la rue, le plus souvent en toute illégalité. Écrire sur les murs n'est pas un phénomène récent : on pense aux grottes de Lascaux, aux hiéroglyphes de l'Égypte antique, ou aux ruines de Pompéi. Plus récemment, le graffiti est apparu dans les rues de New York dans les années 1970 et s'est répandu dans les grandes villes d'Europe dans les années 1980-1990.¹ Le Street Art englobe les textes et images réalisées dans la rue. Les techniques, les styles et les supports sont tellement divers qu'il est impossible d'en faire une typologie : les graffeurs peuvent utiliser un mur, un banc, ou encore une boîte aux lettres comme support, et l'aérosol, la peinture, la craie, ou la colle comme matériaux. Aujourd'hui, on distingue généralement le tag, « une simple signature réalisée au feutre ou à la peinture, dont la graphie est travaillée, élaborée, »² historiquement utilisé par les gangs pour marquer un territoire ; le graffiti, réalisé uniquement à la peinture ; le pochoir ; le sticker ; l'affiche et la fresque. C'est un art crée « *by the people, for the people,* »³ avec son propre langage, ses propres conventions et qui s'inspire souvent de la culture locale et contemporaine.⁴

2. Ce qui distingue le Street Art des autres mouvements artistiques est « l'éphémérité [sic], la gratuité, l'interactivité, la participativité [sic], le multimédia, l'absence de règles et la diffusion virale. »⁵ Œuvre d'art pour certains, acte de vandalisme pour d'autres : ce mémoire s'intéressera aux rues de Paris, New York et San Francisco, afin d'analyser le vide juridique autour du Street Art en France et aux États-Unis. Essayons d'en expliquer les caractéristiques avant d'exposer les problèmes juridiques. Pour reprendre les mots de Charlotte Gré, le Street Art est avant tout « public, éphémère et illégal. »⁶

¹ Pour aller plus loin : M. Liebaut, « L'artification du graffiti et ses dispositifs », *De l'artification. Enquêtes sur le passage à l'art*, Éditions des Hautes Études en Sciences Sociales, 2012, pp. 151-69.

² C. Copain, « Street art et le droit français : entre réprobation et bienveillance », *Les Cahiers de droit*, 2017, Vol. 58, no. 1-2, p. 281.

³ Formule empruntée à Abraham Lincoln dans son Discours à Gettysburg, le 19 novembre 1863.

⁴ Voir par exemple l'artiste Escif qui utilise la réalité augmentée dans ses graffitis : J. Palumbo, « Street Artist Escif is using augmented reality to challenge the boundaries of graffiti », *Artsy*, 30 août 2018, accessible sur <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-street-artist-escif-augmented-reality-challenge-boundaries-graffiti> (visité le 4 septembre 2018).

⁵ C. Guémy (dit « C215 »), *La Monographie*, 2015, Albin Michel, p. 116.

⁶ C. Gré, *Street art et droit d'auteur. À qui appartiennent les œuvres de la rue ?*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 9.

3. C'est d'abord un art public, accessible aux passants et non confiné aux murs d'un musée ou d'une galerie (en théorie). L'œuvre comporte parfois un message politique, social ou contestataire. « S'il s'agit souvent de déranger [...], c'est fréquemment de manière humoristique ; malgré la complexité, l'âme du Street Art tient peut-être, finalement, à son côté acidulé, décalé, ironique. »⁷ On pense à Cryptograffiti (*Figure 2*) parmi ceux qui critiquent le capitalisme et la société de consommation. L'artiste français Ardif utilise le collage dans un style particulier (*Figure 3*) et souhaite accélérer la prise de conscience « de l'artificialisation de la nature par un progrès technique non maîtrisé. »⁸ D'autres artistes agissent dans l'unique objectif de faire sourire, tel In Love, qui dessine des feuilles et des cœurs sur les murs de Paris (*Figure 4*) afin de faire un clin d'œil, une déclaration d'amour à sa « Nana. »⁹ C'est une manière de dire que l'artiste était là, de laisser une trace de son passage, comme l'illustrent les stickers de BNE (*Figure 5*).

4. C'est ensuite un art éphémère et gratuit. L'artiste agit en pleine conscience du risque de destruction par les autorités, les intempéries, les propriétaires, par d'autres artistes ou par ceux qui souhaitent en tirer un profit. La technique utilisée par l'artiste en joue : l'artiste Matt_tieu utilise la craie comme une manière de rendre ses œuvres inévitablement vouées à disparaître (*Figure 6*). C'est un don à la communauté, souvent sans contrepartie pour l'artiste, à part le relai sur les réseaux sociaux, source de notoriété. La multiplicité des moyens d'expression et des supports lui permet de se construire un style particulier, reconnaissable le temps d'une photographie. Aujourd'hui, un véritable débat divise le public et les professionnels de l'art, que Didier Guével explique par les termes suivants : « pour certains, les peintures doivent rester là où on les a faites, à la vue de tous et non faire leur entrée dans un marché de l'art. Mais pour d'autres, au contraire, il n'y a aucune raison pour que cette forme artistique ne s'insère pas, comme toutes les autres, dans les circuits d'échanges à titre onéreux. »¹⁰ On pense aux œuvres de Banksy souvent retirées, recouvertes ou dégradées en quelques jours.¹¹ Certaines se

⁷ D. Guével, « La juridicisation du Street Art : hymne de gloire ou requiem ? », *Droit(s) et Street Art. De la transgression à l'artification*, L.G.D.J., 2016, p. 17.

⁸ Voir
INTERVIEWS, p.43.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ D. Guével, *op. cit.*, p. 20.

¹¹ Voir par ex. : E. Jardonnet, « Banksy prend Paris pour cible et comme terrain de jeu », *Le Monde*, 26 juin 2018, accessible sur https://www.lemonde.fr/arts/article/2018/06/25/banksy-prend-paris-pour-cible-et-comme-terrain-de-jeu_5321085_1655012.html (visité le 1^{er} août 2018).

retrouvent vendues aux enchères,¹² dans un cadre ironique et surréel : les invités « sirotent du champagne Taittinger et écoutent de la *house*, le tout en admirant l'œuvre récemment encadrée, sous la surveillance de deux gardes. »¹³ Pour y faire face, certains entreprennent de les protéger *in situ* sous du plexiglass, remettant en question leur aspect éphémère (*Figure 7*). D'autres entreprennent de les retirer afin de les sauver de la destruction ou des ventes aux enchères, et de les mettre à l'abri dans un musée (*Figure 8*).¹⁴ Mais n'est-ce pas dénaturer l'œuvre que de la protéger ou de la retirer de la rue ?

5. C'est enfin un art illégal, réprimé par le droit pénal. Qu'il soit qualifié de vandalisme, i.e. la dégradation volontaire de la propriété d'autrui, ou érigé en infraction autonome, « le fait que les peintures murales aient été, un peu partout dans le monde, réprimées, souvent assez sévèrement, a créé une sorte de jeu et de surenchère en vue de narguer les autorités. »¹⁵ C'est un processus de création sous adrénaline, d'autant plus lorsqu'il a lieu dans des conditions physiques dangereuses. On pense aux artistes qui opèrent de nuit, risquant de se faire renverser par un train ou de tomber dans le vide. Face à cette illégalité, on observe un nombre grandissant d'artistes qui créent sur commande ou avec l'accord du propriétaire du support, donnant lieu à des œuvres souvent plus élaborées (*Figure 9*). Le Street Art est désormais fortement encouragé par les mairies, les entreprises ou les particuliers, mettant des bâtiments à la disposition des artistes et agissant ainsi comme mécènes.¹⁶ Illégal en théorie, le Street Art est aujourd'hui perçu comme un moyen de revitaliser un bâtiment défraîchi, d'attirer les touristes amateurs d'art et de redynamiser un quartier. Certains auteurs opèrent une distinction juridique entre le simple tag, qui constitue un acte de vandalisme pur, le graffiti, œuvre reconnue pour sa valeur artistique, et la fresque, produite sur commande.¹⁷ On assiste alors à une hiérarchisation des œuvres, ce qui paraît peu recommandable dans la mesure où cela revient à porter un jugement sur leur valeur artistique.

¹² Voir par ex. : J. Le Bras, « Une œuvre de Banksy volée puis vendue aux enchères », *Libération*, 19 février 2014, accessible sur http://next.liberation.fr/arts/2014/02/19/une-oeuvre-de-banksy-volee-puis-vendue-aux-encheres_981408 (visité le 2 août 2018).

¹³ S. Reyburn, « Disputed Banksy Mural Sells for More Than \$1.1 Million », *Bloomberg*, 3 juin 2013, accessible sur <https://www.bloomberg.com/news/articles/2013-06-02/disputed-banksy-mural-sells-for-more-than-1-1-million> (visité le 2 août 2018) : à propos d'un Banksy dérobé à Londres et apparu aux enchères à Miami quelques mois plus tard (traduction de l'auteur).

¹⁴ Pour aller plus loin : voir le documentaire de C. M. Day, *Saving Banksy* (2017).

¹⁵ D. Guével, *op. cit.*

¹⁶ Voir par ex. : R. Azimi, « Immobilier : des promoteurs privés font une place à la création artistique », *Le Monde Économie*, 29 déc. 2015, accessible sur https://www.lemonde.fr/economie/article/2015/12/29/immobilier-des-promoteurs-privés-font-une-place-a-la-creation-artistique_4838888_3234.html (visité le 2 août 2018).

¹⁷ C. Copain, *op. cit.*

6. Que l'œuvre ait été créée de manière légale ou non, les artistes font face à trois problèmes fondamentaux : (1) la destruction de l'œuvre, la recouverte ou la démolition du bien sur lequel elle est réalisée, (2) la reproduction et l'appropriation commerciale d'une œuvre sans l'accord de son auteur, et (3) le vol et, parfois, la mise en vente de l'œuvre sur le marché de l'art, dans une galerie ou dans une maison de ventes aux enchères. Dans ces situations, les intérêts de l'artiste et ses droits sur son œuvre sont remis en cause par l'aspect « illégal » de celle-ci. Il leur est souvent reproché que puisque l'œuvre a été créée en violation de la loi, elle est dans le domaine public, i.e. libre de droit. C'est là une application trop restrictive de l'adage *ex turpi causa non oritur actio* (nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude), ou doctrine des *unclean hands* aux États-Unis. Du point de vue des entreprises, des collectionneurs ou autres individus profitant du Street Art, les artistes agissent (1) dans l'illégalité et renoncent de fait à leurs droits d'auteur, et (2) dans un but non-lucratif, donc demander une compensation serait malvenu. Or l'aspect illégal du processus créatif n'est nullement un obstacle à la protection d'une œuvre par des droits d'auteur, en France comme aux États-Unis. Cependant, les droits d'auteur qui en découlent sont quelque peu différents dans les deux pays : il est primordial de s'arrêter ici sur l'analyse théorique du droit d'auteur en France et aux États-Unis, afin de comprendre leurs spécificités.¹⁸

7. Le comparatiste distingue souvent le régime du droit d'auteur continental et le *copyright* anglo-saxon. La France a très tôt reconnu des droits intangibles aux auteurs de créations originales, perçues comme l'extension de la personnalité de l'auteur. Appliquée au Street Art, l'approche française dite « sociale » appréhende l'œuvre comme un miroir reflétant les idées et le travail de l'artiste et préconise de protéger simultanément l'œuvre et l'artiste. Le Code de la propriété intellectuelle, complété par la Directive européenne 2001/84/CE sur le droit de suite,¹⁹ constitue le cadre législatif des droits d'auteur. Traditionnellement, on distingue (1) les droits d'ordre patrimonial, qui permettent à l'auteur et à ses ayants-droits d'autoriser la reproduction et publication de l'œuvre, jusqu'à 70 ans après la mort de l'auteur et (2) les droits moraux, dont la France fut pionnière en la matière, qui affèrent personnellement à l'auteur. Ils ont la

¹⁸ Pour aller plus loin : F. Benhamou, J. Farchy, *Droit d'Auteur et Copyright*, Paris, La Découverte, 3^e éd., 2014.

¹⁹ Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, transposée en droit français par la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF du 3 août 2006.

particularité d'être perpétuels, imprescriptibles et inaliénables, parmi lesquels le droit au respect de l'esprit et de l'intégrité de l'œuvre.

8. Par opposition, les États-Unis préfèrent une approche économique des droits d'auteur (*copyright* au sens large), en ce qu'ils sont liés à l'effort créatif de l'auteur. Sous l'influence de John Locke, ils ont une valeur constitutionnelle et existent « *to promote the Progress of Science and useful Arts.* »²⁰ Le système des droits d'auteur est avant tout une incitation pour « celui qui assume le risque économique en prenant en charge le financement de la création. »²¹ Autrement dit, il faut protéger l'artiste pour l'encourager à créer et pour garantir l'innovation, ce qui a été formellement reconnu dans le *Copyrights Act* de 1976.²² L'œuvre d'art existe donc indépendamment de l'artiste, raison pour laquelle les droits moraux de celui-ci sont reconnus séparément dans le *Visual Artists' Rights Act* de 1990²³ (« VARA ») et sont définis très limitativement par rapport à la France. Par ailleurs, la théorie économique américaine prend également en compte l'intérêt public : par l'exception du *Fair Use*,²⁴ qui laisse une marge d'interprétation au juge, le législateur a souhaité faciliter l'accès à la culture par le plus grand nombre, tant que l'usage qui est fait de l'œuvre répond aux objectifs et conditions prévus par la loi. Il ressort de la comparaison que le « droit d'auteur continental conçu comme un droit naturel, les prérogatives du titulaire sont définies de manière suffisamment souple afin que le juge exalte les droits du propriétaire. [...] Ces mêmes magistrats, en revanche, se trouvent contraints lorsqu'il s'agit d'examiner une exception. Dans le *copyright* [...] les droits du propriétaire sont limitativement définis, et le juge, grâce au mécanisme du *Fair Use*, peut libérer des espaces de liberté aux utilisateurs. »²⁵

9. Mais si la France et les États-Unis présentent des différences philosophiques sur la fonction des droits d'auteur, le fond est sensiblement proche, en particulier grâce au processus d'harmonisation opéré par la Convention de Berne.²⁶ On retrouve une distinction primordiale opérée par le principe d'indépendance de la propriété corporelle et de la propriété

²⁰ Constitution des États-Unis de 1787, art. I, Sec. 8 : « promouvoir les Progrès de la Science et des Arts Utiles. » (traduction de l'auteur).

²¹ F. Benhamou, J. Farchy, *op. cit.*, pp. 9-10.

²² 17 U.S.C. § 101 et ss.

²³ Pub. L. No. 101-650, Title IV, 104 Stat. 5089, 5128 (1990), 17 U.S.C. § 106A.

²⁴ 17 U.S.C. § 107 ; voir *infra*.

²⁵ J.-M. Bruguère, *Le Droit du Copyright Anglo-Américain*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 12-13.

²⁶ Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle, Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Paris, 9 septembre 1886.

incorporelle.²⁷ D'un côté, le propriétaire du support meuble ou immeuble jouit du droit d'altérer ou détruire son bien²⁸ ; de l'autre, le propriétaire de l'œuvre dispose (1) du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction de son œuvre, et (2) du droit au respect de l'intégrité de sa création. Le conflit d'intérêts qui naît de l'illégalité de la création, des droits du propriétaire sur le support et des droits de l'artiste sur son œuvre est rarement tranché par le juge, la plupart des litiges étant résolue à l'amiable par manque de règles précises. Pour certains auteurs, le Street Art fait face à un vide juridique qu'il convient de combler par la loi et la jurisprudence.²⁹ Pour d'autres, le Street Art rentre dans les cases grises (*negative spaces*) du droit de la propriété intellectuelle,³⁰ en ce que rien ne l'empêche de subsister dans un contexte peu réglementé.

10. C'est dans ce contexte qu'il convient de se poser la question suivante : dans quelle mesure est-il nécessaire de reconnaître un statut juridique spécifique au Street Art ? Il s'agira de répondre à la question en revenant d'abord sur le régime incertain du Street Art tel qu'il est aujourd'hui (Partie 1), avant de s'interroger sur l'exigence de créer un régime *sui generis*, au regard du contexte actuel et de l'aspect pratique (Partie 2).

²⁷ C. propr. intell., art. L.111-3 ; 17 U.S.C. § 202.

²⁸ C. civ., art. 544.

²⁹ En ce sens : G. Goffaux-Callebaut, « Street art - À la croisée des droits », *Dalloz*, JAC 2016, n° 33, p. 35.

³⁰ Voir par ex. : C. Smith, « Street Art: An Analysis Under U.S. Intellectual Property Law And Intellectual Property's "Negative Space" Theory », 24 *DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.* 259, 2014.

PARTIE 1. Le Street Art : un statut actuel incertain

11. Tel qu'il existe aujourd'hui, le régime juridique applicable au Street Art paraît inadapté. Dans le contexte du droit pénal et du droit des biens, le Street Art constitue une atteinte au droit de propriété, pénalement répréhensible, en tant que destruction de la propriété d'autrui (Section 1). Malgré l'aspect illégal, l'œuvre semble éligible à une protection par des droits d'auteur (Section 2).

Section 1. Un acte de dégradation et d'intrusion

12. Juridiquement parlant, le Street Art est un acte de destruction, qui porte atteinte aux intérêts de l'État et du propriétaire du support. Le droit prévoit une punition pénale au titre du vandalisme (I). Parallèlement le droit des biens nous permettra de tenter de répondre à la question de la propriété de l'œuvre physique (II).

I. Droit pénal : le Street Art comme vandalisme

13. Aux yeux du droit pénal, une œuvre de Street Art réalisée sans le consentement du propriétaire du support constitue généralement un acte de vandalisme. Il faut noter qu'aux États-Unis, selon le principe du fédéralisme, les gouvernements étatiques sont libres d'adopter leurs propres lois pénales, et le Street Art est souvent réprimé au niveau local. Il est donc difficile d'établir un régime uniforme à tous les États. Mais la comparaison montre que le droit américain a tendance à punir l'acte, tandis que le droit français punit les conséquences, i.e. le dommage.

14. En France, l'infraction de vandalisme est définie à l'article 322-1 du Code pénal :

« La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende, sauf s'il n'en est résulté qu'un dommage léger.

Le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain est puni de 3 750 euros d'amende et d'une peine de travail d'intérêt général lorsqu'il n'en est résulté qu'un dommage léger. »

15. La doctrine française distingue les deux alinéas, en reconnaissant une infraction générale de la dégradation des biens à l'alinéa premier et une infraction spéciale à l'alinéa second, dédiée aux graffitis et aux tags, qui seront systématiquement punis d'une amende et d'une peine d'intérêt général.³¹ Le graffiti nécessitant une « inscription », l'infraction spéciale ne s'applique donc pas aux installations et aux sculptures ; on pense ici aux mosaïques de l'artiste Invader (*Figure 10*) ou aux vélos de Monsieur BMX (*Figure 16*). Les différences de répression entre la France et les États-Unis s'apprécient tant au regard du dommage requis (A), du support de l'infraction (B), que les moyens mis en place pour prévenir et lutter contre l'infraction (C).

A. Le dommage

16. Dans les deux alinéas de l'article 322-1 du Code pénal, on remarque que la qualification dépend du résultat : si aucun dommage n'a été causé, l'infraction ne sera pas constituée. L'importance du dommage permet également de faire passer l'infraction de contraventionnelle à délictuelle.

17. Le dommage « léger » est puni par une peine contraventionnelle de 5^{ème} classe de 1 500 euros.³² Mais si le dommage « léger » résulte de l'acte de « tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain, » le graffeur se verra puni d'une contravention de 3 750 euros et d'une peine d'intérêt général.³³ La gravité du dommage est une question de faits laissée à l'appréciation du juge.³⁴

18. L'alinéa premier de l'article 322-1 met en place une gradation des dommages plus graves : (1) l'acte de détérioration, où le bien est toujours utilisable mais dont la valeur a diminué considérablement, (2) l'acte de dégradation, qui rend le bien inutilisable, inapte à sa fonction, et (3) l'acte de destruction, où un dommage extensif fait que le bien n'existe plus en tant que chose.³⁵ Appliqué au Street Art, si l'acte de création (ou de destruction, selon le point de vue) rentre dans l'une de ces catégories, il sera érigé en délit puni de deux ans

³¹ P. Clermontel, F. Laville, « Street art - Entre transgression et consécration », *Dalloz*, JAC 2017, n°44, p. 37.

³² C. pén., art. R. 635-1.

³³ C. pén., art. 322-1 al. 2.

³⁴ Cass. crim., 23 juin 1999, n° 97-85.267, Bull. crim. n° 154, à propos de la constatation des faits de dégradation causé par un automobiliste à un autre véhicule mais sans préciser la gravité du dommage.

³⁵ M.-L. Rassat, cité par A. Montas, « Le graffiti, figure de la délinquance artistique : le *Street Art* à l'épreuve du droit pénal », *Droit(s) et Street Art. De la transgression à l'artification*, L.G.D.J., 2016., p. 47.

d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.³⁶ Par contraste, dans l'État de New York, l'infraction de vandalisme, existant sous la dénomination de « *criminal mischief* » est qualifiée par le montant des dommages causés à autrui.³⁷ La punition est globalement identique dans les États fédérés américains : la plupart recourent à l'amende, même si les montants varient ; les juges étatiques peuvent également utiliser leur pouvoir d'injonction pour ordonner aux graffeurs de nettoyer, réparer ou remplacer le bien.

B. Le support

19. Le vandalisme est une infraction commise sur la propriété d'autrui. L'article 322-1 al. 2 énumère limitativement les supports où l'infraction de graffiti doit avoir été commise : une façade, un véhicule, la voie publique ou le mobilier urbain. L'infraction générale ne distingue pas selon que l'immeuble soit privé ou public, mais ce sont les articles 322-3 et 322-3-1 qui en font des circonstances aggravantes, dont l'acte commis sur un immeuble historique ou sur un bien culturel, puni de 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende ; cependant, « il n'est pas certain que cette disposition pénale soit réellement dissuasive compte tenu notamment du caractère irrationnel des actes concernés. »³⁸ Similairement, certains États nord-américains punissent le vandalisme commis sur des supports particuliers, tels que les voitures, les églises ou les bâtiments publics ; l'élément commun à ces infractions est la possibilité de prouver l'autorisation du propriétaire pour contrer l'accusation.³⁹

C. La lutte pénale

20. Ce qui distingue les États américains est la mise en œuvre et la politique de lutte contre le graffiti. En France, on remarque l'insertion d'une circonstance aggravante qui semble cibler les « taggers » dans l'article 322-3, 7° du Code pénal : le fait de volontairement dissimuler son visage afin de ne pas être identifié pendant la commission de l'infraction sera puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende pour l'infraction générale de l'article 322-1 al. 1^{er}, et de 15 000 euros d'amende et d'une peine de travail d'intérêt général pour l'infraction

³⁶ C. pén., art. 322-1 al. 1^{er}.

³⁷ N.Y. Penal Law § 145.00-12.

³⁸ F. Chatelain et P. Taugourdeau, *Œuvres d'Art et Objets de Collection en Droit français*, Paris, LexisNexis, 2011, p. 87.

³⁹ Voir par ex. : *State v. Whittier*, 21 Me. 341, 341 (1842), à propos de la dégradation d'une propriété par le prévenu, ayant reçu l'autorisation par le propriétaire, alors que l'immeuble était en la possession d'un locataire.

spéciale de l'article 322-1 al. 2. Aux États-Unis, certaines localités préfèrent prévenir l'acte en limitant la vente des bombes aérosol, et d'autres imposent au propriétaire du bien vandalisé d'effacer le graffiti, à ses dépens, même si l'œuvre lui plaît ou lui paraît revêtue d'une quelconque qualité esthétique ou commerciale.⁴⁰

21. En théorie pénale, les mobiles artistiques du graffeur n'importent peu : on pense à Miss Tic (*Figure 11*) qui, en 1999 a été condamnée à 22 000 francs (3 385 euros) d'amende par le tribunal correctionnel pour un de ses pochoirs ; depuis, elle demande systématiquement l'autorisation au propriétaire des murs.⁴¹ Dans la pratique, le juge est plus tolérant⁴² : en particulier, l'utilisation d'un médium éphémère peut pousser le juge à retenir la qualification de contravention, dès lors que l'œuvre peut être retirée sans causer de dégradation. Si les inscriptions sont facilement lavables et n'altèrent pas le bâtiment dans sa substance, il est probable que le juge soit plus clément.⁴³ On pense aux dessins à la craie de Matt_tieu (*Figure 6*) ou à Monsieur Chat (*Figure 12*). Dans une affaire intentée par la SNCF, l'artiste (de son vrai nom Thoma Vuille) fut puni d'une amende de 500 euros, alors que le Parquet de Paris avait requis trois mois de détention ferme, pour avoir tracé sur un panneau de travaux dans la Gare du Nord.⁴⁴ Le juge a préféré fonder sa condamnation sur le « dommage léger » de l'alinéa 2 de l'article 322-1, en particulier parce que la cloison était provisoire et destinée à être recouverte. Il en ressort que le juge peut être plus clément envers le street artist qui fait des choix artistiques pour que l'œuvre soit effacée ou détruite facilement.

22. Il apparaît donc que le droit français distingue les infractions de vandalisme selon la gravité du dommage, alors que le droit américain est plus uniforme (malgré 50 législations différentes), en ce que les États préfèrent punir l'acte en tant que tel, puisqu'il porte atteinte aux intérêts supérieurs du propriétaire du support. C'est là un rappel au droit des biens et de la question de la propriété de l'œuvre.

⁴⁰ Voir par ex. : San Francisco Public Works Code, art. 23.

⁴¹ S. Sugier, « Graffeurs agrafés », *M Le Monde*, 6 octobre 2016, accessible sur https://www.lemonde.fr/m-actu/article/2016/10/06/graffeurs-agrafes_5008952_4497186.html (visité le 4 septembre 2018).

⁴² A. Montas, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁴³ Cass. crim., 23 juin 1953, Bull. crim. n° 220 ; *a contrario*, voir Cass. crim., 28 septembre 1970, D. 1971, 36.

⁴⁴ TC Paris, *SNCF c. Monsieur Chat*, 13 oct. 2016. Voir E. Jardonnet, « Trois mois de prison ferme requis contre l'artiste M. Chat », *Le Monde*, 22 sept. 2016, accessible sur https://www.lemonde.fr/arts/article/2016/09/22/trois-mois-de-prison-ferme-requis-contre-l-artiste-m-chat_5002028_1655012.html (visité le 5 octobre 2018).

II. Droit des biens : accession et propriété de l'œuvre physique

23. Le Street Art interroge également le droit des biens : à qui appartient l'œuvre matérielle faite sur le support d'un autre ? Est-ce un bien abandonné, un bien perdu, un don au propriétaire du support, ou un bien qui appartient *ab initio* au propriétaire du support ? Le flou juridique est certain, renforcé par l'absence de jurisprudence claire et l'importance des circonstances de faits.

24. Commençons par rappeler que le Street Art est une infraction au droit de propriété, qui est fondé sur le monopole du propriétaire quant à l'utilisation de son bien. En France, c'est un droit absolu et exclusif.⁴⁵ Dans la pensée américaine, le droit à la propriété privée fait partie des droits fondamentaux inhérents à la personne.⁴⁶ Il revient aux États fédérés d'ériger en infraction pénale ou en délit civil le fait d'atteindre à la propriété d'autrui. La typologie des propriétés est différente en France et dans les pays de Common Law : là où le droit français reconnaît un droit de propriété et des droits réels grevant celle-ci, le droit américain reconnaît des droits de propriété (*property rights*) au possesseur du titre, au possesseur du bien ou à des tiers, il n'y a pas d'unité de conception.⁴⁷ Cependant, le résultat est sensiblement identique dans les deux pays : celui qui a un intérêt sur un bien doit pouvoir empêcher les tiers d'empiéter sur celui-ci.

25. On peut distinguer trois mécanismes juridiques du droit des biens par lequel le propriétaire du support pourrait revendiquer une œuvre de Street Art laissée sur sa propriété : (A) l'abandon, (B) la donation et (C) l'accession, qui sont sensiblement proches de part et d'autre de l'Atlantique.

A. L'abandon

26. Une œuvre de Street Art pourrait être qualifiée de *res nullius*, de chose sans maître. Il faut d'abord distinguer l'abandon de la perte. D'une part, le bien involontairement perdu appartient toujours au propriétaire initial ; d'autre part, le bien volontairement abandonné sans esprit de retour (*res derelictae*) appartient à celui qui l'occupe au sens juridique. Une œuvre de Street Art ne peut pas être qualifiée de « perdue » en ce que l'artiste l'a volontairement créée sur le support d'un autre et l'a délibérément abandonnée. En droit américain, l'abandon requiert

⁴⁵ C. civ., art. 544 : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements. »

⁴⁶ J. Locke, *Traité du Gouvernement Civil*, 1690.

⁴⁷ Pour aller plus loin : M. Fromont, *Grands Systèmes de Droit Étrangers*, Paris, Dalloz, 2013, 7^e éd., pp. 154-57.

l'intention de transférer et l'indifférence du destinataire.⁴⁸ En ce qui concerne l'élément intentionnel, « il semble peu probable que les street artists laissent leurs œuvres sur la propriété d'autrui dans l'intention de la réclamer [...]. Ainsi, les street artists s'attendent probablement à ce que leurs œuvres finissent entre les mains d'un autre, pour être exposées, vendues aux enchères ou détruites. »⁴⁹ Les caractéristiques de l'abandon étant réunies, cela signifierait que ceux qui récupèrent une œuvre pour la revendre ne seront théoriquement pas qualifiés de voleurs. Mais il reste que l'intention de l'artiste ne peut être présumée et qu'il sera difficile de prouver la volonté d'abandonner l'œuvre du seul fait que l'artiste l'ait créée sur la propriété d'autrui.⁵⁰

B. La donation

27. Une œuvre de Street Art pourrait être qualifiée de don *inter vivos* au profit du propriétaire du support ou au public.⁵¹ En droit américain, le don requiert trois éléments : « (1) *intent on the part of the donor to make a present transfer of the property*; (2) *actual or constructive delivery of the gift to the donee*; and (3) *acceptance of the gift by the donee*. »⁵² On retrouve des conditions similaires dans l'article 894 du Code civil français. Le problème rencontré ici est l'absence d'un donataire certain au moment du transfert de la propriété de l'œuvre de Street Art : il est rare que l'artiste sache à qui l'œuvre reviendra et il n'y a pas d'acceptation simultanée par le destinataire, à l'exception des œuvres faites sur commande. C'est ainsi que la qualification de don doit être écartée.

C. L'accession

28. Définie comme le droit du propriétaire d'une chose sur tout ce qui s'unit à celle-ci, l'accession est une notion héritée du droit romain. Le concept existe en droit français et américain et serait la meilleure solution pour permettre au propriétaire du support de prétendre à des droits réels sur l'œuvre de Street Art.

⁴⁸ P. Salib, « The Law of Banksy : Who Owns Street Art ? », 82 U. Chi. L. Rev. 2293, 2015.

⁴⁹ *Ibid.*, § 2298 (traduction de l'auteur).

⁵⁰ Voir par ex : Cass. crim., 10 mai 2005, n° 04-85.349, Bull. crim. n° 145, p. 526 : le fait qu'une lettre ait été déchirée et jetée à la poubelle n'est pas suffisant pour prouver l'intention d'abandonner la chose, qui reste appropriée.

⁵¹ C. civ., art. 894.

⁵² *Bader v. Digney*, 864 NYS2d 606, 608 (NY App 2008) : « (1) l'intention du donneur d'effectuer un transfert de sa propriété ; (2) la remise réelle ou présumée du bien au donataire ; et (3) l'acceptation du don par le donataire. » (traduction de l'auteur).

29. En France, Jean-Baptiste Seube distingue les droits du propriétaire selon le support.⁵³

(1) **L'accession mobilière.** Si l'œuvre est appliquée sur un meuble, la théorie de l'accession mobilière par incorporation des articles 565 et suivants du Code civil trouverait potentiellement à s'appliquer. Les parties pourraient se prévaloir du système de l'incorporation, en prouvant l'adjonction,⁵⁴ la spécification⁵⁵ ou le mélange⁵⁶ de l'œuvre et du support, en fonction de la technique utilisée par l'artiste et de la possibilité de séparer les deux choses. Le propriétaire du tout devrait donc indemniser le propriétaire de la chose incorporée, proportionnellement à la perte subie par celui-ci. Cependant, une partie de la doctrine considère que cette théorie reste « du droit mort, jamais appliqué. »⁵⁷ Par ailleurs, le juge rechigne à appliquer ces articles aux œuvres de l'esprit.⁵⁸

(2) **L'accession immobilière.** Si l'œuvre est appliquée sur un immeuble, la réponse du droit est plus certaine, au vu de la théorie de l'accession immobilière par incorporation. Tirée de l'article 555 al. 1^{er} du Code civil, il en ressort que « lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit [...] soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever. » Le propriétaire de l'immeuble accèdera donc à la propriété de l'œuvre de Street Art apposée sur son bien et sera en droit d'interdire ou d'en exiger le retrait.

30. Aux États-Unis, la question du Street Art est généralement résolue sous les théories de l'intrusion (*trespass*) et de l'accession d'un bien meuble attaché à la propriété d'autrui (*fixture*). Un intrus, i.e. l'artiste qui empiète sur la propriété d'autrui, n'a aucun droit de retirer le bien meuble attaché, i.e. son œuvre d'art, à partir du moment où l'œuvre cesse d'exister en tant que chose personnelle et amovible (*chattel*) et est devenue partie intégrante à l'immeuble.⁵⁹ La ligne est généralement franchie (1) lorsque l'intrus n'avait aucune intention de venir récupérer son œuvre au moment de l'attachement, (2) lorsque la chose attachée augmente la valeur de

⁵³ J.-B. Seube, « Street Art et droit des biens », *Droit(s) et Street Art. De la transgression à l'artification*, L.G.D.J., 2016, pp. 55-57.

⁵⁴ C. civ., art. 566.

⁵⁵ C. civ., art. 570 et 571.

⁵⁶ C. civ. Art. 573.

⁵⁷ P. Malaurie et L. Aynès, cités par J.-B. Seube, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁸ CA Paris, 13 janv. 1993, D. 1993. IR. 90, « le droit d'accession mobilière ne s'applique qu'aux choses corporelles et matérielles et ne peut être invoqué lorsque deux droits de propriété incorporelle, tels que des droits d'auteur sont en cause. » ; Cass. civ. 1^e, 1^{er} déc. 2011, n° 09-15.819, RTD Civ. 2012 p.131., obs. T. Revet, à propos de plaques de zinc utilisées par Giacometti pour la réalisation de lithographies : « même si elle conservait la trace de l'œuvre, la plaque de zinc, simple moyen technique utilisé pour permettre la production des lithographies qui sont seules des œuvres originales, ne pouvait être elle-même qualifiée d'œuvre de l'esprit. »

⁵⁹ 1 Am Jur 2d Accession and Confusion § 5, 502. Voir par ex. : *Kirby Lumber Co. v. Temple Lumber Co.*, 83 SW2d 638, 646 (Tex 1935).

l'immeuble,⁶⁰ ou (3) lorsque la chose attachée n'est plus individualisable ou capable d'être retirée sans causer de dommage à la chose principale ou à la chose attachée.⁶¹ On retrouve ici le raisonnement de l'accession mobilière opérée par le Code civil français, mais appliquée aux immeubles. C'est une sorte d'entre-deux entre les théories françaises de l'accession mobilière ou immobilière, dans la mesure où le droit américain ne distingue pas selon que le support soit meuble ou immeuble, mais s'intéresse à la manière dont la chose a été annexée à la chose principale.

31. Il convient de noter que peu de street artists sont intéressés par revendiquer la propriété physique de leurs œuvres : c'est avant tout un don (au sens commun du terme) à la communauté. Par ailleurs, il existe des moyens d'éviter le casse-tête de l'illégalité et de la propriété corporelle. On pense en premier lieu aux œuvres faites sur commande, suite à un accord entre l'artiste et le propriétaire ; la doctrine parle à juste titre de « contractualisation » du Street Art.⁶² En second lieu, les artistes innovent dans leurs techniques pour éviter d'apposer leurs œuvres de manière permanente, tel que le Reverse Graffiti ou « clean tagging » : l'artiste Moose est le pionnier en la matière, il retire la saleté des murs ou autres surfaces pour créer des œuvres temporaires au message souvent écologique (*Figure 13*). Que l'œuvre ait été créée de manière légale ou non, se pose ensuite la question de la destruction d'une œuvre. Bien que l'artiste puisse peiner à revendiquer la propriété corporelle de son œuvre, il semble néanmoins qu'il dispose de droits de propriété intellectuelle sur celle-ci.

Section 2. Un acte de création : une œuvre de l'esprit pourtant protégeable

32. Pour reprendre notre prémisse, « *Copyright is for Losers*©™ » écrit Banksy. Pourtant, les œuvres de Street Art semblent éligibles à une protection par des droits d'auteur, en France comme aux États-Unis, libre à l'artiste de s'en prévaloir. « Généralement, l'auteur ne demande rien à personne. Il ne revendique pas un monopole, mais une liberté : celle d'exercer son art sans limites et sans tabous. »⁶³ Sans pouvoir facilement définir l'œuvre d'art au sens juridique,⁶⁴

⁶⁰ A. M. Squillante, « The Law Of Fixtures: Common Law And The Uniform Commercial Code », 15 Hofstra L. Rev. 191, 1987.

⁶¹ 1 Am. Jur. 2d Accession and Confusion § 3.

⁶² J.-B. Seube, *op. cit.*, p. 59.

⁶³ N. Blanc, « Art subversif et droit d'auteur : le Street Art peut-il être protégé par le droit d'auteur ? », *Droit(s) et Street Art. De la transgression à l'artification*, L.G.D.J., 2016, p. 62.

⁶⁴ Sur la difficulté de la définition juridique de l'œuvre d'art, voir l'affaire *Brancusi v. United States*, 54 Treas. Dec. 428 (Cust. Ct. 1928).

il est certain que certains graffitis, collages ou fresques peuvent être qualifiés de la sorte. À ce titre, l'auteur ou l'artiste disposerait donc aussi du droit de s'opposer aux atteintes à ses œuvres et à sa personnalité.⁶⁵

33. Depuis la Convention de Berne sur les droits d'auteur signée en 1886,⁶⁶ les pays signataires travaillent à une harmonisation de leurs régimes juridiques. En vertu de la Convention, la protection du droit d'auteur est automatique, à compter de la formalisation de l'œuvre.⁶⁷ Jusqu'à la ratification par les États-Unis en 1989, les titulaires ne pouvaient intenter une action en contrefaçon devant le juge américain que pour les œuvres enregistrées auprès du Copyright Office. Désormais, les auteurs originaires d'un pays étranger partie à la Convention ne sont plus soumis à la condition préalable de l'enregistrement, mais les auteurs américains le sont toujours. Il faut également noter que l'enregistrement permet de prétendre à des dommages-intérêts préétablis (*statutory damages*). C'est là une différence de traitement applicable au Street Art : le street artist américain devra d'abord enregistrer son œuvre aux États-Unis avant de pouvoir intenter une action en contrefaçon, condition inexistante en France.⁶⁸

34. Malgré ces différences de procédure, il reste que les conditions de fond du droit d'auteur sont identiques en France et aux États-Unis : seules les œuvres de l'esprit,⁶⁹ ou *work*,⁷⁰ peuvent être protégées par des droits d'auteur. L'exercice de qualification est ici périlleux : tout d'abord, l'œuvre doit rentrer dans une des catégories limitativement protégées par le droit d'auteur. En France, les œuvres de Street Art rejoignent la classification des œuvres « de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie » et des œuvres « graphiques et typographiques » de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle. Aux États-Unis, le Street Art se retrouve dans les « œuvres de peinture, des arts graphiques et de sculpture » de l'article 102(a) du Copyrights Act 1976.⁷¹ Ensuite, l'œuvre de l'esprit ainsi définie doit être (I) originale et (II) une œuvre de forme. Toutefois, le juriste remarquera que la loi ne requiert pas la licéité de l'œuvre pour que celle-ci soit protégée par des droits d'auteur (III).

⁶⁵ Pour aller plus loin : N. Walravens, *L'Œuvre d'Art en Droit d'Auteur, Forme et Originalité des Œuvres d'Art Contemporaines*, Paris, Economica, 2005.

⁶⁶ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, *op. cit.*

⁶⁷ *Ibid.*, art. 5.2.

⁶⁸ C. propr. intell., art. L. 111-1.

⁶⁹ C. propr. intell., art L. 112-1.

⁷⁰ 17 U.S.C. § 102(a).

⁷¹ *Ibid.* (traduction OMPI).

I. Une œuvre originale

35. L'originalité est une construction jurisprudentielle dans les deux pays, et reflète leurs philosophies du droit d'auteur.⁷² « Dans le cadre de la théorie des droits naturels, l'accent sera nécessairement mis sur la personnalité de l'auteur »⁷³ : en France (et dans l'Union européenne), la notion d'originalité entend que l'œuvre soit l'expression d'une création intellectuelle propre à l'auteur,⁷⁴ lorsqu'elle porte l'empreinte de la personnalité de celui-ci. « Dans l'environnement des théories de la récompense ou de l'incitation, les juges insisteront sur la nécessité de protéger l'investissement et/ou le travail attaché à l'œuvre »⁷⁵ : c'est ainsi qu'aux États-Unis, l'originalité d'une œuvre est relativement facile à démontrer, dès lors qu'il est prouvé que l'œuvre résulte d'un acte de création indépendante, démontrant un « degré minimal de créativité. »⁷⁶ Dans le domaine de l'art, la notion d'originalité implique que l'auteur aille « au-delà des stéréotypes du genre artistique dans lequel [les œuvres] s'inscrivent. »⁷⁷ Or il est admis que les artistes s'inspirent de ceux venus avant eux ; l'originalité *de minimis* d'une œuvre d'art signifie donc que l'œuvre ne soit pas copiée. Au vu du Street Art, certains tags ne sont pas suffisamment originaux (on pense aux simples noms ou mots), mais la ligne est facilement franchie : cela relève avant tout d'une appréciation *in concreto*.

II. Une œuvre de forme

36. La condition de l'existence d'une œuvre de forme est remplie lorsque l'œuvre est concrétisée, lorsqu'elle existe dans une forme dépassant la simple idée : « le droit d'auteur ne protège les créations dans leur forme sensible qu'autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication. »⁷⁸ La notion est sensiblement identique aux États-Unis, où la *fixation* signifie que l'œuvre doit exister de manière suffisamment permanente et tangible pour pouvoir être perçue, reproduite, ou communiquée.⁷⁹ En ce qui

⁷² En ce sens : A. Bensamoun, « L'œuvre de l'esprit, une question de qualification », *L'Œuvre de l'esprit en question(s)*, Mare & Martin, 2015, pp. 13-24.

⁷³ J.-M. Bruguière, *op. cit.*, p. 54.

⁷⁴ CJCE, *Infopaq International*, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, Rec. I. 6569.

⁷⁵ J.-M. Bruguière, *op. cit.*, p. 54.

⁷⁶ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 111 S Ct 1282 (1991).

⁷⁷ CA Paris, 7 mai 2014, RG n° 13/06889.

⁷⁸ Cass. com., 10 déc. 2013, n° 11-19.872, *Comm. com. électr.* 2014, comm. 13, note C. Caron.

⁷⁹ 17 U.S.C. § 102(a) : « La protection s'étend [...] aux œuvres de l'esprit originales fixées sous une forme tangible d'expression [...] qui permet de les percevoir, de les reproduire ou de les communiquer de toute autre manière, soit directement, soit à l'aide d'une machine ou d'un dispositif. » (traduction OMPI).

concerne le Street Art, la condition est facilement remplie en France, peu importe l'aspect éphémère. On pense notamment à l'artiste Christo qui a empaqueté le Pont-Neuf pendant 15 jours (*Figure 14*), œuvre reconnue par la Cour d'appel de Paris comme protégée par des droits d'auteur.⁸⁰ Aux États-Unis, la réponse est plus floue, au regard de l'exclusion de l'art conceptuel du champ de la protection des droits d'auteur.⁸¹ D'une part, les juges du 7^e Circuit ont déclaré un jardin comme « *lack[ing] the kind of authorship and stable fixation normally required to support copyright* »⁸² ; *a contrario*, le maquillage d'un acteur a été jugé suffisamment « fixé ».⁸³ Ici encore, il faudra apprécier la durabilité de l'œuvre aux regards des faits et de la technique utilisée par l'artiste.

III. L'absence d'une condition de licéité

37. On remarque donc que ni le droit français ni le droit américain ne conditionnent les droits d'auteur à la licéité de l'œuvre. En théorie, rien ne s'oppose à ce qu'une œuvre de Street Art soit protégeable par des droits d'auteur malgré son aspect « illégal », tant qu'elle est suffisamment originale.⁸⁴ Ce fut le raisonnement appliqué par la Chambre criminelle de la Cour de cassation quant aux œuvres pornographiques : les « œuvres de l'esprit sont protégées, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination » et « en l'absence de preuve de son caractère illicite, une œuvre pornographique bénéficie de la protection accordée par la loi sur la propriété littéraire et artistique. »⁸⁵ Le même principe a été énoncé par les cours fédérales des 5^e et 9^e circuits américains.⁸⁶ Une interprétation stricte de l'absence de la condition de licéité entraîne le juriste à considérer que le Street Art est alors éligible à des droits d'auteur. Tout comme la pornographie, la société considère que le Street Art est une pratique immorale ; mais ces activités ne devraient pas être écartées d'une protection intellectuelle au seul titre de des vices qu'elles représentent. Les acteurs pornographiques et les street artists sont donc des « auteurs » au sens de la propriété littéraire et artistique, dès lors qu'ils créent des œuvres de l'esprit.

⁸⁰ CA Paris, *Syigma c. Christo*, 13 mars 1986, *Gaz. Pal.* 1986, p. 239.

⁸¹ Z. K. Said, « Copyright's Illogical Exclusion of Conceptual Art », 39 *Colum. J.L. & Arts* 335, 2016.

⁸² *Kelley v. Chicago Park Dist.*, 635 F.3d 290, 303 (7th Cir. 2011) : « il manque les critères de la paternité et la fixation durable normalement requis par le droit d'auteur » (traduction de l'auteur).

⁸³ *Carell v. Shubert Org.*, 104 F. Supp. 2d 236 (S.D.N.Y. 2000).

⁸⁴ Il en est autrement pour le droit des marques ; voir C. prop. intell., art. L. 711-3, b et 15 U.S.C. § 1052.

⁸⁵ Cass. crim., 28 sept. 1999, n° 98-83.675.

⁸⁶ *Mitchell Bros. Film Group v. Cinema Adult Theater*, 604 F.2d 852, 858 (5th Cir. 1979) : « [the Copyrights Act 1909 contains] no explicit or implicit bar to the copyrighting of obscene materials, and as therefore providing for the copyright of all creative works, obscene or non-obscene, that otherwise meet the requirements of the Copyright Act. » ; *Jartech, Inc. v. Clancy*, 666 F.2d 403, 405-06 (9th Cir. 1982).

38. En pratique, peu de juges se sont aventurés à reconnaître expressément des droits d'auteur aux street artists. Dans la décision « Invader », le Tribunal de Grande Instance de Paris a reconnu l'originalité de l'œuvre dans les choix de technique (les carreaux de piscine) et dans l'emplacement (la rue).⁸⁷ C'est la seule décision française qui semble reconnaître des droits d'auteur aux street artists ; cependant, le fait que ce soit une décision de première instance limite sa portée, d'autant plus que la jurisprudence n'a pas le même effet créateur que dans les pays de Common Law.⁸⁸ Par ailleurs, la décision rappelle que le street artist ne pourra protéger un concept artistique ou une idée de libre parcours, tel que le « concept d'envahissement de la planète » prôné par Invader.⁸⁹ Enfin, le juge ne peut pas prendre en compte le mérite ou la valeur artistique de l'œuvre,⁹⁰ et devra s'abstenir de porter un quelconque jugement de valeur sur l'apport esthétique de l'œuvre, au risque de devoir d'abord définir ce qu'est l'art.⁹¹ Il en est de même aux États-Unis, au nom du principe de non-discrimination esthétique (*aesthetic non-discrimination principle*) énoncé par la Cour Suprême.⁹²

39. Ainsi, si le Street Art est une pratique illégale *prima facie*, il semble néanmoins que le résultat créatif soit protégeable au titre des droits d'auteur. Cependant, l'état actuel du droit ne permet pas de s'en prévaloir fermement, et se pose la question de la nécessité et la possibilité de créer un régime spécifique au Street Art.

PARTIE 2. De la nécessité d'un régime *sui generis* pour le Street Art

40. « *Unfortunately, art and artists have no special prerogatives from the perspective of law and law enforcement, which emanates from that portion of social consciousness that for the most part is insensible to aesthetic values.* »⁹³ Art et droit sont souvent perçus comme incompatibles : l'un célèbre la création, l'acte rebelle, la révolution ; l'autre célèbre ce qui rentre

⁸⁷ TGI Paris, 14 nov. 2007, RG n° 06/12982 (décision « Invader »).

⁸⁸ Pour aller plus loin : P. Malaurie, « Les Précédents et le Droit », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 58 n°2, 2006. pp. 319-326.

⁸⁹ Décision « Invader », *op. cit.*

⁹⁰ TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 13 oct. 2000, *Comm. com. électr.* 2002, comm. 126, note C. Caron : « il n'appartient pas au juge de se fonder sur la forme d'expression choisie ni sur la valeur artistique du travail réalisé pour reconnaître ou refuser à l'auteur de celui-ci le bénéfice de la protection accordée par la loi aux œuvres de l'esprit. »

⁹¹ A. Montas, *op. cit.*

⁹² *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).

⁹³ J. T. Serra, « Graffiti and U.S. Law », *Trespass : A History of Uncommissioned Urban Art*, Taschen, 2010, p. 313 : « Malheureusement, l'art et les artistes ne disposent pas de privilèges aux yeux de la loi, ce qui provient de cet aspect de la conscience sociale majoritairement insensible à la notion d'esthétisme. » (traduction de l'auteur).

dans les cases, ce qui respecte les règles et les conventions.⁹⁴ Par ailleurs, le droit protège l'auteur avant l'œuvre. Au regard de l'évolution actuelle, il semble important que le droit s'adapte : la doctrine parle de « l'artification » du Street Art pour définir le processus qui fait du Street Art une pratique acceptable, passant du ludique à l'artistique.⁹⁵ Le graffeur ne cherche plus à être anonyme, mais à être reconnu comme un artiste : « la montée en artification s'est opérée par l'accès d'un certain nombre de créations aux circuits de l'art contemporain, par la mise en avant de leur caractère artistique dans les médias, par l'essor d'un secteur éditorial spécialisé et par le soutien d'amateurs. »⁹⁶ Face à cette légitimation du Street Art, il apparaît nécessaire de mieux encadrer le Street Art pour que l'aspect transgressif s'efface derrière sa valeur artistique, en particulier au regard de la difficile mise en œuvre des droits d'auteur (Section 1). Cependant, il s'agira également de porter un regard sociologique et critique sur le processus d'institutionnalisation du Street Art, que la « juridicisation » ne ferait qu'accélérer (Section 2).

Section 1. Une protection nécessaire au vu des difficultés d'exercice des droits d'auteur

41. Si le juge reconnaît un graffiti ou une fresque comme une œuvre de forme et originale, les droits d'auteur qui en découlent constituent une limite au droit du propriétaire sur son bien. Le monopole de l'exploitation de l'œuvre revenant à son auteur, le propriétaire du support doit agir en respectant les droits de l'auteur,⁹⁷ semblable à une servitude légale dans l'usage de son bien. Le street artist dispose de droits patrimoniaux et moraux (I), mais la mise en pratique montre que ce ne sont que des droits théoriques (II).

I. L'exercice du droit d'auteur

42. Comme expliqué en introduction, on distingue généralement les droits patrimoniaux et les droits moraux : l'auteur est le propriétaire de l'œuvre originale de forme et peut agir (A) au titre de ses droits d'auteur contre la reproduction de son œuvre et (B) au titre de ses droits moraux contre la destruction de son œuvre par le propriétaire du support ou par ceux qui s'approprient l'œuvre.

⁹⁴ J. Merryman, A. Elsen, S. Urice, *Law, Ethics and the Visual Arts*, New York, Kluwer Law International, 5^e éd., 2007, pp. xxv-xxvi.

⁹⁵ M. Liebaut, *op. cit.*

⁹⁶ *Ibid.*, p. 169.

⁹⁷ C. propr. intell., art. L. 111-3, al. 1^{er}.

A. Les droits patrimoniaux du street artist

43. Dans le cadre du Street Art, le droit patrimonial le plus important est le droit de reproduction de l'œuvre (1), souvent invoqué par les artistes pour contrer l'usage commercial de leurs créations. Le droit de distribution peut également être mis en cause lorsque l'œuvre entre sur le marché de l'art (2), soulevant alors la question du droit de suite (3).

1. Le droit de reproduction

44. Tiré de l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle, le droit de reproduction constitue 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 [...] de leurs œuvres. »⁹⁸ Aux États-Unis, la notion de reproduction se retrouve dans le droit de reproduire l'œuvre protégée sous forme d'exemplaires (*copyright* au sens strict)⁹⁹ et le droit de produire des œuvres dérivées dans un autre médium (*right to prepare derivative works based upon the copyrighted work*).¹⁰⁰

45. Dans le cas du Street Art, l'artiste dispose donc du droit d'interdire la reproduction des œuvres sur les réseaux sociaux, dans des livres, sur des cartes postales, ou encore sur des articles de prêt-à-porter. Comme le remarque Géraldine Goffaux-Callebaut, « cette question n'a pas donné lieu à contentieux car les artistes urbains ont peu d'intérêt à se prévaloir de leurs droits contre ceux qui photographient leur travail. Mais la question se pose car la photographie est le moyen de conserver une trace de l'œuvre, de la faire partager, de faire connaître un artiste. »¹⁰¹ C'est particulièrement vrai lorsque le photographe en fait un usage commercial, aux dépens de l'artiste. Bien souvent, ce que demandent les artistes est la simple mention de leur nom. C'est

⁹⁸ C. Castets-Renard, *Droit d'Auteur*, Dalloz, Répertoire Droit européen, §§ 105-107 (dernière actualisation en déc. 2017).

⁹⁹ 17 U.S.C. § 106(1) : « Le titulaire du droit d'auteur visé au présent titre a le droit exclusif d'accomplir et d'autoriser les actes suivants : (1) reproduire sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes l'œuvre protégée. » (traduction OMPI).

¹⁰⁰ 17 U.S.C. § 106(2) : « Le titulaire du droit d'auteur visé au présent titre a le droit exclusif d'accomplir et d'autoriser les actes suivants : [...] (2) créer des œuvres dérivées fondées sur l'œuvre protégée. » (traduction OMPI).

¹⁰¹ G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*

le droit qu'a invoqué l'artiste Revok contre le géant suédois du prêt-à-porter H&M,¹⁰² qui n'est qu'un exemple récent des nombreuses appropriations commerciales des dix dernières années.¹⁰³

46. Il est important de souligner en dernier lieu que le propriétaire de l'immeuble peut aussi agir contre la reproduction de l'œuvre apposée sur son bien pour « l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal. »¹⁰⁴ Cependant, le droit de propriété n'entraîne pas de droit absolu sur l'image.¹⁰⁵

2. Le droit de distribution

47. Un autre problème souvent rencontré par les street artists renommés comme Banksy est le vol suivi de la vente de l'œuvre au public.

48. D'une part, on sait que « la vente de la chose d'autrui est nulle. »¹⁰⁶ Cependant, plusieurs arrêts de la Cour de cassation limitent ce principe : la nullité n'est que relative et ne peut être invoquée que par l'acquéreur de bonne foi.¹⁰⁷ Il paraît donc difficile pour l'artiste ou pour le propriétaire du support de revendiquer l'œuvre volée et d'annuler la vente. C'est ici une opposition avec la Common Law et le droit américain où la vente (même de bonne foi) de la chose d'autrui est nulle de plein droit, au nom du principe *nemo dat quod non habet* (nul ne peut transmettre ce qu'il n'a pas)¹⁰⁸ : le propriétaire initial dispose du droit absolu de revendiquer l'œuvre volée, principe fondamental pour la restitution des œuvres spoliées pendant la Seconde Guerre mondiale.¹⁰⁹ Appliqué au Street Art aux États-Unis, le propriétaire du support pourrait donc s'opposer à la vente illégale de l'œuvre apposée sur sa propriété.

49. D'autre part, l'auteur peut agir au nom de son droit de distribution, dérivé du droit de reproduction et du droit européen.¹¹⁰ Il permet à l'auteur de contrôler la première mise en vente

¹⁰² *H&M v. Jason Williams A/K/A Revok*, No. 1:18-Cv-1490-Env- Pk (E.D.N.Y. March 16, 2018), voir *infra*.

¹⁰³ Voir par ex. : *Berreau v. Mcdonald's Corp.*, No. 2:16-Cv-07394 (C.D. Cal. Jan. 30, 2018), à propos de McDonald's accusé d'avoir copié les graffitis du street artist Dash Snow ; *Tierney v. Moschino S.p.A.*, No. 2:15-cv-05900-SVW-PJW, 2016 WL 4942033 (C.D. Cal. Jan. 13, 2016), à propos d'une campagne publicitaire lancée par Moschino, reproduisant les graffitis du street artist Rime.

¹⁰⁴ Cass., ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, Bull. civ. n° 10.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ C. civ., art. 1599.

¹⁰⁷ Cass. civ. 3^e, 16 avr. 1973, Bull. civ. III, n° 303 ; Cass. civ. 3^e, 9 mars 2005, n° 03-14.916, D. 2005 IR 919, Defrénois 2005. 1240, obs. Libhaber.

¹⁰⁸ Pour aller plus loin : S. Grover, « The Need for Civil-Law Nations to Adopt Discovery Rules in Art Replevin Actions: A Comparative Study », 70 Tex. L. Rev. 1431, 1992.

¹⁰⁹ *Bakalar v. Vavra*, 619 F.3d 136, 140 (2d Cir. 2010). Pour aller plus loin : TGI Paris, *Bauer c. Toll*, 7 nov. 2017, n° 17/58735, confirmé par la cour d'appel de Paris le 4 octobre 2018, ordonnant la restitution d'un tableau de Pissarro saisi par les Nazis, et acheté aux enchères par un couple américain (remettant en question l'approche française).

¹¹⁰ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil sur la société de l'information du 22 mai 2001, JORL 167 du 22 juin.

de son œuvre : bien que l'œuvre ait été « divulguée au public dès sa création, cela n'équivaut pas à une autorisation d'introduction sur le circuit économique. »¹¹¹ Le street artist dont l'œuvre a été volée et vendue sur le marché de l'art peut donc s'opposer à cette première distribution : ce n'est pas parce que l'œuvre a été créée dans la rue que tout un chacun peut la récupérer et la vendre à profit. Il faut néanmoins noter que ce droit est épuisé après la première distribution,¹¹² que l'on retrouve aux États-Unis sous le nom de *First Sale Doctrine*¹¹³ : c'est une application du principe américain de la règle contre l'aliénation volontaire la (*rule against restraints on alienation*), qui empêche le vendeur d'imposer à l'acheteur une utilisation particulière du bien après exécution de la vente. À partir du moment où l'œuvre entre dans le circuit des échanges, l'auteur ne peut donc ni s'opposer à la revente postérieure de l'œuvre et ni prétendre à une quelconque contrepartie.

3. Marché de l'art et le droit de suite du street artist

50. Pour aller plus loin, se pose également la question du droit de suite,¹¹⁴ dont la France était précurseur, mais qui peine à s'exporter outre-Atlantique.¹¹⁵ Sorte d'intermédiaire entre les droits économiques et les droits moraux, c'est un droit spécifique au marché de l'art et permet à l'auteur d'une œuvre originale graphique ou plastique de prétendre à une rémunération lors des reventes de son œuvre sur le territoire européen, lorsqu'intervient un professionnel du marché de l'art. La directive prévoit des seuils de rémunération, plafonnés à 12 500 euros.

51. Aujourd'hui, le Street Art séduit les collectionneurs et représente une part grandissante des œuvres d'art contemporain vendues sur le marché de l'art. « Recherchées par les collectionneurs fortunés comme par les jeunes amateurs d'icônes populaires, les têtes d'affiche du Street Art dominent le Marché en nombre de lots vendus. Les œuvres de Shepard Fairey, Banksy, Keith Haring et KAWS rencontrent un succès commercial sans précédent. Ces quatre artistes emblématiques du Street Art se classent parmi les cinq contemporains les plus vendus aux enchères, et ce à l'échelle mondiale. »¹¹⁶ Certaines maisons de vente aux enchères

¹¹¹ P. Clermontel, *op. cit.*

¹¹² Directive 2001/29/CE, *op. cit.*, art. 4-2.

¹¹³ 17 U.S.C. § 109(a).

¹¹⁴ Directive 2001/84/CE, *op. cit.* ; C. prop. intell., art. L. 122-8.

¹¹⁵ Pour aller plus loin : J. Farchy et J. Petrou, « Droit de suite et analyse économique : la complexité d'un marché », *Revue Française de Socio-Économie*, Vol. 10, n° 2, 2012, pp. 49-71.

¹¹⁶ Voir le Rapport Annuel sur le Marché de l'Art Contemporain, publié par Artprice, disponible sur <https://fr.artprice.com/artprice-reports/le-marche-de-lart-contemporain-2018/la-cote-des-artistes/>

organisent régulièrement des ventes dédiées au Street Art, tel Artcurial qui se félicite de la vente d'un Banksy pour presque 380 000 euros.¹¹⁷

52. C'est dans ce contexte que le droit de suite prend son ampleur, ainsi que dans les galeries et foires d'art contemporains : un nombre croissant de salons d'art est aujourd'hui dédié au Street Art, où les street artists sont les invités d'honneur. Les pays européens considèrent que l'artiste, et *a fortiori* le street artist, devraient pouvoir profiter de la vente de ses œuvres sur le marché secondaire. Dans la pratique, ce droit est surtout applicable aux auteurs d'œuvres légales, dans la mesure où les grandes maisons de vente et marchands d'art refusent généralement de vendre des œuvres récupérées dans la rue qui ne sont pas accompagnées d'un certificat d'authenticité, permettant de prouver que l'œuvre est le fruit du travail personnel du street artist.¹¹⁸ Aux États-Unis, seule la Californie avait adopté un droit similaire,¹¹⁹ qui a été récemment jugé comme contraire à la Constitution, étant perçu (1) comme la violation de la loi fédérale du Copyrights Act 1976, qui ne comporte aucune provision en ce sens (malgré de longs débats), (2) comme une violation de la *rule against restraints on alienation*,¹²⁰ et enfin (3) une atteinte au libre-échange et condescendant envers les artistes.¹²¹ On retrouve ici l'opposition entre les théories sociales et économiques du droit de la propriété artistique, en ce que l'Union européenne préfère rémunérer l'artiste pour son travail, alors que les États-Unis préfèrent encourager la libre création et les échanges économiques.

B. Les droits moraux du street artist

53. Comme évoqué en introduction, le droit américain est très réticent à reconnaître des droits moraux aussi étendus qu'en France et dans l'Union européenne. Il a fallu attendre 1990 pour que l'État fédéral concède des droits moraux à ses auteurs, par le biais du *Visual Artists' Rights Act*¹²² (« VARA »). Il s'agira d'abord d'en définir le champ d'application, avant de pouvoir le comparer au droit français au regard du Street Art.

¹¹⁷ Artcurial, chiffres publiés pour la catégorie *Urban Art*, <https://www.artcurial.com/en/urban-art>.

¹¹⁸ En ce sens, M. E. Williams, « Who Owns Street Art ? », *Center for Art Law*, 25 mars 2013, accessible sur <https://itsartlaw.com/2013/03/25/part-i-who-owns-street-art/> (visité le 22 septembre 2018).

¹¹⁹ California Resale Royalties Act 1977, Cal. Civ. Code § 986.

¹²⁰ Voir *supra*.

¹²¹ *Close v. Sotheby's, Inc.*, No. 16-56234, *The Sam Francis Foundation v. Christie's, Inc.*, No. 16-56235 and *The Sam Francis Foundation v. eBay Inc.*, No. 16-56252. 2018 WL 3322222 (9th Cir. 2018). Pour aller plus loin: E. Ashley, "Case Review: Droit de Suite...Not So Sweet", *Center for Art Law*, 27 sept. 2018, <https://itsartlaw.com/2018/09/27/droit-de-suite-not-so-sweet/> (visité le 4 octobre 2018).

¹²² Visual Artists' Rights Act 1990, *op. cit.*

54. En France, les droits moraux sont inhérents à la personne de l'auteur, ils sont inaliénables et imprescriptibles. Aux États-Unis, la protection est bien plus limitée, et on observe une clarification de son application en ce qui concerne le Street Art.¹²³ En premier lieu, le VARA s'applique uniquement aux « œuvres des arts visuels », dont sont exclues les œuvres des arts appliqués, les articles publicitaires, ou les œuvres salariées (*works made-for-hire*).¹²⁴ En second lieu, seules les œuvres signées sont protégeables.¹²⁵ En dernier lieu, les droits moraux existent pour la durée de la vie de l'auteur et sont incessibles.¹²⁶

55. Malgré ces différences quant au champ d'application, le droit français et le droit américains prévoient plusieurs droits moraux, dont deux sont particulièrement importants au regard du Street Art : le droit de paternité (1) et le droit au respect de l'œuvre (2).

1. Le droit de paternité

56. Le droit de paternité (*authorship*) permet à l'auteur de revendiquer une œuvre, même s'il utilise un pseudonyme ou préfère rester anonyme.¹²⁷ C'est par ce droit que l'artiste peut exiger que son nom soit mentionné en tant qu'auteur à chaque fois qu'une tierce personne reproduit ou réutilise son œuvre. On remarque l'application de l'aspect négatif de ce droit dans la décision « Invader », où la cour a respecté le choix de l'artiste d'utiliser son pseudonyme.¹²⁸ Le VARA rajoute le droit d'interdire l'utilisation de son nom « comme étant l'auteur de l'œuvre [...] en cas de déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre préjudiciable à son honneur ou à sa réputation. »¹²⁹ C'est une sorte de droit de retirer son nom d'une œuvre lorsque l'usage est nuisible à l'auteur, se rapprochant du régime de la diffamation.

¹²³ B. Elias, B. Ghajar, « Street Art: Growing Clarity on VARA's Applicability to Unsanctioned Street Art », *Landslide*, American Bar Association, Vol. 10, n° 1, 2017.

¹²⁴ 17 U.S.C. § 106A(b) : « Seul l'auteur d'une œuvre des arts visuels jouit des droits conférés sur cette œuvre. » (traduction OMPI).

¹²⁵ 17 U.S.C. § 101.

¹²⁶ 17 U.S.C. § 106A(e) : « Les droits conférés aux termes de l'alinéa a) ne peuvent pas être transférés, mais ils peuvent faire l'objet d'une renonciation si l'auteur en convient expressément par écrit, dans un acte signé par lui. » (traduction OMPI).

¹²⁷ C. propr. intell., art. L. 113-6 ; 17 U.S.C. § 106A(a)(1)-(2).

¹²⁸ Décision « Invader », *op. cit.*

¹²⁹ P. Kamina, *Droit Anglo-Américain des Propriétés Intellectuelles*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017, pp. 204-05.

2. Le droit au respect de l'œuvre

57. Le droit au respect d'une œuvre permet à l'auteur de s'opposer aux modifications de celle-ci, lorsqu'est atteinte son l'intégrité ou son l'esprit.¹³⁰ Aux États-Unis, l'auteur ne peut s'opposer à la destruction intentionnelle ou négligente seulement si son œuvre constitue une « œuvre d'importance reconnue » (*work of recognized stature*). C'est une question de faits laissée à l'appréciation des juges, sur le fondement de publications, ainsi que des témoignages d'experts et d'amateurs d'art.¹³¹ L'auteur dispose alors du droit d'être prévenu par écrit de la destruction imminente de l'œuvre, et dispose de 90 jours pour retirer la œuvre.¹³² On retrouve ici la solution proposée par les juges du tribunal de grande instance de Paris : dans une affaire relative à des squatteurs ayant réalisé une mosaïque sur des murs dont ils n'étaient pas propriétaires, le tribunal leur a accordé un délai de deux mois pour retirer l'œuvre, au nom de leurs droits d'auteur. Christophe Caron considère « la pragmatique décision des juges parisiens qui autorise le propriétaire à “disposer librement” de ce bien à l'issue du délai de deux mois si les auteurs n'ont pas, par eux-mêmes, retirés la mosaïque » comme une violation du droit moral des auteurs, même si elle respecte le droit de propriété.¹³³ Au terme du VARA, le propriétaire du support doit faire un « effort de bonne foi » pour identifier l'artiste et le notifier de l'imminente destruction de l'œuvre.

58. Jusqu'à récemment, la jurisprudence américaine paraissait très réticente à protéger le Street Art illégal.¹³⁴ Il convient ici de s'arrêter sur l'affaire récente du *5Pointz*, largement médiatisée, qui permet d'affiner le champ d'application du VARA au Street Art et la notion de *work of recognized stature*.¹³⁵ L'affaire concernait une gigantesque usine désaffectée dans le quartier du Queens à New York, tournée en « Mecque du Street Art » et dénommée *5Pointz* par la communauté artistique. Pendant 20 ans, le propriétaire Jerry Wolkoff a mis le bâtiment à la disposition de street artists, qui ont fait du lieu un véritable musée à ciel ouvert, un site incontournable dans la culture hip hop (*Figure 15*).

¹³⁰ C. prop. intell., art. L. 121-1; 17 U.S.C. § 106A(a)(3)(B).

¹³¹ En ce sens, voir *Martin v. City of Indianapolis*, 192 F.3d 608 (7th Cir. 1999).

¹³² 17 U.S.C. §113(d)(2).

¹³³ TGI Paris, 14 nov. 2007, *op. cit.*

¹³⁴ Voir par ex : *Villa v. Pearson Educ., Inc.*, 2003 L 22922178 (N.D. Ill., 2003), où un street artist a intenté une action en contrefaçon contre l'éditeur d'un livre qui reproduisait son œuvre sans autorisation. La cour a refusé de lui octroyer des droits d'auteur, eut égard à « l'illégalité des circonstances dans lesquelles le mural fut créée. »

¹³⁵ *Cohen v. G&M Realty L.P.*, 988 F. Supp. 2d 212 (E.D.N.Y. 2018) (« *5Pointz* »).

59. En 2010, Wolkoff fait savoir qu'il souhaite raser le bâtiment pour construire un complexe immobilier. La communauté des artistes se mobilise alors et se présente devant la justice fédérale en octobre 2013, avec une demande en référé contre le propriétaire, afin de l'empêcher de démolir l'édifice tant que l'affaire n'était pas résolue. La cour refuse de délivrer une injonction, et à peine quatre jours plus tard, Wolkoff mène une opération nocturne pour recouvrir les murs de peinture blanche.¹³⁶ Révoltés de plus belle et soutenus par l'opinion publique, les artistes sont retournés devant la cour, pour faire valoir leurs droits moraux contre la destruction de leurs œuvres. Un problème est alors apparu : les artistes n'auront droit à réparation seulement si leurs œuvres sont d'importance reconnue. La décision fut rendue en février 2018, au terme de laquelle 45 des 49 œuvres ont atteint le seuil de *works of recognized stature*, malgré leur aspect temporaire. Pour les quatre autres œuvres ne pouvant être ainsi qualifiées, la cour a finalement reconnu que leur destruction portait une atteinte à l'honneur et la réputation des artistes, au nom de leur droit de paternité. Pour finir, les artistes se sont vu attribuer un total de 6,75 millions de dollars en dommages-intérêts.

60. Ce qui a le plus joué en leur faveur fut l'attitude malveillante du propriétaire, l'absence d'un préavis par écrit et la renommée artistique du lieu. Mais la décision peut laisser perplexe : elle laisse croire qu'il faille un comportement aussi odieux de la part du propriétaire pour que les artistes puissent réussir à faire valoir leurs droits, et elle n'encouragera pas les propriétaires à prêter leurs murs à des *street artists*, par peur de jamais pouvoir en retrouver la pleine propriété.¹³⁷ Tout ceci ne fait que souligner les difficultés rencontrées par les *street artists* dans la mise en œuvre de leurs droits de propriété intellectuelle.

II. Les difficultés rencontrées par le street artist

61. En théorie, les *street artists* disposent de droits patrimoniaux et moraux leur permettant de défendre leurs créations face à l'appropriation commerciale, la modification, la destruction ou le vol de leurs œuvres. En pratique, les artistes sont souvent confrontés à des obstacles matériels ou financiers, ce qui accentue le besoin de créer des normes juridiques spécifiques au

¹³⁶ Pour aller plus loin : L. Richardson, « The Making of the Moral Rights Case: The Factual and Legal Background of the 5Pointz Trial », *Center for Art Law*, 5 nov. 2017, accessible sur <https://itsartlaw.com/2017/11/05/the-making-of-the-moral-rights-case-the-factual-and-legal-background-of-the-5pointz-cases/> (visité le 6 août 2018) ; L. Bérichel, « Around the Block Ruling in 5Pointz », *Center for Art Law*, 10 avril 2018, accessible sur https://itsartlaw.com/2018/04/10/around-the-block-ruling-in-5pointz/#_edn2 (visité le 6 août 2018).

¹³⁷ En ce sens, J. Davidson, « Artists Won the 5Pointz Case, But the Decision Was Terrible for Art », *New York Magazine*, 13 février 2018, accessible sur <http://nymag.com/daily/intelligencer/2018/02/artists-won-at-5pointz-but-the-decision-was-terrible-for-art.html> (visité le 5 septembre 2018).

Street Art. On peut distinguer les obstacles qui atraient au cadre social et juridique, que nous nommerons « complications de forme » (A), et les obstacles relatifs à la mise en œuvre de leurs droits, que nous nommerons « complication de fond » (B). Cela est renforcé par l'existence d'exceptions relatives au droit d'auteur : même si l'artiste peut prétendre à des droits sur son œuvre, la partie adverse pourrait se défendre en prouvant que son utilisation constitue une exception (C).

A. Complications de forme

62. On observe tout d'abord le manque de lois ou jurisprudences permettant aux artistes de se défendre. Cela est dû à de nombreux facteurs.

63. En premier lieu, l'essor des œuvres faites avec autorisation ou sur commande, ce qui élimine les considérations théoriques, où le jugement dans l'affaire du *5Pointz* permet aux artistes américains de demander le respect de leurs œuvres. En France, la question reste floue par manque de décisions certaines en ce sens.

64. En second lieu, beaucoup d'artistes ne sont pas intéressés par invoquer leur droit d'auteur, et seule une minorité des affaires se retrouvent finalement devant le juge. On pense ici à l'artiste Revok face à H&M,¹³⁸ affaire qui aurait été passionnante fut-elle parvenue jusqu'à la cour : dans le courant de l'année 2017, la marque de prêt-à-porter a lancé une campagne publicitaire pour une ligne de *sportswear*, utilisant une fresque réalisée par Jason Williams (alias Revok) à Brooklyn, au style très particulier et reconnaissable (*Figure 17*). Les avocats de l'artiste ont alors envoyé une mise en demeure à H&M, leur demandant de cesser la violation des droits d'auteur de l'artiste. Le géant de la mode a alors rétorqué en intentant un procès devant les juges fédéraux de l'État de New York, arguant que « *Mr. Williams has no copyright rights to assert because his Graffiti was created through criminal conduct.* »¹³⁹ Devant la réaction de la communauté des artistes et l'appel au boycott de la marque, H&M a finalement battu en retraite quelques jours plus tard, après s'être excusé auprès de l'artiste. L'affaire comportait tous les éléments qui auraient permis aux street artists d'être fixés sur le sort de leurs œuvres créées dans l'illégalité.

¹³⁸ *H&M v. Jason Williams A/K/A Revok*, op. cit.

¹³⁹ *H&M v. Revok*, Recours en Jugement Déclaratoire (*Complaint for Declaratory Judgment*), § 20 : « Monsieur Williams ne dispose d'aucun droit d'auteur parce que son Graffiti fut créé à la suite d'un comportement illégal. » (traduction de l'auteur).

65. Enfin, l'artiste qui souhaite se prévaloir de ses droits d'auteur doit engager un avocat, et se lancer dans une procédure parfois longue et coûteuse. Seuls les artistes de renommée suffisamment importante (ou ayant suffisamment de moyens) peuvent donc bénéficier de ce droit d'accès à la justice. Face à cette inégalité, les artistes sont obligés de trouver des solutions par eux-mêmes. L'artiste In Love a vécu la même mésaventure que Revok, la marque The Kooples ayant utilisé une de ses œuvres pour une campagne sur Instagram (*Figure 18*). Ne souhaitant pas recourir à un avocat, In Love a préféré utiliser les réseaux sociaux et prendre directement contact avec la marque pour être au moins mentionné(e) dans la campagne publicitaire. Il en fut de même pour Ardif : un site Internet vendait des autocollants muraux contrefaisants ses œuvres de street art, sans avoir reçu l'accord de l'artiste et sans lui reverser une quelconque contrepartie financière, alors que les œuvres se vendaient pour une centaine de dollars chacune. C'est en appelant au boycott de l'entreprise sur les réseaux sociaux qu'il a réussi à faire retirer ses œuvres de la vente. Aux États-Unis, il faut rajouter la nécessité d'enregistrer le droit d'auteur avant de pouvoir intenter une action en contrefaçon. Par ailleurs, en allant jusqu'à la cour, le street artists s'expose à des poursuites pour vandalisme ou *trespass*. Face à ces difficultés, plutôt que de s'adresser à un avocat, un nombre grandissant de street artists préfère avoir à la communauté des artistes, aux réseaux sociaux, et parfois, à des sociétés de gestion collective, pour les aider à faire valoir leurs droits d'auteur.

B. Complications de fond

66. D'un point de vue pratique, la mise en œuvre des droits d'auteur du street artist n'est pas aisée.

67. D'abord, le droit de paternité implique que l'artiste fasse connaître son identité afin de demander la mention de son nom. Il faut rajouter qu'aux États-Unis, le VARA ne protège que les œuvres signées, ce qui n'est pas toujours le cas en pratique (même si ça l'est de plus en plus). Lorsqu'il souhaite rester anonyme ou qu'il utilise un pseudonyme, on reproche au street artist de ne pas avoir signé son œuvre, et de n'avoir aucune légitimité pour la réclamer. Pourtant, même si l'œuvre n'est pas signée, « l'absence de la trace matérialisée du corps de l'artiste marque la liberté de celui-ci et ne peut évidemment pas signifier, par la nature même de sa création, qu'il refuse de publiciser son travail ou encore qu'il renie sa paternité. »¹⁴⁰ Par ailleurs,

¹⁴⁰ A. Héritier, « Le street art, bien commun artistique ? », *Dalloz*, JAC n° 12/2014, p. 39.

s'il souhaite se prévaloir de ses droits devant la cour, il devra dévoiler sa véritable identité, ce qui est contradictoire avec le droit à l'anonymat.

68. Ensuite, le droit au respect de l'œuvre implique que l'artiste puisse prétendre au droit de retirer son œuvre pour en éviter la destruction. Se pose alors la question de la récupération si elle est intégrée au bâtiment, argument qui a été soulevé par le propriétaire du *5Pointz* pour se défendre. Une jurisprudence américaine concernant un jardin communautaire semble favoriser le propriétaire des lieux aux dépens de l'auteur¹⁴¹ : dans cette affaire, des street artists avaient peint illégalement une fresque gigantesque surplombant un jardin communautaire menacé de destruction et les artistes avaient invoqué la stature reconnue de leurs œuvres pour empêcher les travaux. La cour fédérale du District de New York a alors annoncé que le VARA « *does not apply to artwork that is illegally placed on the property of others, without their consent, when such artwork cannot be removed from the site in question.* »¹⁴² Par cette décision principalement fondée sur l'intérêt public (*public policy*), les juges ont souhaité éviter les situations où une œuvre de Street Art créée sans autorisation empêcherait la construction ou la démolition du bâtiment sur lequel elle est apposée. L'application de cette décision a été ensuite limitée aux œuvres qui ne peuvent être retirées sans dommage.¹⁴³ La question de l'aspect « retirable » de l'œuvre dépendra donc de la technique et du médium utilisés par l'artiste. En aucun cas VARA ne reconnaît aux street artists « *the right to insist that his art be preserved or maintained in its original location or context.* »¹⁴⁴

69. Enfin, le droit de reproduction implique que l'artiste puisse intenter une action en contrefaçon contre les copies serviles de son œuvre, mais pas de son style artistique, puisque la propriété intellectuelle ne protège pas les idées. On retrouve ici la dichotomie entre l'idée et son expression.¹⁴⁵

¹⁴¹ *English v. BFC & R East 11th St. LLC*, No. 97 Civ. 7446 (S.D.N.Y. Dec. 3, 1997).

¹⁴² *Ibid.*, § 14 : « ne s'applique pas aux œuvres placées illégalement sur la propriété d'autrui, sans consentement, lorsque de telles œuvres ne peuvent être retirées du lieu en question. » (traduction de l'auteur).

¹⁴³ *Pollara v. Seymour*, 150 F.Supp. 2d 393 (N.D.N.Y. 2001) : à propos d'une fresque créée à base de papier, retirée et endommagée. La cour a refusé de reconnaître « un droit général de détruire les œuvres d'art attachées à la propriété sans la permission du propriétaire. » (traduction de l'auteur).

¹⁴⁴ C. Smith, *op. cit.*, § 270 : « le droit d'insister que son art soit préservé ou maintenu dans le lieu ou contexte original. » (traduction de l'auteur).

¹⁴⁵ 17 U.S.C. § 102(b) : « La protection conférée au titre du droit d'auteur pour les œuvres de l'esprit originales ne s'étend en aucun cas aux idées, procédés, procédures, systèmes, modes opératoires, concepts, principes ou découvertes, quelle que soit la manière dont ils sont décrits, expliqués, illustrés ou incorporés dans ladite œuvre. » (traduction OMPI).

C. Les exceptions du droit d'auteur applicables au Street Art

70. Par ailleurs, si l'œuvre de Street Art est éligible à des droits d'auteur en tant qu'œuvre de l'esprit, la partie défenderesse pourrait se prévaloir des exceptions prévues par la loi, renforçant les difficultés déjà rencontrées par l'artiste. Il s'agira de s'attarder sur l'exception de panorama (1) et sur la notion américaine du *Fair Use* (2).

1. Exception de panorama

71. En France, il existe une exception au droit exclusif de reproduction tirée de la loi du 7 octobre 2016.¹⁴⁶ L'article L. 122-5, 11° du Code de la propriété intellectuelle énonce que l'auteur ne peut pas interdire « les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial. » L'exception de panorama ne paraît donc pas applicable aux œuvres picturales, mais probablement aux œuvres de Street Art en 3-dimensions, comme celles de Monsieur BMX (*Figure 16*) qui sont placées de manière permanente sur la voie publique, et dont l'auteur peut s'opposer à l'usage commercial. Il en ressort que ce droit n'est pas expressément reconnu aux street artists qui ont recours à la peinture, au collage ou au pochoir. Il existe également une exception de panorama aux États-Unis, qui est limitée à la reproduction au moyen de la photographie ou peinture ; on remarque que la condition du caractère lucratif n'est pas mentionnée.¹⁴⁷ Cette exception est actuellement soulevée par General Motors (« GM ») dans une affaire en cours intentée par l'artiste SMASH 137 (de son vrai nom Adrian Falkner) devant une cour fédérale en Californie¹⁴⁸ : le street artist avait été commissionné pour peindre une fresque sur un garage de Detroit, dans l'Ohio, qu'un photographe freelance engagé par GM a utilisé comme fond pour une campagne publicitaire largement médiatisée, sans l'accord de l'artiste. L'entreprise s'est défendue au moyen de l'article 120(a) du *Copyrights Act*, arguant que l'œuvre visuelle est incorporée à une œuvre

¹⁴⁶ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n°0235 du 8 octobre 2016.

¹⁴⁷ 17 U.S.C. § 120(a) : « Le droit d'auteur sur une œuvre d'architecture qui a été construite n'englobe pas le droit d'interdire la réalisation, la diffusion ou l'exposition publique d'images, de peintures, de photographies ou d'autres représentations graphiques de l'œuvre, si l'édifice avec lequel celle-ci fait corps est situé dans un lieu public ou est habituellement visible depuis un tel lieu public. » (traduction OMPI).

¹⁴⁸ *Adrian Falkner v. General Motors Company et al*, Docket No. 2:18-cv-00549 (C.D. Cal. Sept. 17, 2018). Pour aller plus loin : K. Lucas, « Suit by Mural Artist Over GM Commercial Raises New Question About Copyright Law's Application to Graffiti », *Grossman LLP Art Law Blog*, 21 août 2018, accessible sur <https://www.grossmanllp.com/Suit-by-Mural-Artist-Over-GM-Commercial-Raise-New> (visité le 13 septembre 2018).

architecturale, qui ne sont pas protégeables par des droits d'auteur. La cour doit encore se prononcer sur l'affaire et la solution pourrait constituer un tournant dans le « droit du graffiti » : toutes les œuvres de Street Art, à partir du moment où elles seraient incorporées à un immeuble à la vue du public ne seraient pas protégées contre les reproductions photographiques de l'immeuble. En France, un tel raisonnement pourrait être valable, mais à la différence des États-Unis, l'artiste français pourrait s'opposer à un usage commercial de son œuvre incorporée au bâtiment. L'artiste américain pourrait tout de même s'opposer aux œuvres dérivées, tel que l'apposition sur un tee-shirt.

2. *Fair Use* et droit de l'art

72. On pense ensuite à l'exception américaine du *Fair Use*,¹⁴⁹ ou « usage loyal », notion très flexible au regard des critères utilisés par le juge. Les facteurs sont les suivants : (1) le but et le caractère de l'usage, et notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives ; (2) la nature de l'œuvre protégée ; (3) le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée ; et (4) l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur.¹⁵⁰

73. Or, ce sont surtout les affaires relatives à l'art qui ont forgé la notion aux États-Unis, puisque le monde artistique semble tolérant au manque d'originalité dans sa définition américaine.¹⁵¹ Si l'œuvre de Street Art est reproduite sans mention de l'auteur ou sans son accord, mais que le contrefacteur l'utilise à des fins éducatives ou de critique, le street artist pourrait avoir du mal à rebuter la défense de *Fair Use*.¹⁵² Par ailleurs, si l'œuvre apparaît quelques secondes dans un film, il semblerait que cela ne constituerait qu'une reproduction *de minimis* si l'on applique le raisonnement des juges du 2^e Circuit.¹⁵³ En France, les exceptions au droit d'auteur sont d'origine législative¹⁵⁴ et moins souples qu'aux États-Unis. On retrouve

¹⁴⁹ 17 U.S.C. § 107. Pour aller plus loin : P. Kamina, *op. cit.*, §§ 220-25.

¹⁵⁰ P. Kamina, *op. cit.*, § 220.

¹⁵¹ Voir par ex. : *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006) ; *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013) cert. denied 134 S. Ct. 618 (2013).

¹⁵² *Donald Graham v. Richard Prince, et al.* No. 15-CV-10160 (S.D.N.Y. July 18, 2017), à propos de l'artiste Richard Prince récupérant et agrandissant des photos sur Instagram, en changeant la légende, pour les exposer à la Gagosian Gallery. En l'espèce, la cour n'avait pas trouvé suffisamment de preuve en la faveur de l'artiste, car les altérations n'étant pas suffisamment « substantielles. »

¹⁵³ *Gottlieb Development, LLC v. Paramount Pictures Corp.*, 590 F. Supp. 2d 625 (S.D.N.Y. 2008), à propos d'un flipper apparaissant quelques secondes dans le film *What Women Want* (2000), en arrière-plan. La société demanderesse arguait une violation de ses droits d'auteur sur la machine, mais le réalisateur a pu prouver que l'utilisation qui en était faite n'était que minimale, dans la mesure où l'œuvre n'apparaissait jamais seule ou ailleurs dans le film, ne faisait pas partie de l'intrigue, et aucun personnage n'y faisait référence.

¹⁵⁴ C. prop. intell., art. L. 122-5.

cependant cette idée d'usage *de minimis* en ce qui concerne la photographie d'une œuvre qui n'est pas le sujet principal du cliché.¹⁵⁵

74. C'est ici que le comparatiste comprend l'ampleur de la distinction entre les systèmes de droit d'auteur en Europe et dans les pays de Common Law : dans les pays d'Europe, où les droits d'auteur sont définis de manière large et où les exceptions sont limitées, le législateur cherche à récompenser l'auteur pour son travail ; aux États-Unis, où les droits de l'auteur sont plus restreints et les exceptions plus souples, le législateur cherche à encourager la création, en empêchant la constitution de monopoles qui freineraient l'innovation.¹⁵⁶ Selon la philosophie nord-américaine, les droits d'auteur seraient donc un obstacle à la création ; c'est pour cette raison que la notion de *Fair Use* est particulièrement étendue, afin de laisser un champ large aux artistes postérieurs.

75. Il paraît donc essentiel de réfléchir à un régime distinctif pour le Street Art. Il ressort des considérations précédentes que les artistes français disposent de peu de jurisprudences sur lesquelles s'appuyer et que les artistes américains disposent de moyens limités pour agir contre la destruction de leurs œuvres créées sans l'autorisation du propriétaire, mais peuvent revendiquer une œuvre volée ou effacée. Par ailleurs, les défenseurs pourront facilement utiliser les défenses relatives à la reproduction des œuvres d'art. Cependant, la nécessité d'un régime *sui generis* est remis en cause par une institutionnalisation du mouvement déjà grandissante.

Section 2. Une institutionnalisation contraire à l'esprit du Street Art

76. Le Street Art « ne connaît que les extrêmes : les œuvres sont immédiatement détruites ou protégées avec amour ; les créateurs sont punis d'amende et emprisonnés, ou bien vénérés comme des idoles (et souvent les deux à la fois). »¹⁵⁷ Malgré tout, la création artistique demeure plus forte que jamais. Il s'agira ici de démontrer en quoi enfermer le Street Art dans un carcan juridique serait mal avisé. Le Street Art étant déjà protégeable au titre de la liberté d'expression artistique (I), la « juridicisation » du Street Art et la création d'un régime *sui generis* paraissent peu recommandables (II).

¹⁵⁵ Cass. civ. 1^e, 15 mars 2005, n° 03-14.820, à propos de cartes postales de la Place des Terreaux à Lyon. L'artiste et l'architecte reprochaient aux éditeurs de ne pas leur avoir demandé leur autorisation ni mentionné leur nom. La cour a confirmé que la fontaine et l'éclairage n'étaient qu'accessoires au sujet traité.

¹⁵⁶ J.-M. Bruguière, *op. cit.*

¹⁵⁷ R. Schacter, *Atlas du Street Art et du Graffiti*, Paris, Flammarion, 2014, p. 10.

I. La protection possible au nom de la liberté d'expression artistique

77. En premier lieu, le Street Art est théoriquement protégeable au nom de la liberté d'expression artistique.¹⁵⁸ Créer un régime *sui generis* ne serait que faire doublon avec ce qui existe aujourd'hui. Tant que l'œuvre rentre dans les limites de la liberté d'expression, celle-ci devrait être protégée, au lieu de protéger l'auteur.

78. Prévue à l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« Convention EDH »), à l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (« DDHC ») et au sein du Premier Amendement de la Constitution américaine, la liberté d'expression a été érigée en principe fondamental des deux côtés de l'Atlantique. En découle la liberté d'expression artistique : « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique, »¹⁵⁹ théorie que les penseurs américains nomment « *marketplace of ideas*. »¹⁶⁰ Les juges fédéraux du Deuxième Circuit ont reconnu que les graffitis « *serve a predominantly expressive purpose, and their sale is consequently protected under the First Amendment*. »¹⁶¹

79. Mais la liberté d'expression n'est pas sans exceptions et le Street Art doit donc répondre aux limites prévues par la Loi au sens européen¹⁶² et par le juge aux États-Unis. Dans l'Union européenne, les limites doivent correspondre aux buts mis en place dans la Convention EDH, dont la protection de l'ordre public, ainsi que la réputation et les droits d'autrui, relevant de l'appréciation nationale.¹⁶³ Aux États-Unis, la liberté d'expression est garantie seulement contre les actions des États fédérés ou des gouvernements locaux (et non du gouvernement fédéral), et les limites ainsi posées doivent répondre aux tests de constitutionnalité mis en place par la Cour Suprême des États-Unis.¹⁶⁴ D'une part, si la restriction est *content-neutral*, i.e. n'est pas fondée sur le contenu de l'expression, mais sur la manière dont elle est exprimée, le

¹⁵⁸ C. Copain, *op. cit.*, pp. 285-90.

¹⁵⁹ CEDH, *Muller et al. c. Suisse*, 24 mai 1988, n° 10737/84, § 33.

¹⁶⁰ Voir par ex. : J. S. Mill, *De La Liberté*, 1859 : tous les individus ont la capacité d'évaluer de manière critique, et les opinions impopulaires permettent de discerner la vérité, en ce qu'elles encouragent la société à observer le problème sous une autre perspective. Aucune voix ne doit être étouffée, aucune idéologie ne doit être imposée. Le gouvernement doit prendre en compte l'opinion de chacun et ne doit pas seulement suivre les idées de la majorité.

¹⁶¹ *Mastrovincenzo v. City of N.Y.*, 435 F.3d 78, 98 (2d Cir. 2006) : « peut être considéré comme expressif et par là sujet à une forme de protection par le Premier Amendement. » (traduction de l'auteur).

¹⁶² Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, STE n°005, 4 nov. 1950, entrée en vigueur le 3 sept. 1953, art. 10 ; on entend par « Loi » la loi votée par le Parlement, les actes réglementaires et la jurisprudence (CEDH, *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, n° 11801-85).

¹⁶³ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71.

¹⁶⁴ R. Wright, « Content-Neutral and Content-Based Regulations of Speech: A Distinction That is No Longer Worth the Fuss », 67 Fla. L. Rev. 2081, 2015.

gouvernement doit prouver que la restriction est « *substantially related to an important state interest*, »¹⁶⁵ au terme d'un contrôle intermédiaire opéré par le juge (*intermediate scrutiny*). D'autre part, si la restriction est *content-based*, i.e. fondée sur le message transmis, le gouvernement doit prouver que la restriction est « *narrowly tailored to promote a compelling Government interest*, »¹⁶⁶ au terme d'un contrôle bien plus strict opéré par les juges (*strict scrutiny*). C'est là une question de proportionnalité par laquelle il faut équilibrer l'atteinte à la liberté d'expression et les risques d'atteinte aux intérêts publics (A) et privés (B).

A. La justification par l'atteinte à l'ordre public

80. Les États-Unis préfèrent justifier les restrictions locales autour du Street Art par l'intérêt public : les ordonnances sont souvent *content-neutral*, en ce qu'elles interdisent non pas le message, mais le lieu (la propriété publique) et la manière pour l'exprimer (usage de l'aérosol par exemple). Il en ressort qu'il est difficile de prouver l'inconstitutionnalité de telles lois locales¹⁶⁷ : dans l'arrêt *Members of City Council v. Taxpayers*,¹⁶⁸ la Cour Suprême a énoncé qu'une ordonnance interdisant l'installation de panneaux publicitaires sur la voie publique ne constituait pas une atteinte à la liberté d'expression. En effet, le gouvernement local avait un intérêt à éviter la pollution visuelle, ce qui était suffisamment important pour prouver que l'ordonnance était valide et *content-neutral*. La doctrine voit ici une atteinte à la liberté de choix détenu par le propriétaire du support de conserver une œuvre illégale de Street Art apposée sur sa propriété.¹⁶⁹

B. La justification par l'atteinte à la réputation et aux droits d'autrui

81. La France, quant à elle, préfère prévenir des atteintes aux intérêts privés. C'est dans ce cadre que les tags et graffitis comportant un message à caractère injurieux, diffamatoire, xénophobe ou pornographique ne sont pas protégés au titre de la liberté d'expression et sont

¹⁶⁵ *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968) : l'interdiction de brûler une carte de conscription militaire est « substantiellement liée à un intérêt étatique important » (traduction de l'auteur).

¹⁶⁶ *United States v. Playboy Entm't Grp.*, 529 U.S. 803, 813 (2000) : l'obligation pour les entreprises de câblodistribution de brouiller les programmes sexuellement orientés n'est pas « étroitement conscrite pour promouvoir un intérêt gouvernemental supérieur » (traduction de l'auteur).

¹⁶⁷ En ce sens : C. Lerman, « Protecting Artistic Vandalism: Graffiti And Copyright Law », 2 N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. Law 295, 2013, §§ 315-16.

¹⁶⁸ *Members of City Council v. Taxpayers*, 466 U.S. 789 (1984).

¹⁶⁹ L. Mettler, « Graffiti Museum: A First Amendment Argument for Protecting Uncommissioned Art on Private Property », 111 Mich. L. Rev. 249, 2012.

réprimés pénalement.¹⁷⁰ On pense aussi à la menace par écrit,¹⁷¹ la Chambre criminelle ayant affirmé qu'un graffiti pouvait former une telle menace.¹⁷² Il en est de même pour l'injure par écrit¹⁷³ et l'incitation à la haine d'autrui.¹⁷⁴

82. Bien souvent, le graffiti est créé sans intention criminelle, mais la loi peut punir la manière dont s'exprime l'artiste. Compte tenu de ce qui précède, si le graffiti n'est pas une atteinte à l'intérêt public ou à la réputation d'autrui, le message ne devrait pas être sanctionné. En pratique, surtout aux États-Unis, les lois étatiques relatives à la liberté d'expression sont souvent perçues comme trop larges, peu ciblées : « *the over-broadness of such criminal codes creates an impediment to artistic freedoms and unduly criminally punishes the artist.* »¹⁷⁵ Face aux difficultés rencontrées par les street artists dans la défense des droits d'auteur, il vaudrait mieux renforcer la protection de leur liberté d'expression artistique que de créer une catégorie indépendante. D'autant plus lorsque l'encadrement juridique ne ferait qu'accélérer l'institutionnalisation d'un mouvement qui a toujours évolué en dehors des normes et des conventions.

II. La « juridicisation » du Street Art

83. En second argument contre la création d'une catégorie *sui generis* pour le Street Art, la doctrine parle de « juridicisation », terme péjoratif pour mettre en garde contre l'encadrement juridique et l'institutionnalisation.¹⁷⁶ « [C]ette intégration au monde de l'art, hautement désirable pour certains, obéit à un processus diamétralement opposé à celui qui est censé définir cette pratique pauvre, non institutionnelle, éphémère, populaire et sauvage qu'est le Street Art. »¹⁷⁷ Pour reprendre la pensée d'Elizabeth Rosenblatt, un espace auto-régulé, où les normes

¹⁷⁰ C. pén., art. 227-24.

¹⁷¹ C. pén., art. 222-17 et s.

¹⁷² Cass. crim., 31 mars 2016, n° 15-82.417 : « lorsque la menace a été matérialisée dans un écrit, une image ou tout autre objet, les juges du fond doivent rechercher le véritable sens des propos tenus par l'auteur et dire en quoi les termes employés constituent une menace formulée à l'encontre de la personne concernée. »

¹⁷³ CA Saint-Denis de La Réunion, 24 nov. 2015, n° 12/01256 (à propos d'un chef d'équipe de chantier licencié suite à un graffiti injurieux à l'égard de son employeur, publié sur les murs du chantier, constitutif d'une faute grave).

¹⁷⁴ CA Versailles, 21 mars 2012, n° 10/00095 (à propos de graffitis à caractère xénophobe, écartés du champ de la libre expression des salariés).

¹⁷⁵ J. T. Serra, *op. cit.*, p. 312 : « l'étendue trop large des lois pénales crée un obstacle aux libertés artistiques et punit l'artiste injustement. » (traduction de l'auteur).

¹⁷⁶ D. Guével, *op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁷⁷ N. Heinich, « L'artification par la transgression », *Droit(s) et Street Art. De la transgression à l'artification*, L.G.D.J., 2016, p. 40.

de propriété intellectuelle interviennent peu est particulièrement adapté « (1) *when creation is driven by rewards not reliant on exclusivity*; (2) *when exclusivity would harm further creation*; (3) *when there is high public or creator interest in free access without harm to creativity*; and (4) *when creators prefer to reinvest scarce resources in further creation than in protection or enforcement of intellectual property, i.e., when there is a higher cost of protecting or enforcing exclusivity than benefit to pursuing infringers.* »¹⁷⁸ Le monde du Street Art est certainement un monde ainsi autonome et auto-normé, dans la mesure où c'est un art public et non-exclusif qui répond à ses propres conventions sociales.

84. Tout d'abord, revenons sur la raison d'être du Street Art : c'est une création éphémère. Pourquoi encourager la sauvegarde d'une œuvre vouée à disparaître ? Les artistes agissent en pleine conscience de l'aspect éphémère. Ceux qui souhaitent sauver les graffitis de la destruction, si louable leur intention soit-elle, remettent en cause la nature même des œuvres et les intentions de l'artiste.¹⁷⁹ Bien que certains artistes puissent souhaiter que leurs œuvres soient préservées pour la postérité, ils agissent tous en pleine connaissance de la probable destruction de leur œuvre. Puisqu'on ne peut présumer leurs intentions, il ne faut pas non plus supposer qu'ils souhaitent que leurs œuvres se retrouvent suspendues aux murs d'une galerie, d'un musée ou chez un collectionneur privé.

85. Le deuxième argument découlant du premier est le suivant : le Street Art est une création publique exposée dans la rue. Or on observe déjà un mouvement depuis la rue vers la galerie : certains street artists organisent leurs propres expositions,¹⁸⁰ et des œuvres se retrouvent sur les murs d'une galerie et vendues aux enchères, parfois sans l'accord de l'artiste.¹⁸¹ Mais créer un régime *sui generis* pour le Street Art reviendrait à accélérer le processus d'institutionnalisation du mouvement : souhaité par les collectionneurs ou les galeristes, il est décrié par la majorité

¹⁷⁸ E. Rosenblatt, « A Theory of IP's Negative Space », 34 Colum. J.L. & Arts 317, 2011, p. 342 : « (1) dès lors que la création est encouragée par un système qui ne repose pas sur l'exclusivité, (2) lorsqu'il y a un fort intérêt à l'accès gratuit de la création, qui ne porte pas de dommage à la créativité, (3) si l'exclusivité porte atteinte à la création et (4) lorsque les créateurs préfèrent investir leurs ressources pour créer plutôt que pour protéger leurs propriétés intellectuelles. » (traduction de l'auteur).

¹⁷⁹ Pour aller plus loin : K. Turan, « 'Saving Banksy' Investigates the Tension Between the Ethos of Street Art and a Desire to Preserve It », *Los Angeles Times*, 19 janv. 2017, accessible sur <http://www.latimes.com/entertainment/movies/la-et-mn-saving-banksy-review-20170115-story.html> (visité le 16 août 2018).

¹⁸⁰ Voir par ex. « Barely Legal », l'exposition organisée par Banksy à Los Angeles en 2006 : E. Wyatt, « In the Land of Beautiful People, an Artist Without a Face », *The New York Times*, 16 sept. 2006, accessible sur <https://www.nytimes.com/2006/09/16/arts/design/16bank.html> (visité le 5 septembre 2018).

¹⁸¹ Voir par ex. « Genius or Vandal ? You Decide », une exposition sur Banksy organisée à Moscou en août 2018, sans l'accord de l'artiste : T. Balmforth, « Banksy finds nothing funny about this unauthorized Moscow Exhibition », *The Huffington Post*, 18 août 2018, accessible sur https://www.huffingtonpost.com/entry/banksy-moscow-exhibition-street-art_us_5b77e36ce4b05906b413fe7a?guccounter=1 (visité le 5 septembre 2018).

des artistes et des amateurs d'art urbain. Le Street Art est très fortement lié à l'endroit où l'œuvre est créée : l'artiste a choisi un site particulier afin que l'œuvre soit vue des passants et qu'ils puissent interagir avec celle-ci. La création d'un régime propre au Street Art reviendrait à le précipiter vers une mutation contradictoire à sa dénomination et à sa raison d'être, à moins de trouver un équilibre.

86. Du côté de la communauté des graffeurs, qui a déjà ses propres règles, imposer des restrictions reviendrait à annihiler l'aspect « illégal » et dangereux du Street Art. On pourrait même aller jusqu'à dire que cela créerait un obstacle à la création artistique. Les artistes sont très souvent réticents à l'idée de rentrer dans le circuit du capitalisme, et certains préféreraient détruire leurs œuvres plutôt que de laisser quelqu'un en retirer un profit.¹⁸² D'autres artistes refusent de signer leurs œuvres, posant ainsi un obstacle à la mise en vente ou l'exposition dans des institutions, qui les refuseront sans certificat d'authentification. Il en est ainsi pour Pest Control, l'organisme de certification de Banksy, qui refuse d'authentifier ses œuvres créées dans la rue (par opposition aux œuvres qu'il crée pour des galeries ou des expositions), parce qu'elles ne sont pas réalisées dans un but commercial. Conscients de l'aspect éphémère de leurs œuvres, beaucoup utilisent la photographie et Internet, en particulier Instagram, pour promouvoir leur art, et créent par là un catalogue digital de leurs créations *in situ*.

87. Un régime juridique des droits d'auteur trop strict serait enfin un obstacle à l'inspiration : il est admis dans la communauté artistique qu'un artiste empreinte toujours à un autre, c'est un jeu d'interaction (*Figure 19*). Le street artist derrière l'image de campagne de Barack Obama en 2008 en a payé les frais en 2012¹⁸³ (*Figure 20*), alors que d'autres tel Richard Prince et Jeff Koons s'en sortent indemnes. Le droit peut ainsi constituer une limite à la création artistique mais aussi inciter à repousser ces limites.

¹⁸² Voir par ex. : Le Huffpost, « 'La fille au ballon' de Banksy s'est auto-détruite juste après avoir été vendue aux enchères », *Huffington Post*, 6 oct. 2018, accessible sur https://www.huffingtonpost.fr/2018/10/06/la-fille-au-ballon-de-banksy-sest-auto-detruite-juste-apres-avoir-ete-vendue-aux-encheres_a_23552704/ (dernière visite le 6 oct. 2018).

¹⁸³ Pour aller plus loin : W. Fisher et al., « Reflection on the Hope Poster Case », 25 *Harv. J.L. & Tech.* 244, 2012.

CONCLUSION

88. Il résulte de nos développements que le Street Art subsiste dans un environnement où une protection limitée est offerte à ceux qui osent se manifester. On assiste à un véritable vide juridique : en France, les droits de l'artiste sont suffisamment larges pour lui permettre de s'en prévaloir facilement, mais il y a peu d'affaires qui arrivent jusqu'au juge ; aux États-Unis, le régime du *copyright* est plus limité, mais la jurisprudence en faveur des street artists est florissante. La création juridique ou l'amélioration du régime actuel peuvent paraître inévitables dans la mesure où les street artists ne sont pas incités à se battre, car eux-mêmes considèrent qu'ils ne sont pas légitimes pour défendre leurs droits.

89. Quelles seraient les solutions pour pallier ce vide juridique ? Il faudrait d'abord distinguer l'acte de vandalisme du graffiti, qui est un acte de création artistique : « [ce] n'est pas de prévenir le graffiti, mais plutôt d'essayer de prévenir le vandalisme. [...] La distinction entre le graffiti et le vandalisme doit être clairement défi dans la loi et dans le débat public, par la communauté artistique. »¹⁸⁴

90. **Licéité intrinsèque et extrinsèque.** Certains auteurs recommandent de distinguer la licéité intrinsèque, relative au contenu, et la licéité extrinsèque, relative au support et au contexte.¹⁸⁵ L'illicéité intrinsèque, par exemple lorsque le graffiti contient des « perversions sexuelles dégradantes pour la personne humaine, »¹⁸⁶ serait un obstacle complet à la protection par des droits d'auteur. Il pourrait en être de même pour les œuvres incitant à la violence, à la xénophobie, ou à caractère pédopornographique. Par opposition, l'illicéité extrinsèque n'empêcherait pas la qualification d'œuvre de l'esprit, mais constituerait une limite à l'exercice des droits reconnus à l'auteur, en ce que la cour pourrait obliger l'auteur à retirer l'œuvre. Il semblerait que ce soit l'approche retenue par les juges du TGI de Paris en novembre 2007 lorsqu'ils ont ordonné aux squatters de retirer leur mosaïque sous deux mois avant que le propriétaire n'ait le droit de la détruire.¹⁸⁷

¹⁸⁴ J. T. Serra, *op. cit.*, p. 312 (traduction de l'auteur).

¹⁸⁵ A. Dimeglio, « La protection du street art par le droit d'auteur », 2015, <http://dimeglio-avocat.com/la-protection-du-street-art/> (visité le 6 août 2018).

¹⁸⁶ Cass. crim., 28 sept. 1999, *op. cit.*

¹⁸⁷ TGI Paris, 14 nov. 2007, *op. cit.*

91. **Bien commun artistique.** Une autre possibilité serait la qualification du Street Art comme bien commun artistique par la volonté de son auteur.¹⁸⁸ L'œuvre de Street Art appartiendrait au public : d'une part, l'auteur ne posséderait donc aucun droit (en particulier intellectuel) sur son œuvre, et d'autre part le propriétaire du support ne pourrait donc protéger ou détruire l'œuvre incorporée à son bien. C'est ce qui semble sous-tendant à la décision *Members of City Council v. Taxpayers*,¹⁸⁹ en ce que la Cour Suprême américaine n'a reconnu aucun droit au propriétaire du bâtiment. Mais cela reviendrait à priver l'artiste de sa création intellectuelle, ce qui serait contraire à la théorie française et européenne des droits d'auteur.

92. **Équilibre de facteurs.** Une troisième solution pourrait être la création d'un test à l'anglo-saxonne, proche de l'exception américaine du *Fair Use*, en compensant plusieurs facteurs qui permettent de distinguer le vandalisme du Street Art, le vandale de l'artiste, l'illégal du protégeable :

(1) En premier lieu, le juge pourrait apprécier la notoriété de l'artiste et la similarité de l'œuvre avec son travail précédant, afin de lui reconnaître un style propre : ce critère permet de faire du graffeur un artiste et non un vandale, dans la mouvance du processus d'artification.

(2) En deuxième lieu plus le graffiti est monumental et élaboré, plus celui-ci se rapprocherait du statut d'œuvre d'art : pour ce faire, on pourrait apprécier la taille de l'œuvre, la technique et les moyens utilisés.

(3) Ensuite, le juge pourrait apprécier la gravité du dommage causé au propriétaire du support, ainsi que toute autre circonstance criminelle adjacente à l'acte de création : si le medium permet de retirer l'œuvre sans dommage au propriétaire du support, cela pourrait jouer en la faveur de l'artiste. Au contraire, s'il a commis une infraction pour entrer sur la propriété (pour reprendre la notion d'illicéité extrinsèque), cela pourrait limiter les droits qu'il aurait sur son œuvre.

(4) Enfin, l'intention de l'artiste et le message véhiculé par l'œuvre devraient avoir une place importante dans l'analyse de l'œuvre : la critique participe au débat démocratique, si l'on en revient à la théorie politique américaine de la liberté d'expression.

93. Cependant, ce test reviendrait à créer une hiérarchie dans l'Art, pouvant exclure des œuvres d'art parce qu'elles ne rentreraient pas dans un catalogue validé par les juges.

¹⁸⁸ A. Héritier, *op. cit.*

¹⁸⁹ *Op. cit.*

94. Il est également primordial de renforcer la liberté d'expression artistique, en particulier en laissant au propriétaire du support le choix de garder l'œuvre créée sur demande ou en violation de leurs droits, contrairement à ce que beaucoup de villes américaines imposent. Les propriétaires du support pourraient ainsi se faire les avocats du street artist, afin d'éviter qu'il soit puni pour vandalisme ou pour la violation des ordonnances locales relatives à l'urbanisme.

95. Avant que le droit positif ne change, travailler sur autorisation ou sur commande paraît une bonne manière de légitimer le Street Art, d'autant plus que les parties peuvent choisir les termes de la protection de l'œuvre au sein d'un contrat, même si certains artistes restent réticents face à l'institutionnalisation du mouvement. Le vide juridique constaté n'empêche pas les artistes de créer et de s'entraider : « *economic incentives are not necessary to motivate the creation [...]. The evidence of this is on the streets, where street art continues to flourish in a norms-based, low-IP world.* »¹⁹⁰ Les considérations pratiques et l'étude sociologique du Street Art montrent que l'encadrement n'est finalement pas obligatoire : on remarque une montée en puissance des réseaux sociaux dans la défense des droits du street artist, que ce soit pour se forger une réputation, revendiquer une œuvre ou appeler au boycott d'un contrefacteur. Les sociétés de gestion collective seraient un compromis, leur permettant de mieux connaître leurs droits et d'avoir un interlocuteur dédié en cas de besoin. Finalement, *copyright may not be for losers* en ce qui concerne le Street Art, à la condition d'avoir les bonnes cartes en main.

¹⁹⁰ C. Smith, *op. cit.*, § 293 : « les incitations économiques ne sont pas nécessaires pour motiver la création [...]. La preuve se trouve dans les rues : le Street Art prospère dans un monde de normes et dans un régime de propriété intellectuelle souple. » (traduction de l'auteur).

ANNEXES

FIGURES 41
 INTERVIEWS 44

FIGURES

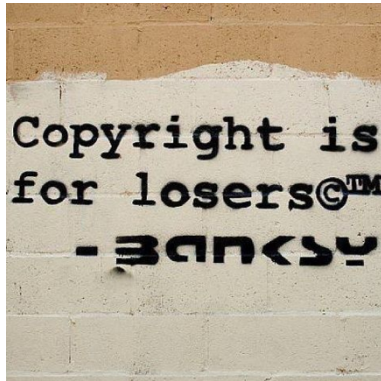


Figure 1.

Banksy, *Copyright is for losers*, lieu et date inconnue. [notre prémisses]



Figure 2.

Cryptograffiti, *Trust Us*, date inconnue, New York, USA. [critique du système bancaire traditionnel]



Figure 3.

Ardif, *Save the Bees*, 2017, Paris.



Figure 4.

In Love, *Sans Titre*, 2018, Paris, France.



Figure 5.

BNE Was Here, date et lieu inconnus.



Figure 6.

Matt_tieu, *Pic-Nic en Famille*, 2018, Paris, France. [utilisation de la craie comme medium éphémère]



Figure 7.

Banksy, *Sans Titre*, 2018,
Paris, France.
[protégée sous plexiglass]



Figure 8.

Banksy, *This Is Where I Draw the Line*,
2010, San Francisco, CA, USA.
[retirée pour être donnée et exposée dans un musée, l'œuvre est
aujourd'hui dans le lobby d'une banque américaine]



Figure 9.
Kobra, *Fight
for Street
Art*, 2014,
Brooklyn,
NY, USA.

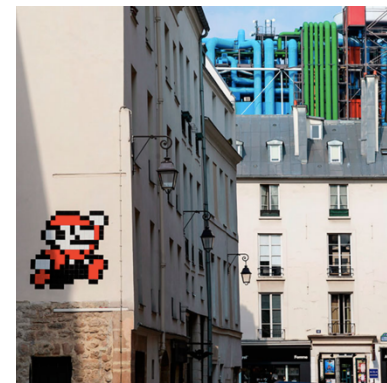


Figure 10.

Invader, *PA_953*, 2001, Paris,
France.



Figure 11.

Miss Tic, *L'Art Nuit à la
Bétise*, 2005, lieu inconnu.



Figure 12.

Monsieur Chat, *Sans Titre*,
2015, Paris, France.
[objet de la dispute contre la
SNCF en 2015]



Figure 13.

Moose, *Discovery Channel*,
2007 Brighton, UK.
[exemple de Reverse Graffiti]



Figure 14.

Christo et Jeanne-Claude, *The Pont Neuf Wrapped*, 1985,
Paris, France.
[objet de l'arrêt de 1986]



Figure 15.

« 5Pointz »,
1990-2013,
Queens, New
York, USA.
[objet de la
dispute contre
Jerry Wolkoff
entre 2010 et
2018]

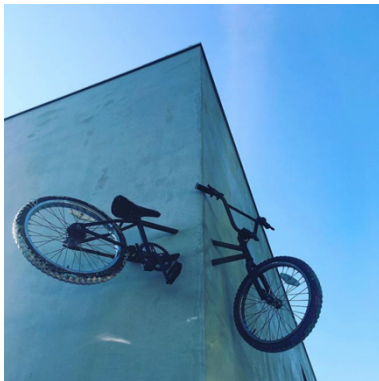


Figure 16.

Monsieur BMX, *Sans Titre*,
2016 Montpellier, France.



Figure 17.

Campagne publicitaire lancée
par H&M en octobre 2017
devant un graffiti par Revok à
Brooklyn, NY, USA.



Figure 18.

Campagne publicitaire lancée
par The Kooples en juin 2018
devant un graffiti par In Love à
Paris, France.

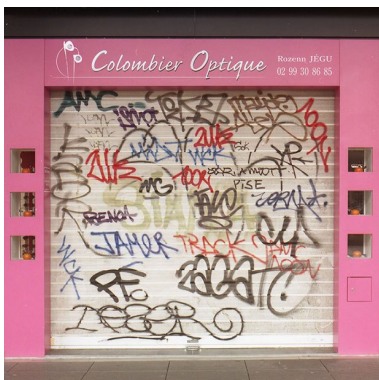


Figure 19.

Les Frères Ripoulain, *Nuages de tags*,
2010, Rennes, Paris, France.



Figure 20.

Shepard Fairey, *Hope*, 2008.
[objet de la dispute contre
Associated Press en 2009]

INTERVIEWS

Ardif, Matt_tieu et In Love

1) Quel type de street art créés-tu ? Quel message souhaitez-tu partager ?¹

Ardif : Je fais du collage de rue principalement. Mon travail consiste en des animaux mi-naturels, mi-mécaniques. J'ai à la fois un message de partage d'un imaginaire et de prise de conscience de l'artificialisation de la nature par un progrès technique non maîtrisé.

Matt_tieu : J'interviens dans la rue en utilisant de la craie. J'y dessine visages et animaux et je tente de les mettre en scène et de jouer avec le mobilier urbain. J'essaye de donner une touche humoristique et graphique à la fois. Le but est de de surprendre et de faire sourire, la craie donnant un côté éphémère à mes réalisations.

In Love : C'est du graff (je prends ça comme ça en tout cas) : il y a dans l'histoire de ce mot « Graff » une connotation « illégale » qui me plaît bien. En tout cas, illégale devant la loi, parce qu'aux yeux de beaucoup de gens, ce côté illégal disparaît derrière la création du graff et son message. À l'origine mon message est simple et particulièrement ciblé : c'est une déclaration d'amour pour ma Nana. Donc au départ le partage est volontairement limité entre elle et moi... mais étant à la vue de tout le monde et plaisant à beaucoup, ce message s'est propagé et les gens ce le sont approprié. Ça nous a fait très plaisir de partager un message d'amour car les retours sont très sympas et plein d'amour également, sauf pour ceux que le vandalisme dérange (ils sont extrêmement minoritaires... mais il y en a).

2) Ton art se limite-t-il seulement à la rue, ou travailles-tu aussi sur commande ?

Ardif : Je travaille avec des galeries et parfois pour des commandes de particuliers.

Matt_tieu : D'abord uniquement dans la rue, je suis amené (de plus en plus) à répondre à des appels à projets, à participer à des expositions, ou autres festivals. Je m'assure pour autant de toujours avoir du temps pour en faire dans la rue, car c'est là que j'y trouve le plus de plaisir, le plus de surprises, de spontanéité, et d'échanges gratuits.

¹ NDA : les réponses ont été éditées par souci de clarté.

In Love : Etre payé pour faire des graffs ? Ce n'est pas le but mais si demain on me le proposait je pense que j'accepterais car c'est un vrai plaisir de graffer pour ma Nana alors si en plus on me paye [...]. Je n'aurais pas cette démarche de moi-même.

3) As-tu déjà été interpellé(e) ou arrêté(e) pour vandalisme ?

Ardif : J'ai déjà croisé plusieurs fois la police sans qu'elle m'interpelle. Une fois, ils se sont arrêtés pour me demander ce que je collais et quand ils ont vu le dessin, ils ont trouvé ça très bien et m'ont autorisé à continuer. Et enfin une fois je me suis fait interpeler par une piétonne qui m'a clairement fait comprendre qu'elle ne voulait pas de ça dans sa rue.

Matt_tieu : Uniquement quelques amendes dans le métro, lorsque je dessinais sur des panneaux publicitaires. Bien que les panneaux soient vierges, j'avais été signalé par des conducteurs, et la sécurité, qui s'était déplacée pour moi, était obligé de verbaliser. [...] Le médium que j'utilise me permet d'en faire sereinement en plein jour et la plupart du temps, tout se passe bien. Tu es parfois confronté à des réactions de passants ou voisins hostiles, mais ça reste en marge. [...] Je pense que le médium que j'utilise joue beaucoup, car tout le monde a manié de la craie quand il était plus jeune. Les gens pensent (parfois à tort), que ça s'efface très facilement.

In Love : Oui une fois, c'était la nuit pourtant. Ils m'ont fouillé, questionné, j'ai dit que c'était une déclaration d'amour, ça les a fait marrer. Ils m'ont demandé si c'était la première fois, j'ai menti évidemment et j'ai répondu que oui ; ils m'ont laissé filer en me prévenant que s'ils me reprenaient c'était l'amende (800 € minimum).

4) Quel est ton ressenti quand tu vois qu'une de tes œuvres a été effacée, arrachée retirée, ou recouverte ?

Ardif : La plupart du temps je l'accepte totalement. [...] Ça me fait même plaisir quand il s'agit d'une dégradation progressive, comme si la rue et le temps assimilaient petit à petit l'œuvre. Par exemple mon abeille s'est désagrégée en plusieurs mois renforçant le message de la disparition progressive de cette espèce. Par contre il arrive de voir des œuvres se faire enlever trop proprement ce qui laisse supposer un vol pur et simple du poster par quelqu'un. Mais

globalement le recouvrement, l'effacement et la disparition font partie de l'aspect éphémère du street art. Cela rajoute une autre dimension à cet art.

Matt_tieu : Tout dépend depuis combien de temps je l'ai faite. Je pars du principe qu'elle appartient aux passants et aux habitants une fois que je l'ai terminée et photographiée. C'est vrai que si je passe quelques heures à la faire, et qu'elle est abimée le jour même, j'aurai une petite déception. Mais pour autant, le côté éphémère et fragile fait qu'elle continuera dans tous les cas évoluer, jusqu'à disparaître.

In Love : C'est le jeu, même si ce sont des messages qui nous touchent particulièrement ma Nana et moi. Et puis il y a différentes façons d'effacer et de « toyer » un graff : quand c'est volontairement agressif ou fait pour détériorer mon graff je suis dans l'incompréhension et ça peut me blesser (car c'est un VRAI message d'amour) mais quand c'est le temps qui en fait son affaire ou des petits compléments parfois rigolos c'est autre chose.

5) Quel est ton ressenti quand tu apprends qu'une de tes œuvres a été prise en photo et reproduite (Instagram, livre, campagne de marketing...)?

Ardif : Le partage sur les réseaux sociaux fait partie de la nouvelle donne de l'art de rue. Cela participe même à sa popularité et sa reconnaissance (certains en ont fait une composante de leur travail comme Invader). A mes yeux, la communauté Instagram par exemple, fait vivre le street art à Paris en même temps que les artistes. Des visites touristiques des événements sont créés par ces mêmes personnes autour du street art. Les publications (papier ou numériques) sont toujours les bienvenues tant qu'elles sont créditées et respectent le travail de l'auteur. L'aspect marketing est plus compliqué, certains pensent que s'agissant de street art et donc d'art ouvert à tous il est possible d'en utiliser l'image sans le consentement de l'auteur. Cela donne lieu à des abus et des récupérations non consenties d'œuvres picturales qui restent des créations originales. L'exemple de H&M et de l'artiste Revok est un parfait exemple et cela a donné lieu à une réponse immédiate du monde du street art. Je pense qu'utiliser le street art pour faire du marketing n'est pas nécessairement une mauvaise chose, cela peut aider à faire vivre les artistes et à populariser cet art. Mais cela doit être fait dans le respect du médium et des auteurs.

Matt_hieu : Sur le principe, je suis plutôt content d'être relayé et partagé. Il ne faut pas se leurrer, on cherche à gagner en visibilité en tant qu'artiste de rue. Je suis donc plutôt content lorsqu'une de mes photos est partagée, et notamment sur les réseaux. Ensuite je nuancerais mon approche en fonction de la finalité et de l'objectif de celui qui me relaye. Pour ce qui est des livres, obtenir l'avis de l'artiste me paraît être vraiment le minimum. Surtout au regard de l'engouement et des fortes recettes commerciales qui en découle parfois. J'accepte bien volontiers d'y figurer, et en suis même honoré, mais ne me prive pas pour demander quelques contre-porte matérielles notamment. Pour les campagnes marketing, je serais beaucoup plus vigilant, car là j'aurais clairement l'impression qu'on serait dans la récupération de mon travail.

In Love : Ça fait toujours plaisir évidemment. Quand c'est amateur et pour le fun il n'y a aucun problème c'est cool, si le message final est positif. Mais quand ça a un but lucratif, publicitaire, là c'est autre chose. On demande des comptes aux protagonistes, même si on ne nous répond pas toujours (je pense à des marques qui ont pignon sur rue), on essaie de leur faire comprendre que s'ils comptent utiliser nos graffs pour vendre leurs produits alors là il doit y avoir une vraie réflexion sur l'idée d'un dédommagement, de paiement, ça me semble normal, même si le graff est à l'origine illégal. Il est illégal sur le mur mais pas dans un magazine ou une pub. C'est illégal de faire un graff mais pas de se servir de son image à mon sens.

6) Es-tu familier avec le fonctionnement des droits d'auteur ? As-tu eu déjà besoin de te renseigner et/ou tenté de t'en prévaloir face à ceux qui se sont approprié tes œuvres ?

Ardif : J'ai fait des études d'architecture pendant lesquelles j'ai abordé la notion de droit d'auteur. Je commence à réfléchir à l'idée de protéger mon travail et mes créations. Notamment au travers de l'INPI, je commence tout juste à me renseigner...

Matt_hieu : Sans être complètement au fait de toutes les règles, je pense avoir quelques notions de droit d'auteur, et sais surtout que recueillir l'autorisation de l'intéressé dans l'utilisation de son image ou de son travail est le minimum. Je n'ai jamais eu à devoir me renseigner ou à faire prévaloir les droits (heureusement), mais je n'hésiterais pas, surtout contre un grand groupe.

In Love : Non pas vraiment mais on se renseigne de plus en plus. On a téléphoné à une avocate il n'y a pas longtemps. On reviendra peut-être vers elle si des marques, des boutiques, des enseignes continuent de se servir de nos graffs pour faire leur beurre.

7) Au quotidien, comment fais-tu pour faire valoir des droits en tant qu'artiste (je pense en particulier à Instagram) ?

Ardif : La plupart du temps je fais des recherches de mes créations sur internet ou bien sur les réseaux. Cela permet parfois de voir si mon travail a été publié sur tel ou tel site, sur un compte Facebook ou Instagram. Parfois je trouve de mauvaises surprises comme la vente ou l'utilisation de mes œuvres sans crédit ou autorisation. Mais globalement mon travail est respecté. Les gens cherchent souvent à créditer l'auteur.

Matt_tieu : Cela me est également arrivé d'être partagé sans mon accord sur des comptes avec plusieurs millions d'abonnés (streetart globe, arthubs..), sous forme de slideshow (une dizaine de photos reprenant celles qui avaient bien marché sur mon compte). Là encore je n'ai pas pensé une seule fois à réclamer quoi que ce soit, tant l'impact sur la visibilité est énorme (forte hausse du nombre d'abonnés, likes..). Donc globalement sur les réseaux, tant que ce n'est pas une marque qui tente de s'accaparer mon image, je suis plutôt content d'être relayé.

In Love : On va directement parler par MP avec les personnes, les enseignes qui se servent de nos graffs pour leurs images. On essaie de trouver un arrangement financier. Il n'y a pas de raison que ça leur serve et pas à nous.

8) Penses-tu qu'il soit nécessaire de reconnaître un statut spécial du street art ?

Ardif : J'avoue que cette question me paraît complexe. Définir un statut cela signifierait de légiférer et de mettre un cadre juridique et administratif sur la création street art. Or il existe différentes manières de pratiquer cette discipline. Aujourd'hui on appelle street art aussi bien le petit graffiti de cage d'ascenseur, le sticker collé sur un poteau, le mur gigantesque peint avec toutes les autorisations et le matériel nécessaires, le grand poster collé illégalement ou encore une mosaïque sur un coin d'immeuble totalement délaissé... Certains posent des plexis sur ces œuvres pour les protéger, d'autres les arrachent ou les repeignent immédiatement. J'ai du mal

à imaginer un statut spécial, je pense qu'il faudrait déjà définir ce qu'est le street art concrètement, rien que cela me semble une tâche difficile. Mais si jamais il y avait possibilité de travailler avec des personnes compétentes sur un tel sujet, cela serait intéressant de voir quelles sont les pistes d'un tel statut.

Matt_hieu : Je pense qu'il faudrait faire une distinction entre le particulier, amoureux du street art, qui se déplace régulièrement pour le photographier et le partager, et pour lequel il n'y a pas de finalité économique, du professionnel, qui utilise le travail ou l'image de l'artiste pour servir ses intérêts et développer son activité ou améliorer son image. J'ai conscience du statut très ambiguë de notre démarche et de notre travail, et à mon sens, il (notre travail) appartient à la rue et aux passants une fois réalisé. Une protection de l'artiste et de son œuvre devrait alors exister lorsque son œuvre est utilisée à des fins commerciales, lorsque le consentement de l'artiste n'a pas été recueilli.

In Love : Je ne pense pas qu'il faille un statut spécial au Street art. C'est à la base quelque chose de sauvage, du vandalisme et ça doit le rester je pense. Par contre, une fois fait, une fois graffé, que certains se servent de cette illégalité pour faire leur pub et vendre leur produit là il y a quelque chose à faire, à trouver. L'illégalité du graff ne doit pas le rendre libre de tout usage, notamment financier, c'est trop facile.

GLOSSAIRE

Accession (C. civ., art. 546) : extension légale du droit de propriété sur une chose à tout ce qu'elle produit et à tout ce qui s'unit ou s'incorpore à elle.

Adjonction (C. civ., art. 566) : union matérielle de deux meubles corporels, appartenant à des propriétaires différents, qui restent séparables quoique formant un ensemble nouveau. Cet ensemble devient, par accession, la propriété du propriétaire de la chose principale, à charge de payer à l'autre la valeur de la chose accessoire.

Donation (C. civ., art. 894) : contrat par lequel une personne (le donateur) transfère, immédiatement et irrévocablement, avec intention libérale, la propriété d'un bien, sa nue-propriété, ou l'un des autres droits réels principaux (usufruit) à une autre (le donataire), qui l'accepte sans contrepartie.

Droit au respect de l'intégrité de l'œuvre (C. prop. intell., art. L. 121-1) : droit de l'auteur de s'opposer à toute modification, suppression ou ajout susceptible de modifier son œuvre initiale, tant dans la forme que dans le fond (source : SACD).

Droit de divulgation (C. prop. intell., art. L. 121-2) : droit de l'auteur décider de rendre son œuvre publique, ainsi que les modalités de cette communication (source : SACD).

Droit de paternité (C. prop. intell., art. L. 121-1) : droit de l'auteur décider d'apposer son nom sur son œuvre, de rester anonyme ou d'utiliser un pseudonyme (source : SACD).

Droit de retrait et de repentir (C. prop. intell., art. L. 121-4) : droit de l'auteur de décider d'apporter des modifications à l'œuvre (**droit de repentir**) ou d'en faire cesser la diffusion (**droit de retrait**), à tout moment et sans avoir à justifier son choix (source : SACD).

Droit de suite (C. prop. intell., art. L. 122-8) : rémunération de l'auteur d'une œuvre originale graphique ou plastique lors de la revente de l'œuvre où intervient un professionnel du marché de l'art (source : ADAGP).

Droit moral (C. prop. intell., art. L. 121-1 et ss.) : droit de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique de la divulguer, d'en fixer les conditions d'exploitation et d'en défendre l'intégrité. Ce droit est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Les droits moraux comprennent : (1) le **droit de divulgation**, (2) le **droit de paternité**, (3) le **droit au respect de l'intégrité de l'œuvre** et (4) le **droit de retrait et de repentir**.

Droit patrimonial (C. prop. intell., art. L. 122-1 et ss.) : droit de l'auteur d'exploiter son œuvre, de décider de la reproduction (**droit de reproduction**) et de la représentation publique de

son œuvre (**droit de représentation**) et en tirer une rémunération. Les droits patrimoniaux sont limités dans le temps (70 ans après la mort de l'auteur) et sont cessibles.

Fixtures : pièces meubles qui deviennent immeubles par leur annexion à un bâtiment, par opposition aux *chattels* qui restent amovibles.

Graffiti (C. pén., art. 322-1) : inscriptions, signes ou dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain, dont la réalisation est constitutive de destructions, dégradations ou détériorations légères, pénalement sanctionnées par le minimum de l'amende correctionnelle.

Mélange (C. civ., art. 573) : union de deux choses appartenant à des propriétaires différents, formant une matière nouvelle dont les éléments composants deviennent inséparables. Le bien nouveau est commun aux deux propriétaires et doit être licité à leur profit.

Occupation : mode d'acquisition de la propriété par la prise de possession d'une chose n'appartenant à personne.

Res derelictae (C. civ., art. 539 et 713) : choses abandonnées par leur propriétaire et susceptibles d'être acquises par un tiers par *occupation*.

Res nullius (C. civ., art. 714 et s.) : choses qui n'appartiennent à personne, et qui sont donc susceptibles d'appropriation.

Spécification (C. civ., art. 570 et 571) : création d'une chose nouvelle par le travail d'un artisan appliqué à une matière qui ne lui appartient pas. La chose nouvelle est attribuée, par *accession*, au propriétaire de la matière, à charge pour lui de rembourser le prix de la main-d'œuvre ; à moins que la valeur de la main-d'œuvre ne dépasse de beaucoup celle de la matière employée, auquel cas c'est l'ouvrier qui devient propriétaire moyennant remboursement du prix de la matière.

Tag (C. pén., art. 322-1, al. 2) : nom donné à une forme particulière de dégradation réprimée par la loi pénale consistant à tracer, sans autorisation préalable, des inscriptions ou dessins (on parle aussi de *graffitis*) sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain, entraînant ainsi un dommage pour ces biens.

Trespass : fait d'entrer sur la propriété d'autrui sans permission, traité en droit américain sous le régime de la responsabilité extracontractuelle.

SYNTHÈSE

STREET ART: IS COPYRIGHT FOR “LOSERS©™”?

A Comparative Perspective on the French and American Legal Approach to Street Art

ABSTRACT

Street Art is not a recent invention, but a recent fascination. Street artists face new legal problems every day, as neither the law nor society was in their favor for a long time. Perceived as a vandal and a trespasser, the street artist is often disregarded and their rights over their work are often forgotten. But neither American nor French law provide that an illegal, uncommissioned Street Art piece cannot be eligible to copyright protection. However, filling this legal loophole may not be advisable considering the growing institutionalization of such an artistic movement which thrives outside the boundaries of the law.

Keywords: Street Art, vandalism, copyright, moral rights, Visual Artists’ Rights Act.

INTRODUCTION

“Copyright is for Losers©™” spray-painted the (in)famous street artist working under the name of Banksy. Street Art is the latest artistic movement that fascinates the masses. Graffiti was born millennia ago, with the earliest examples on the walls of the Lascaux Caves in France, in Pompeii or in Ancient Egypt. More recently, it developed out of boredom and excitement in the poor neighborhoods of urban cities like New York in the 1970s. Graffiti is only one aspect of Street Art, which encompasses simple media and elaborate artistic methods: artists usually distinguish the “tag”, a simple word or signature, the “graffiti”, a sometime-elaborate piece using spray-paint and sometime stencils, and the “mural” which resembles the ancient fresco. We must also mention the many types of sticker art and wheat-paste art.

It must be pointed out that it is almost impossible to make a complete typology of Street Art, which this thesis will define as an art that is public, ephemeral, and free. “Public” because it is an art made by the people for the people, it is inspired by local culture, and it speaks to local communities. “Ephemeral” because the artists act in full knowledge and expectation that their work will be destroyed by the elements, by public authority or by passersby. “Free” because the artists do not expect any financial reward, rather, they view it as a gift to the public. Today, the visual aesthetics of Street Art interest not only galleries owners and auction houses, but also photographers, advertisers, publishers, and tourists. Conversely, against this rise of a new form

of artistic expression, modern-day legal systems view Street Art as vandalism. Usually punished under criminal statutes, it is perceived as the infringement upon the monopoly granted to property owners, i.e. the sacrosanct right to peacefully use one's property without the interference of others. But for street artists, it is an act of creation under the thrill of danger.

“Against this backdrop, it is curious that modern-day graffiti has been so hastily condemned as vandalism when history has viewed it as a form of artistic expression and a part of society's cultural capital.”² Street Art was and is still used as an avenue to express discontent, but must thrive in an illegal context, which is evident from the numerous unauthorized reproductions or sale of graffiti, murals, etc. in books, marketing campaigns, films or even on clothes. Most infringers defend these actions with the argument that the artwork was illegally created and available in public spaces, and therefore the artist waived any kind of right as an author, making the piece free to reproduce. However, this is supported neither by copyright law nor moral rights theory, in neither France nor the United States.

Although they have a different approach as to the reasons to award copyright protection to works of art, both legal systems grant the street artist with a variety of rights in her work. France – a pioneer in terms of granting copyrights to authors – perceives works as the extension or mirror of the author's personality, under a “social” approach to protect the fruit of his labor.³ By contrast, the United States view copyright as a way to “promote the Progress of Science and the useful Arts.”⁴ This distinction is visible when it comes to moral rights: the French social approach requires that the author and the work be protected simultaneously against attacks by others, in perpetuity; the United States economic approach is purely utilitarian, to incentivize creation and investment.⁵ American visual artists had to wait until 1990 to be specifically awarded moral rights, albeit far more limited and far less protective than the French Intellectual Property Code.⁶

In this context, it seems like street artists might have difficulty claiming copyright over their works, considering constant obstacles they are facing in theory and in practice, including individuals using their work for advertising purposes, painting over a wall, or taking down the work to donate it or sell it for profit. The purpose of this thesis is therefore to analyze Street Art as it is apprehended today by law in France and in the United States in order to assess whether

² B. Elias, “Street Art: The Everlasting Divide Between Graffiti Art And Intellectual Property Protection”, 7 No. 5 LANDSLIDE 48, 48 (2015).

³ French Intellectual Property Code, art. L. 111-1.

⁴ U.S. Const., Art. 1, Sec. 8.

⁵ See D. Hunter, *Intellectual Property*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2012, pp. 16-17.

⁶ Visual Artists' Rights Act, 17 U.S.C. § 106A (2018).

the creators of illegal works, i.e. those who create without the authorization of the property owner, can still claim rights over their artworks. Doctrinal debates also argue over the need for a *sui generis* status to fill this legal loophole: we must also ask whether this would be possible and if it is possible, would it furthermore be advisable.

I. STREET ART'S UNCERTAIN LEGAL STATUS

As of today, the legal context applicable to Street Art appears unsuitable: on the one hand, it is an act of destruction punishable by law; on the other hand, it is an act of creation protectable under copyright law.

A. *An Act of Destruction Punishable by Law*

1. **Street Art and Criminal Law.** Street Art is still illegal in the eyes of the law, as it qualifies as vandalism, or the voluntary deterioration of public or private property – except in the case of an agreement between the owner of the building and the artist

In France, article 322-1 of the Criminal Code specifically defines degradation of property as a misdemeanor in the French criminal law sense. The extent of the damage and the medium are important elements of the infraction, along with aggravating circumstances when the property is a cultural property or a historical site.⁷ As this is a question of facts, the French judge may look at different factors to assess the damage, including the medium used by the artist, to lower the penalty, especially if the act is reversible and made to disappear.⁸ By contrast, New York law defines vandalism by the dollar amount of the damage caused to another's property,⁹ which is an easier task for the judge who only has to follow the thresholds provided by the law, without having to assess the extent of the damage.

In the United States, the right to property is a fundamental right, and harm to private property is punished under state law. What distinguishes the different states is the way they seek to prevent Street Art: some cities, such as San Francisco, have a very strict no-graffiti policy,¹⁰ some restrict the sale of aerosols to minors, and others require the property owner to undertake the costs of erasing or taking down the piece, regardless of whether he finds aesthetic or commercial value to it.

⁷ French Criminal Code, art. 322-1 to 322-3-1.

⁸ Lower criminal court of Paris, *SNCF v. Monsieur Chat*, 13th Oct. 2016.

⁹ N.Y. PENAL LAW § 145.00-12.

¹⁰ SAN FRANCISCO PUBLIC WORKS CODE, art. 23.

2. **Street Art and Property Law.** In civil law, Street Art raises two issues. On the one hand, under general property law, a trespasser cannot reclaim a fixture attached to the property.¹¹ Therefore, it seems that the street artist cannot be considered as the owner of physical work made on a medium belonging to another. On the other hand, does the owner of the walls make that person the owner of the work as well? More plainly said: who owns Street Art?¹² Despite philosophical differences concerning the types of property rights in France – where there is one absolute and undivided property right,– and in the United States – where there is a “bundle” of property rights which can strain one piece of land,¹³ – there are three similar mechanisms to claim ownership of the piece: (a) abandonment, (b) gift, and (c) accession.

a. **Abandonment.** Abandoned property, as opposed to lost or mislaid property, is “voluntarily forsaken by its owner.”¹⁴ A close concept, lost property is defined as “involuntarily parted with through neglect, carelessness, or inadvertence”¹⁵ and still belongs to the owner; abandoned property belongs to the one who occupies it. A piece of Street Art, however, cannot be classified as lost because the artist voluntarily created it on the property of another’s and left it there in full awareness of his actions. As defined in American law, abandonment requires a unilateral intent to transfer the property to an indifferent recipient.¹⁶ Such intent cannot be inferred from the work itself, and the finder will have to prove that the artist effectively intended to abandon the work and never reclaim it.¹⁷ It should also be noted that “mere nonuse or lapse of time does not, in itself, constitute abandonment.”¹⁸

b. **Inter vivos gift.** Street Art may be classified as an *inter vivos* gift to the proprietor or to the public. But both French and American law require that the donor effectively deliver the gift to another living person, who then accepts it.¹⁹ In the case of Street Art, aside from works created on demand, most pieces are created without a determined donee, and without the effective acceptance by the latter. Therefore, most Street Art cannot be treated as a gift.

c. **Accession.** The mechanism of accession is “the acquisition of title to personal property by its conversion into an entirely different thing by labor bestowed on it or by its

¹¹ 1 AM JUR 2D *ACCESSION AND CONFUSION* § 5, 502.

¹² See, e.g., P. Salib, “The Law of Banksy: Who Owns Street Art?”, 82 U. CHI. L. REV. 2293 (2015)

¹³ 63C AM. JUR. 2D *PROPERTY* § 1.

¹⁴ 1 AM. JUR. 2D *ABANDONED, LOST, AND UNCLAIMED PROPERTY* § 4. See also, French Civil Code, art. 539 and 713.

¹⁵ *Id.*, § 13.

¹⁶ P. Salib, *id.*, 2298.

¹⁷ See French High Court, 10th May 2005, no. 04-85.349, Bull. crim. no. 145, p. 526: the fact that a letter was torn apart and thrown away was insufficient to prove the owner’s intention to abandon the letter.

¹⁸ 1 AM. JUR. 2D *ABANDONED, LOST, AND UNCLAIMED PROPERTY* § 10.

¹⁹ 38 AM. JUR. 2D *GIFTS* § 6; French Civil Code, art. 894.

incorporation into a union with other property.”²⁰ In France, the theory of incorporation finds two applications: (1) when two movable things are attached, the degree of control over the whole depends on the degree of attachment²¹; (2) when a movable thing is attached to an immovable thing (e.g. a building), the owner of the land becomes owner of the whole.²² By contrast, American law does not care about the medium where the property is affixed, but the manner of fixation. If the accessory cannot be “identified and severed without injury to the original property,”²³ the owner of the principal becomes the owner of the whole. Applied to Street Art, accession is the mechanism most likely to favor the owner of the property onto which the piece was affixed.

However, very few street artists assert property of the physical work, because it is created for the community, or the public. Others circumvent the problem by using methods that prevent the work from being “affixed” to another’s property: in particular, Reverse Graffiti or “clean-tagging” is a technic where the artist removes dirt from a wall or from the ground to create something without using paint or paste. Nonetheless, artists may also claim the intellectual property in their works.

B. An Act of Creation: the Copyrightability of Street Art

Comparing the conditions for copyright protection in France and the United States reveal that Street Art should be eligible to copyright protection. Since the harmonization started by the Berne Convention,²⁴ substantial conditions require the work or “*oeuvre*” to be (1) original and (2) fixed. In France, copyright is affixed to the work as from the point of creation without any formalities required,²⁵ but it needs to be registered before the Copyright Office for U.S. citizens and residents to bring a lawsuit, and for the author to be entitled to statutory damages additional to actual damages.²⁶ This is one element that distinguishes France and the United States, in that American artists face extra steps before being entitled to protection and compensation.

²⁰ 1 AM. JUR. 2D *ACCESSION AND CONFUSION* § 1.

²¹ French Civil Code, art. 564.

²² French Civil Code, art. 555.

²³ 1 AM. JUR. 2D *ACCESSION AND CONFUSION* § 1.

²⁴ World Intellectual Property Organization, Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris, 6th Sept. 1886.

²⁵ French Intellectual Property Code, art. L.111-1.

²⁶ 17 U.S.C. § 411. See also M. Ralstin, “Six Things You Must Know About Copyrights in Street Art”, ART LAW JOURNAL (2014), <https://alj.orangenius.com/6-copyrights-street-art/>.

1. **Original works.** Originality is a judge-made notion in both France and the United States.²⁷ In France, it traditionally means that the work carries the personality of the author. In the United States, originality “is a very low bar for the author to hurdle.”²⁸ “Original” is understood as originating from the author, as an independent creation, i.e. not copied, which presents a minimal degree of creativity.²⁹ As applied to the visual arts, originality requires that the work depict more than the stereotypes of an artistic genre – at least according to France case law.³⁰ This is a factual matter: some simple “tags” may not be original enough, especially when they only consist of one word or surname, but the line is fairly easy to cross.

2. **Fixed works.** A work is fixed when it is more than a simple idea, more than transient.³¹ It must exist in a tangible form of expression so as to be perceived, reproduced, or communicated. The ephemeral aspect of Street Art has no impact on its copyrightability: as long as it is affixed to a wall or any other medium and can be perceived, this is enough to be “fixed” in the copyright sense. We can compare the 9th Circuit case where a garden was not considered fixed enough to be eligible to copyright protection,³² as opposed to the *5Pointz* case, where more than 40 pieces of Street Art were protected by copyright despite their ephemeral aspect.³³ This is a factual question that rests within the power of the judge, who will ultimately assess the artistic medium used by the artists.

3. **Illegality.** Not all Street Art can qualify as “works”, but for those that do, the plain text of the law does not make the legality of the creation as a pre-requisite for copyright protection. It is noteworthy that, as opposed to trademarks,³⁴ neither France nor the United States prevent a work from copyright eligibility because of illegality or immorality. Under the doctrine of *ex turpi causa non oritur actio* (no action arises out of an immoral act), courts might be reluctant to award copyright protection to pieces resulting from vandalism, because the artist acted with the *mens rea* for the mischief. However, in 1999, the French criminal court held that a pornographic film fell under the scope of copyright protection;³⁵ similar cases were heard in the 5th and 9th Circuits of the United States. It would seem logical to apply the same rationale to Street Art: where, from the point of view of *mores*, pornography is an indecent practice,

²⁷ 17 U.S.C. § 102(a).

²⁸ D. Hunter, *id.*, p. 33.

²⁹ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 111 S Ct 1282 (1991).

³⁰ Paris Court of Appeal, 7th May 2014, no. 13/06889.

³¹ 17 U.S.C. § 102(a).

³² *Kelley v. Chicago Park Dist.*, 635 F.3d 290, 303 (7th Cir. 2011).

³³ *Cohen v. G&M Realty L.P.*, 988 F. Supp. 2d 212 (E.D.N.Y. 2013), *see below*.

³⁴ French Intellectual Property Code, art. L. 711-3, b; 15 U.S.C. § 1052.

³⁵ Crim, 28 Sept. 1999, n° 98-83.675.

Street Art may be perceived as similarly unlawful. Nonetheless people who engage in it may find it proper, and the illegality or immorality of the performance should not prevent them from claiming copyright protection.³⁶ Recent cases revolving around Street Art accentuate the legal void without addressing it. Thus, the question arises whether a unique status for Street Art should and could be implemented.

II. PROS AND CONS OF CREATING A SPECIFIC STATUS FOR STREET ART

What makes this void so complicated to fill? “Unfortunately, art and artists have no special prerogatives from the perspective of law and law enforcement, which emanates from that portion of social consciousness that for the most part is insensible to aesthetic values.”³⁷

Art and law are often viewed as incompatible: one celebrates creativity, the rebellious act, revolution, whereas the other prefers that which fits into predetermined definitions, that which respects the rules and conventions.³⁸ Art philosophers observe a recent phenomenon under the name of “artification,” the process by which “people do or make things that gradually come to be defined as works of art.”³⁹ Similarly, Street Art evolved into a socially acceptable, critically acclaimed, and attractive leisure: street artists want to be famous, collectors want to own a Banksy, individuals want to discover new pieces. Given this recent acclaim, we are confronted with whether legal thinkers could and should work on the creation of a *sui generis* status for Street Art.

A. Pros: the Impossible Exercise of Copyright in Street Art

If the judge finds a work of Street Art to be original and fixed, the street artist could claim rights in his works, which would limit the physical property owner in his use of the property, akin to an easement imposed by law. The exercise of such rights is hindered by factual complications, which only accentuates the need for a legal framework. This section will be devoted to laying out the reasons why Street Art should be awarded a specific protection.

³⁶ *Mitchell Bros. Film Group v. Cinema Adult Theater*, 604 F.2d 852, 858 (5th Cir. 1979) (“[the Copyrights Act 1909 contains] no explicit or implicit bar to the copyrighting of obscene materials, and as therefore providing for the copyright of all creative works, obscene or non-obscene, that otherwise meet the requirements of the Copyright Act.”); *Jartech, Inc. v. Clancy*, 666 F.2d 403, 405-06 (9th Cir. 1982).

³⁷ J. T. Serra, “Graffiti and U.S. Law”, *Trespass: A History of Uncommissioned Urban Art*, Taschen, 2010, p. 313.

³⁸ J. Merryman, A. Elsen, S. Urice, *Law, Ethics and the Visual Arts*, New York, Kluwer Law International, 5th ed., 2007, pp. xxv-xxvi.

³⁹ R. Shapiro and N. Heinich, “When is Artification?”, *CONTEMPORARY AESTHETICS*, Special Volume, Issue 4 (2012), <https://quod.lib.umich.edu/c/ca/7523862.spec.409?view=text;rgn=main>.

1. **Street artists' rights in theory.** In theory, street artists are awarded two kinds of rights which the artist can assert: (a) patrimonial (or economic) rights, and (b) moral rights.

a. **Patrimonial rights.** Patrimonial rights over an original work of authorship include the copyright *stricto sensu* (or reproduction right),⁴⁰ i.e. the right to make copies, and the distribution right, i.e. the right to distribute the work to the public.⁴¹

Street artists have the right to authorize the reproduction of their work, which is particularly applicable to street photography. Artists are usually glad when their work is photographed by passersby and amateurs, but not in cases of commercial appropriation. This is one of the most important prejudice known by street artists.

The distribution right may be relevant for those whose works were stolen and sold on the art market, such as Banksy. The right gives the author the prerogative to decide if and how his work should enter the market. "Illegal" Street Art is not made to be sold, therefore those who steal works and sell them infringe upon the author's distribution right. Additionally, in Common Law countries, the sale of stolen property is void *ab initio*⁴²; this is not the case in France, where only the buyer can choose to rescind the sale.⁴³

A special mention to the *droit de suite* should be made here. The right to resale royalties is a purely French notion,⁴⁴ which then became a European right,⁴⁵ but the United States refused to turn it into a federal benefit. It grants the artist with the right to a percentage of the proceeds of the resale of his work on the art market. Until recently, California was the only state with a similar right,⁴⁶ but the 9th Circuit essentially struck it down in July 2018.⁴⁷ As applied to Street Art, which represents a growing part of the art market,⁴⁸ this means that street artists cannot claim any royalties when their art is taken down from their original

⁴⁰ French Intellectual Property Code, art. L. 122-4; 17 U.S.C. § 106(1).

⁴¹ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society ("Copyright Directive"); 17 U.S.C. § 109(a).

⁴² S. Grover, "The Need for Civil-Law Nations to Adopt Discovery Rules in Art Replevin Actions: A Comparative Study", 70 TEX. L. REV. 1431 (1991).

⁴³ French High Court, 9th March 2005, n° 03-14.916.

⁴⁴ French Intellectual Property Code, art. 122-8.

⁴⁵ Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art.

⁴⁶ CALIFORNIA RESEAL ROYALTIES ACT, Civil Code section 986.

⁴⁷ *Close v. Sotheby's, Inc.*, No. 16-56234, *The Sam Francis Foundation v. Christie's, Inc.*, No. 16-56235 and *The Sam Francis Foundation v. eBay Inc.*, No. 16-56252. 2018 WL 3322222 (9th Cir. July 6, 2018). See also E. Ashley, "Case Review: Droit de Suite...Not So Sweet", CENTER FOR ART LAW (2018), <https://itsartlaw.com/2018/09/27/droit-de-suite-not-so-sweet/>.

⁴⁸ See Artprice 2018 Contemporary Art Market Report, available at <https://www.artprice.com/artprice-reports/the-contemporary-art-market-report-2018/artists-prices>.

location and subsequently sold at auction on the U.S. soil. Another step back for artists, but a step forward for auction houses.

b. **Moral rights.** French *droit moraux* are inherent to the status of author and last in perpetuity; in the United States, the federal Visual Artists' Rights Act ("VARA") awards moral rights to visual artists which are far more limited in time and in scope.⁴⁹

They first include the right of attribution or authorship, which allows the author to claim the paternity of a work, to use a pseudonym, or to remain anonymous.⁵⁰ Street artists can invoke such a right whenever anybody reproduces or reuses the work. In the United States, it also includes the right to refuse be associated with the work when it has been modified or mutilated in a manner prejudicial to the author's honor or reputation.⁵¹

Another moral right is the right of integrity, i.e. the right against destruction of one's work.⁵² In the United States, there is an additional condition: the work must achieve the status of "work of recognized stature," which is a question of facts, testimonies and perception by the community of artists, professionals and connoisseurs. In this case, the artist must be given a 60-day notice prior to the destruction of his work.⁵³ The *5Pointz* case recently helped understand the scope of this right as applied to Street Art: the property owner of a building that was turned into a gigantic "Street Art Mecca" in Queens, NY, had whitewashed the structure without proper prior notice to the artists, who had been allowed to use the walls as a medium for 20 years. The federal court for the Southern District of New York awarded them \$6.5 million in statutory damages, and ruled that 45 out of 49 works had become works of recognized stature, relying on experts and deciding in spite of their temporary aspect.⁵⁴ Although these were authorized works, as opposed to unsanctioned works, this is a great win for street artists, whose art is finally becoming recognized as such.⁵⁵ But this will not encourage property owners to lend walls to the artistic community, in fear that they may never regain full ownership. It should also be noted that modification of a visual work of art through the passage of time or the inherent nature of the material is not

⁴⁹ 17 U.S.C. § 106A(b): VARA only protects "works of visual arts," the rights are exclusively owned by the artist, and are unassignable.

⁵⁰ French Intellectual Property Code, art. L. 113-6.

⁵¹ 17 U.S.C. § 106A(a)(1)(2).

⁵² French Intellectual Property Code, art. L. 121-1; 17 U.S.C. § 106A(a)(3)(B).

⁵³ 17 U.S.C. § 113(d)(2).

⁵⁴ *Cohen v. G&M Realty L.P.*, 988 F. Supp. 2d 212 (E.D.N.Y. 2013).

⁵⁵ See also L. B. Richardson, "The Making of the Moral Rights Case: The Factual and Legal Background of the 5Pointz Trial", CENTER FOR ART LAW (2017), <https://itsartlaw.com/2017/11/05/the-making-of-the-moral-rights-case-the-factual-and-legal-background-of-the-5pointz-cases/>; L. Bérichel, "Around the Block Ruling in 5Pointz", CENTER FOR ART LAW (2018), https://itsartlaw.com/2018/04/10/around-the-block-ruling-in-5pointz/#_edn2.

sufficient to claim the right of integrity⁵⁶: applied to Street Art, which is supposed to be ephemeral, only a willful, deliberate conduct to distort, mutilate or otherwise modify the piece would be actionable, which was the artists' claim in the *5Pointz* case.

2. **Street artists' rights in practice.** In reality, however, street artists are facing complications to claim copyright in their works through the framework mentioned above.

a. **Practical complications.** This is first due to a lack of laws and cases directly applicable to their situation. A great number of cases are settled, and artists are not always capable of going before a judge to claim their rights. In a case against H&M, Los Angeles street artist tagging under the name of Revok sought to prevent the fast-fashion giant to use one of his murals in Brooklyn, NY as a background for an online marketing campaign, to which H&M responded with a lawsuit.⁵⁷ They argued that the artist acted in full awareness of its illegality, and therefore waived any right in his work. After the outrage of the artistic community, the case ended with an apology from H&M's CEO. Other artists constantly face such problems, but do not have the financial or material resources to bring the case before a court. Instead, they often utilize social media as a platform for their cause and rely especially on help from the artistic community to respond first. Furthermore, by going before a judge, they risk being sued for vandalism, malicious mischief or trespass, and may also have to reveal their real identity.

b. **Legal complications.** Second, moral rights are not necessarily adapted to Street Art: the right of integrity implies that the artist is allowed to take down his work before it is destroyed. But what if the art cannot be removed without damage? This was invoked by the owner of the *5Pointz*, and it could have been resolved in his favor had he been more respectful of the artists. In *English v. BFC*⁵⁸, the court refused to prevent the destruction of a community garden, where street artists had illegally created a mural. They sought to invoke the right of integrity, but the court declined to create a precedent where unsanctioned Street Art could block the destruction of the property to which it is affixed. However, the court later narrowed down the rule to works which cannot be removed without damage.⁵⁹ This will depend on the technic used by the artist; in any case, VARA does not award them with the

⁵⁶ 17 U.S.C. § 106A(c)(1).

⁵⁷ *H&M v. Jason Williams A/K/A Revok*, No. 1:18-Cv-1490-Env- Pk (E.D.N.Y. March 16, 2018).

⁵⁸ *English v. BFC & R East 11th St. LLC*, No. 97 Civ. 7446 (S.D.N.Y. Dec. 3, 1997).

⁵⁹ *Pollara v. Seymour*, 150 F.Supp. 2d 393 (N.D.N.Y. 2001).

right to “insist that his art be preserved or maintained in its original location or context.”⁶⁰
In France, this question has never been clearly addressed.

In view of the above, French and American artists have very few legal sources to use in their favor. It seems necessary to rearrange the law to provide them with a better protection against theft, destruction, or misappropriation of their works. However, there is another argument to be made that Street Art also should not be confined within the rigid boundaries of the law.

B. Cons: the Institutionalization of Street Art

Taking a step back to look at the bigger picture, we must ask ourselves if Street Art really needs to be granted a *sui generis* protection. Street Art may already fall within the scope of freedom of speech (1) and institutionalizing the movement may not be sensible (2).

1. **Street Art and Freedom of Artistic Expression.** Freedom of speech was consecrated in Europe, France and the United States, and all proclaim the principle that those who create and speak are participating in the marketplace of ideas that is indispensable to a democratic society.⁶¹ As long as Street Art falls within the boundaries of accepted speech, it should be protected. Unfortunately, most restrictions around Street Art are content-neutral and subject to intermediate scrutiny, in that they restrict the time, place and manner of expression; in *Members of City Council v. Taxpayers*,⁶² the United-States Supreme Court ruled that a local ordinance forbidding commercial street signs on public streets was substantially related to the city’s interest in avoiding visual clutter. As applied to Street Art, there might be enough to argue that private owners have the right to keep uncommissioned art on their property, and that the Supreme Court ruling is conflicting with such right.⁶³ In practice, state laws restricting Street Art are sometimes viewed as overly broad and “create an impediment to artistic freedoms and unduly criminally punishes the artist.”⁶⁴ In France, freedom of speech focuses on the message within: a graffiti or tag with an abusive, defamatory, xenophobic or pornographic content are

⁶⁰ C. Smith, *id.*, § 270.

⁶¹ See, e.g., J. S. Mill, *On Liberty*, 1859 (all individuals have the ability to think critically, and taking into account unpopular opinions helps finding the truth; no voice should be muffled, and no opinion should be imposed only because it is believed by a majority.)

⁶² *Members of City Council v. Taxpayers*, 466 U.S. 789 (1984).

⁶³ L. Mettler, “Graffiti Museum: A First Amendment Argument for Protecting Uncommissioned Art on Private Property”, 111 MICH. L. REV. 249 (2012).

⁶⁴ J. T. Serra, *id.*, p. 312.

punishable by criminal law⁶⁵; other offenses which require a writing may be constituted by a graffiti, including threats,⁶⁶ insults⁶⁷ or incitement to hate.⁶⁸

2. **Judicialization of Street Art.** Defined as “the ever-accelerating reliance on courts and judicial means for addressing core moral predicaments, public policy questions, and political controversies,”⁶⁹ the judicialization of Street Art should not be encouraged. Defenders of the “Negative Space” theory of Intellectual Property believe that Street Art is thriving in a world with limited norms and should stay that way.⁷⁰ In the words of Elizabeth Rosenblatt, a low-IP treatment is particularly adapted to an activity “(1) when creation is driven by rewards not reliant on exclusivity; (2) when exclusivity would harm further creation; (3) when there is high public or creator interest in free access without harm to creativity; and (4) when creators prefer to reinvest scarce resources in further creation than in protection or enforcement of intellectual property, i.e., when there is a higher cost of protecting or enforcing exclusivity than benefit to pursuing infringers.”⁷¹ Street Art is well suited in such a low-IP environment, in view of its public and non-exclusive aspects.

Street Art is first and foremost an ephemeral creation. Encouraging the protection of a work bound to disappear seems illogical. Artists act in full knowledge of the risks of its evaporation; those who want to save graffiti from destruction, as admirable their intention might be, is negating the work’s essence and the artist’s intentions.⁷² While some artists may want their art to be preserved for future generations, all of them act in full awareness that the work will probably be destroyed. As it is quasi-impossible to assume their intentions, it should not be inferred that they wish that their art end up in a gallery, a museum or in a private collection.

Second and stemming from the first point, Street Art is supposed to be a public creation. We observe a shift from the streets to the galleries; uncommissioned pieces are sometimes found at auction or in museums, and a growing number of street artists are organizing their own

⁶⁵ French Criminal Code, art. 227-24.

⁶⁶ French High Court, Criminal Chamber, 31st March 2016, n° 15-82.417.

⁶⁷ Court of Appeals of Saint-Denis de la Réunion, 24th Nov. 2015, n° 12/01256.

⁶⁸ Court of Appeals of Versailles, 21st March 2012, n° 10/00095.

⁶⁹ R. Hirschl, “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, *ANNUAL REVIEW OF POLITICAL SCIENCE*, 11, no. 1 (2008), p. 94.

⁷⁰ *See, e.g.*, “C. Smith, Street Art: An Analysis Under U.S. Intellectual Property Law And Intellectual Property's ‘Negative Space’ Theory”, 24 *DEPAUL J. ART, TECH. & INTELL. PROP. L.* 259 (2014).

⁷¹ E. Rosenblatt, “A Theory of IP’s Negative Space”, 34 *COLUM. J.L. & ARTS* 317, 342 (2011).

⁷² *See, e.g.*, K. Turan, “‘Saving Banksy’ investigates the tension between the ethos of street art and a desire to preserve it”, *LOS ANGELES TIMES* (2017), <http://www.latimes.com/entertainment/movies/la-et-mn-saving-banksy-review-20170115-story.html>.

exhibits.⁷³ Nevertheless, creating a *sui generis* status would only accelerate the institutionalization of the movement, which is denounced by a majority of artists and purists. Some would rather destroy their work rather than let the public capitalize on it.⁷⁴ Street Art is highly site-specific, akin to Richard Serra's *Tilted Arc*:⁷⁵ the artist chose an exact location because passersby will be able to see the piece and interact with it. Confining Street Art to legal checkboxes and behind doors should not be encouraged. It is an art made for the *streets*, not for the walls of a museum.

Third, the Street Art community has been acting outside of the traditional boundaries of the law: the judicialization of Street Art could annihilate the thrill and dangerousness of the creative process. While some artists happily work on commission, thereby receiving pay for their genius and acting within the law, others would rather destroy their works rather than see them appear on the traditional art market. In less drastic methods, some refuse to sign or authenticate their works, which makes it harder for museums or galleries to accept them. Such is the case for Pest Control, Banksy's certification board, who refuse to authenticate street art pieces because they were not created for commercial purposes. The community of street artists is a self-regulated community, with real collaboration between members. Furthermore, art is a world where inspiration comes from others: a strict legal regime would only impede artistic expression and the freedom to create.

CONCLUSION

In spite of possible sanctions, Street Art is stronger than ever, it disrupts preconceived aesthetic norms and wreaks havoc on the straightforward application of the law. "Economic incentives are not necessary to motivate the creation [...]. The evidence of this is on the streets, where street art continues to flourish in a norms-based, low-IP world."⁷⁶ Artists use new ways of creating and maintaining their reputation, and of protecting their rights, mainly through social networks such as Instagram.

⁷³ See, e.g., E. Wyatt, "In the Land of Beautiful People, an Artist Without a Face", THE NEW YORK TIMES, 16th Sept. 2006, <https://www.nytimes.com/2006/09/16/arts/design/16bank.html>: about Banksy's self-curated exhibition "Barely Legal" in Los Angeles, CA in 2006.

⁷⁴ See, e.g., A. Shaz, "Sotheby's 'Banksy-ed' as painting 'self-destructs' live at auction", THE ART NEWSPAPER, 5th Oct. 2018, <https://www.theartnewspaper.com/news/sotheby-s-banksy-ed-as-painting-self-destructs-live-at-auction>: about "Girl with a Balloon" (2006), the frame of which concealed a shredder which the artist activated when the hammer struck down for a price just below £1 million at Sotheby's in London.

⁷⁵ *Serra v. United States*, 847 F.2d 1045 (2d Cir. 1988).

⁷⁶ C. Smith, *ibid.*, § 293.

The aforementioned issues regarding Street Art underline the need for adapting the law to contemporary social changes and artistic value, and one may wonder whether the creation of a specific status for Street Art could solve those problems, in which case, one would also have to assess the aesthetic merits of a creation and of the artist. However, this assessment is not part of the role of the judge – which recalls the issues around the notion of “work of recognized stature” in VARA: as in *5Pointz*, the court may rely on the testimonies of the artistic community and experts, but it must be careful not to evaluate the artistic value of the work.

The legal vacuum surrounding Street Art may be filled by distinguishing between intrinsic and extrinsic legality: if the message of the work is illegal, e.g. inciting to violence or hate, pornographic, or defamatory, this could be an obstacle to copyright; however, the fact that it is created illegally should not prevent the work from being protected, but would grant the artist with restricted rights in his work. This seems to have been the reasoning of Paris judges in 2007.⁷⁷ Another solution could be the categorization of Street Art as an artistic collective good, where no one could keep it or sell it, and over which the author would not have any right (including copyright). Then this would deprive the artist of his intellectual creation, which would therefore set Street Art outside the scope of copyrightability. In any circumstance, it is primordial to protect and extend freedom of artistic expression, and in particular to give property owners the choice to keep the Street Art piece. Whether France and the United States are ready to implement such an individualistic right will depend upon the willingness of street artists and property owners to cooperate.

⁷⁷ French lower court of Paris, 14th Nov. 2007, n° 06/12982.

BIBLIOGRAPHIE**Ouvrages généraux**

- BENHAMOU, Françoise et FARCHY, Joëlle, *Droit d'Auteur et Copyright*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 3^e éd., 2014, 128 pages.
- BRUGUIÈRE, Jean-Michel, *Le Droit du Copyright Anglo-Américain*, Paris, Dalloz, 2017, 226 pages.
- CARON, Christophe, *Droit d'Auteur et Droits Voisins*, Paris, Lexis Nexis, 5^e éd., 2017, 674 pages.
- CASTETS-RENARD, Céline, *Droit d'Auteur*, Dalloz, Répertoire de Droit européen, 2014.
- CHATELAIN, Françoise et TAUGOURDEAU, Pierre, *Œuvres d'Art et Objets de Collection en Droit français*, Paris, Lexis Nexis, 2011, 218 pages.
- CHAUDENSON, Françoise, *À qui appartient l'œuvre d'art ?*, Paris, Armand Colin, 2007, 309 pages.
- FROMONT, Michel, *Grands Systèmes de Droit Étrangers*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2013, 278 pages.
- GRÉ, Charlotte, *Street art et droit d'auteur. À qui appartiennent les œuvres de la rue ?*, Paris, L'Harmattan, 2015, 82 pages.
- HUNTER, Dan, *Intellectual Property*, New York, Oxford University Press, 2012, 242 pages.
- KAMINA, Pascal, *Droit Anglo-Américain des Propriétés Intellectuelles*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017, 512 pages.
- LUCAS, André, *Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2015, 180 pages.
- MARTINEAU, Anne-Katel, *Droit du Marché de l'Art*, Issy-Les-Moulineaux, Lextenso, coll. Galino, 2017, 182 pages.
- MERRYMAN, John, URICE, Stephen et ELSÉN, Albert, *Law, Ethics and the Visual Arts*, New York, Kluwer Law International, 5^e éd., 2007, 1354 pages.
- SCHACTER, Rafael, *Atlas du Street Art et du Graffiti*, Paris, Flammarion, 2014.
- WALRAVENS, Nadia, *L'Œuvre d'Art en Droit d'Auteur : Forme et Originalité des Œuvres d'Art Contemporaines*, Paris, Economica, 2005, 522 pages.

Ouvrages spécialisés

- BENSAMOUN, Alexandra, LABARTHE, Françoise et TRICOIRE, Agnès (dir.), *L'Œuvre de l'esprit en question(s), un exercice de qualification*, Mare & Martin, 2015, 252 pages.
- HEINRICH, Nathalie et SHAPIRO, Roberta (dir.), *De l'artification. Enquêtes sur le passage à l'art*, Paris, Éditions des Hautes Études en Sciences Sociales, coll. « Cas de figure », 2012, 336 pages.
- GAUFFAUT CALLEBAUT, Géraldine, GUÉVEL, Didier et SEUBE, Jean-Baptiste (dir.), *Droit(s) et Street Art. De la transgression à l'artification*, L.G.D.J., 2016, 300 pages.

Articles

- ASHLEY, Ethan, « Case Review : Droit de Suite...Not So Sweet », *Center for Art Law*, 27 sept. 2018.
<https://itsartlaw.com/2018/09/27/droit-de-suite-not-so-sweet/> (visité le 4 octobre 2018).
- AZIMI, Roxana, « Immobilier : des promoteurs privés font une place à la création artistique », *Le Monde Économie*, 29 déc. 2015.
https://www.lemonde.fr/economie/article/2015/12/29/immobilier-des-promoteurs-privés-font-une-place-a-la-creation-artistique_4838888_3234.html (visité le 2 août 2018).
- BALMFORTH, Tom, « Banksy finds nothing funny about this unauthorized Moscow Exhibition », *The Huffington Post*, 18 août 2018.
https://www.huffingtonpost.com/entry/banksy-moscow-exhibition-street-art_us_5b77e36ce4b05906b413fe7a?guccounter=1 (visité le 5 septembre 2018).
- BÉRICHEL, Lise, « Around the Block Ruling in *5Pointz* », *Center for Art Law*, 10 avril 2018.
https://itsartlaw.com/2018/04/10/around-the-block-ruling-in-5pointz/#_edn2 (visité le 6 août 2018)
- COPAIN, Cécile, « Street art et le droit français : entre réprobation et bienveillance », *Les Cahiers de droits*, 2017, Vol. 58, n° 1-2, p. 281.
- DIMEGLIO, Arnaud, « La protection du street art par le droit d'auteur », 2015.
<http://dimeglio-avocat.com/la-protection-du-street-art/> (visité le 6 août 2018)
- ELIAS, Brittany, « Street Art: The Everlasting Divide Between Graffiti Art And Intellectual Property Protection », *Landslide*, American Bar Association, Vol. 7, n° 48, 2015.

- ELIAS, Brittany et GHAJAR, Bobby, « Street Art: Growing Clarity on VARA's Applicability to Unsanctioned Street Art », *Landslide*, American Bar Association, Vol. 10, n° 1, 2017.
- FARCHY, Joëlle et PETROU, Jessica, « Droit de suite et analyse économique : la complexité d'un marché », *Revue Française de Socio-Économie*, Vol. 10, n° 2, 2012, pp. 49-71.
- GOFFAUX-CALLEBAUT, Géraldine, « Street art - À la croisée des droits », *Dalloz, JAC* 2016, n° 33, p. 35.
- HÉRITIER, Annie, « Le street art, bien commun artistique ? », *Dalloz, JAC* n° 12/2014, p. 39.
- JARDONNET, Emmanuelle, « Banksy prend Paris pour cible et comme terrain de jeu », *Le Monde*, 26 juin 2018.
https://www.lemonde.fr/arts/article/2018/06/25/banksy-prend-paris-pour-cible-et-comme-terrain-de-jeu_5321085_1655012.html (visité le 1er août 2018)
- LE BRAS, Jenna, « Une œuvre de Banksy volée puis vendue aux enchères », *Libération*, 19 février 2014.
http://next.liberation.fr/arts/2014/02/19/une-oeuvre-de-banksy-volee-puis-vendue-aux-encheres_981408 (visité le 2 août 2018)
- LERMAN, Celia, « Protecting Artistic Vandalism: Graffiti And Copyright Law », 2 N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. Law 295, 2013.
- LUCAS, Kate, « Suit by Mural Artist Over GM Commercial Raises New Question About Copyright Law's Application to Graffiti », *Grossman LLP Art Law Blog*, 21 août 2018.
<https://www.grossmanllp.com/Suit-by-Mural-Artist-Over-GM-Commercial-Raise-New> (visité le 13 septembre 2018).
- METTLER, Margaret, « Graffiti Museum: A First Amendment Argument for Protecting Uncommissioned Art on Private Property », 111 Mich. L. Rev. 249, 2012.
- RICHARDSON, Laura, « The Making of the Moral Rights Case: The Factual and Legal Background of the 5Pointz Trial », *Center for Art Law*, 5 nov. 2017.
<https://itsartlaw.com/2017/11/05/the-making-of-the-moral-rights-case-the-factual-and-legal-background-of-the-5pointz-cases/> (visité le 6 août 2018)
- ROSENBLATT, Elizabeth, « A Theory of IP's Negative Space », 34 Colum. J.L. & Arts 317 (2011).
- SAID, Zahr, « Copyright's Illogical Exclusion of Conceptual Art », 39 Colum. J.L. & Arts 335, 2016.
- SERRA, Tony, « Graffiti and U.S. Law », dans *Trespass : A History of Uncommissioned Urban Art*, Taschen, 2010.

SALIB, Peter, « The Law of Banksy : Who Owns Street Art ? », 82 U. Chi. L. Rev. 2293, 2015.
SMITH, Cathay, « Street Art: An Analysis Under U.S. Intellectual Property Law And Intellectual Property's "Negative Space" Theory », 24 DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L. 259, 2014.

Textes officiels

Droit français

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 11.

Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n°0235 du 8 octobre 2016.

Code de la propriété intellectuelle :

- Art. L. 111-1 (œuvre de l'esprit)
- Art. L. 111-3
- Art. L. 112-2
- Art. L. 113-6 (droit de paternité)
- Art. L. 121-1 (droit au respect de l'œuvre)
- Art. L. 122-4 (droit de reproduction)
- Art. L. 122-5 (exceptions au droit d'auteur)
- Art. L. 122-8 (droit de suite)

Code civil :

- Art. 539 (*res derelictae*)
- Art. 544 (droit de propriété)
- Art. 546 (accession)
- Art. 566 (adjonction)
- Art. 570 et 571 (spécification)
- Art. 573 (mélange)
- Art. 713 (*res derelictae*)
- Art. 714 et s. (*res nullius*)
- Art. 894 (donation)
- Art. 1599 (vente de la chose d'autrui)

Code pénal :

- Art. 222-17 et s. (menace par écrit)

- Art. 227-24
- Art. 322-1 et s. (vandalisme)
- Art. R. 635-1

Droit européen

Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, transposée en droit français par la loi n°2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF du 3 août 2006.

Droit américain

Constitution américaine de 1792:

- Art. I, Sec. 8 (*Copyrights Clause*)
- Premier Amendement (*Freedom of Speech*)

Copyrights Act de 1976, 17 U.S.C. § 101 et ss.

- § 101 (définitions)
- § 102 (œuvre de l'esprit)
- § 106(1) (droit de reproduction)
- § 106(2) (droit de distribution)
- § 107 (exception de *Fair Use*)
- § 109(a) (*First Sale* doctrine)
- § 113 (droits exclusifs sur les œuvres des arts visuels)
- § 120(a) (exception de panorama)

Visual Artists' Rights Act de 1990 [VARA], Pub. L. No. 101-650, Title IV, 104 Stat. 5089, 5128 (1990), 17 U.S.C. § 106A.

California Resale Royalties Act de 1977, Cal. Civ. Code § 986.

San Francisco Public Works Code, art. 23.

N.Y. Penal Law § 145.00-12.

Droit international

Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle, *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, Paris, 9 septembre 1886.

Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rome, 4 novembre 1950, art. 10.

Décisions

Droit français

TC Paris, *SNCF c. Monsieur Chat*, 13 oct. 2016.

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 13 oct. 2000, *Comm. com. électr.* 2002, comm. 126, note C. Caron.

TGI Paris, 14 nov. 2007, RG n° 06/12982.

CA Paris, 13 janv. 1993, D. 1993. IR. 90.

CA Paris, 7 mai 2014, RG n° 13/06889.

CA Paris, *Syigma c. Christo*, 13 mars 1986, *Gaz. Pal.* 1986, p. 239.

CA Saint-Denis de La Réunion, 24 nov. 2015, n° 12/01256.

CA Versailles, 21 mars 2012, n° 10/00095.

Cass. crim., 23 juin 1953, Bull. crim. n° 220.

Cass. civ. 3^e, 16 avr. 1973, Bull. civ. III, n° 303.

Cass. crim., 23 juin 1999, n° 97-85.267, Bull. crim. n° 154.

Cass. crim., 28 sept. 1999, n° 98-83.675.

Cass., ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, Bull. civ. n° 10.

Cass. civ. 3^e, 9 mars 2005, n° 03-14.916, D. 2005 IR 919, Defrénois 2005. 1240, obs. Libchaber.

Cass. civ. 1^e, 15 mars 2005, n° 03-14.820.

Cass. crim., 10 mai 2005, n° 04-85.349, Bull. crim. n° 145, p. 526.

Cass. civ. 1^e, 1er déc. 2011, n° 09-15.819, RTD Civ. 2012 p.131., obs. T. Revet.

Cass. com., 10 déc. 2013, n° 11-19.872, *Comm. com. électr.* 2014, comm. 13, note C. Caron.

Cass. crim., 31 mars 2016, n° 15-82.417.

Droit européen

CJCE, *Infopaq International*, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, Rec. I. 6569

Droit américain

Cour d'appel de l'État de New York, *Bader v. Digney*, 2008, 864 NYS2d 606.

Cour fédérale du District Central de la Californie, *Adrian Falkner v. General Motors Company et al.*, 17 septembre 2018, No. 2:18-cv-00549.

Cour fédérale du District Nord de l'Illinois, *Villa v. Pearson Educ., Inc.*, 2003, 2003 L 22922178.

Cour fédérale du District Nord de New York, *Pollara v. Seymour*, 2001, 150 F.Supp. 2d 393.

Cour fédérale du District Sud de New York, *English v. BFC & R East 11th St. LLC*, 1997, No. 97 Civ. 7446.

Cour fédérale du District Sud de New York, *Carell v. Shubert Org.*, 2000, 104 F. Supp. 2d 236.

Cour fédérale du District Sud de New York, *Gottlieb Development, LLC v. Paramount Pictures Corp.*, 2008, 590 F. Supp. 2d 625.

Cour fédérale du District Sud de New York, *Donald Graham v. Richard Prince, et al.*, 2017, No. 15-CV-10160.

Cour fédérale du District Est de New York, *Cohen v. G&M Realty L.P.*, 2018, 988 F. Supp. 2d 212.

Cour fédérale du District Est de New York, *H&M v. Jason Williams A/K/A Revok*, 2018, No. 1:18-Cv-1490-Env- Pk.

Cour fédérale du 2^e Circuit, *Blanch v. Koons*, 2006, 467 F.3d 244.

Cour fédérale du 2^e Circuit, *Mastrovincenzo v. City of N.Y.*, 2006, 435 F.3d 78.

Cour fédérale du 2^e Circuit, *Bakalar v. Vavra*, 2010, 619 F.3d 136, 140.

Cour fédérale du 2^e Circuit, *Cariou v. Prince*, 2013, 714 F.3d.

Cour fédérale du 5^e Circuit, *Mitchell Bros. Film Group v. Cinema Adult Theater*, 1979, 604 F.2d 852, 858.

Cour fédérale du 7^e Circuit, *Martin v. City of Indianapolis*, 1999, 192 F.3d 608.

Cour fédérale du 7^e Circuit, *Kelley v. Chicago Park Dist.*, 2011, 635 F.3d 290.

Cour fédérale du 9^e Circuit, *Jartech, Inc. v. Clancy*, 1982, 666 F.2d 403.

Cour fédérale du 9^e Circuit, *Close v. Sotheby's, Inc.*, 2018, No. 16-56234.

Cour Suprême des États-Unis, *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 1903, 188 U.S. 239.

Cour Suprême des États-Unis, *United States v. O'Brien*, 1968, 391 U.S. 367.

Cour Suprême des États-Unis, *Members of City Council v. Taxpayers*, 1984, 466 U.S. 789.

Cour Suprême des États-Unis, *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 1991, 111 S Ct 1282.

Cour Suprême des États-Unis, *United States v. Playboy Entm't Grp.*, 2000, 529 U.S. 803.

Droit international

CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71.

CEDH, *Muller et al. c. Suisse*, 24 mai 1988, n° 10737/84.

CEDH, *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, n° 11801-85.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements et Avant-Propos.....	ii
Sommaire	iii
Introduction	1
PARTIE 1. Le Street Art : un statut actuel incertain.....	7
Section 1. Un acte de dégradation et d'intrusion.....	7
I. Droit pénal : le Street Art comme vandalisme	7
A. Le dommage	8
B. Le support.....	9
C. La lutte pénale	9
II. Droit des biens : accession et propriété de l'œuvre physique	11
A. L'abandon.....	11
B. La donation.....	12
C. L'accession.....	12
Section 2. Un acte de création : une œuvre de l'esprit pourtant protégeable	14
I. Une œuvre originale	16
II. Une œuvre de forme	16
III. L'absence d'une condition de licéité.....	17
PARTIE 2. De la nécessité d'un régime <i>sui generis</i> pour le Street Art.....	18
Section 1. Une protection nécessaire au vu des difficultés d'exercice des droits d'auteur	19
I. L'exercice du droit d'auteur	19
A. Les droits patrimoniaux du street artist	20
1. Le droit de reproduction.....	20
2. Le droit de distribution.....	21
3. Marché de l'art et le droit de suite du street artist.....	22

B.	Les droits moraux du street artist	23
1.	Le droit de paternité	24
2.	Le droit au respect de l'œuvre.....	25
II.	Les difficultés rencontrées par le street artist.....	26
A.	Complications de forme	27
B.	Complications de fond.....	28
C.	Les exceptions du droit d'auteur applicables au Street Art.....	30
1.	Exception de panorama	30
2.	<i>Fair Use</i> et droit de l'art	31
Section 2.	Une institutionnalisation contraire à l'esprit du Street Art.....	32
I.	La protection possible au nom de la liberté d'expression artistique	33
A.	La justification par l'atteinte à l'ordre public.....	34
B.	La justification par l'atteinte à la réputation et aux droits d'autrui	34
II.	La « juridicisation » du Street Art.....	35
Conclusion	38
Annexes	41
Glossaire	50
Synthèse	52
Bibliographie	66
Table des matières	74