

→ RLDC 6525

# Le rôle primordial des ayants droit et comités d'artistes en droit français et en droit américain en matière d'authentification

Les ayants droit de l'artiste ont, dès lors que celui-ci n'est plus, une place centrale dans la gestion des droits sur l'œuvre. Ils disposent du droit moral de l'auteur, c'est-à-dire tant le droit de divulgation, pour les œuvres posthumes, que le droit à la paternité. Ils sont le plus souvent, avec les comités d'artistes, les authenticateurs des œuvres. Pour autant, la jurisprudence est plus souple s'agissant de leur responsabilité qu'elle ne l'est à l'égard des professionnels que sont les marchands, les maisons de vente et autres experts.



**Par Basile ADER**  
Avocat Associé,  
August Debouzy



**Laura BERTIOTTI**  
Avocat,  
August Debouzy



**Philippine DELPIT**  
Avocat,  
August Debouzy



**Et Amélie TRIPET**  
Avocat Counsel,  
August Debouzy

L'authenticité d'une œuvre d'art est au centre des préoccupations du marché de l'art, car de celle-ci dépend la valeur marchande de l'œuvre. Un certain nombre d'acteurs du marché sont appelés à se prononcer sur cette authenticité : l'artiste, le vendeur, le commissaire-priseur (souvent assisté d'experts dont certains peuvent avoir la qualité d'experts judiciaires), le juge (aux termes de procédures civiles ou pénales), mais surtout, dès lors que l'artiste n'est plus, ses ayants droit, comités et les auteurs du catalogue raisonné.

L'ayant droit de l'artiste n'a pas de prérogative légale pour authentifier une œuvre mais dispose des droits patrimoniaux et moraux de ce dernier, pour en avoir hérité le plus souvent (Martin D., La transmission des œuvres d'art à titre gratuit, RLDC 2018/165, n° 6517). Un comité d'artiste peut être composé d'ayants droit de l'artiste ou de spécialistes de celui-ci. Son rôle n'est pas légalement défini. L'auteur du catalogue raisonné – qui peut être ou non un ayant droit de l'artiste – est un spécialiste de l'art qui élabore un ouvrage de référence répertoriant les œuvres de l'artiste. Ce catalogue raisonné est lui-même protégé par le droit d'auteur comme une œuvre de l'esprit (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 févr. 2000, n° 97-21.320, Bull. civ. I, n° 59). Malgré l'absence de statut légal pour le définir et encadrer son travail, les juridictions reconnaissent l'importance de l'auteur du catalogue raisonné en retenant sa consultation en justice pour identifier le travail d'un artiste.

La mission de l'expert, qui peut intervenir dans une vente ou en dehors de celle-ci, est légalement définie. Il assiste le notaire ou le commissaire-priseur dans la description, la présentation et l'estimation des biens mis en vente (C. com., art. L. 321-29).

En droit français, le droit moral détenu par les ayants droit est central dans leur mission d'authentification (I). L'authentification effectuée par ces derniers et les comités d'artistes emporte nécessairement une forme de responsabilité lorsque ceux-ci se trompent, voire abusent de leurs droits (II). En droit américain, les ayants droit et comités sont protégés par la liberté d'expression, mais restent exposés à des procédures judiciaires coûteuses qui les dissuadent de poursuivre leur nécessaire mission d'authentification (III).

## I – L'AUTHENTIFICATION PAR LES AYANTS DROIT VIA LEUR DROIT MORAL EN DROIT FRANÇAIS

Le droit moral de l'auteur comporte en matière d'œuvre d'art deux attributs : le droit de divulgation (A) et le droit à la paternité (B).

### A – Le droit de divulgation

Seul l'artiste a le pouvoir de divulguer son œuvre, selon les procédés et les conditions qu'il fixe, car il est le seul à savoir quand il l'estime achevée : « *seul l'auteur peut décider de l'opportunité de la divulgation de son œuvre et (...) il lui appartient d'en déterminer le moment, les modalités et les limites* » (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 28 oct. 2011, n° 10/16382).

Ce droit de divulgation s'épuise par la première communication au public : il n'est ainsi pas possible de poursuivre une atteinte pour une remise en vente après la première vente aux enchères publiques (CA Paris, 28 oct. 2011, n° 10/16382, précité ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 22 mai 2013, n° 10/15508).

Selon l'article L. 121-2, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle, le droit de divulgation des œuvres posthumes, par exception aux autres prérogatives du droit moral dont les héritiers sont titulaires, « est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur » et n'est pas à son tour transmissible par l'exécuteur testamentaire : « à leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant : par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir ». La détermination du titulaire du droit de divulgation est parfois complexe. Ainsi, la veuve est irrecevable à agir en restitution de l'œuvre non divulguée même si elle est investie du droit aux supports matériels et que la mesure de confiscation lui profite (CA Paris, 28 oct. 2011, n° 10/16382, précité ; CA Paris, 22 mai 2013, n° 10/15508, précité).

Les héritiers définissent les conditions dans lesquelles une œuvre inachevée peut être divulguée, par exemple avec la pratique dite du *cachet d'atelier*, apposé sur les œuvres non signées et détenues par l'artiste au moment de son décès. Ce cachet confère leur paternité à ces œuvres et impose leur authenticité pour le marché.

Pour les œuvres apparues sur le marché après le décès de l'artiste et dont l'authenticité est questionnée, il s'agit d'établir avec certitude l'intention non équivoque de l'auteur de rendre son œuvre accessible au public. Ainsi, la cour d'appel de Paris a jugé que « la seule présence d'un monogramme au dos de la toile ne saurait suffire à établir le consentement non équivoque de l'auteur à la divulgation de cette œuvre, alors qu'aucun élément ne permet de clairement déterminer dans quelles circonstances il se serait dessaisi de son support matériel » (CA Paris, 22 mai 2013, n° 10/15508, précité).

Les héritiers contrôlent aussi les œuvres créées à partir d'un moulage après la mort de l'artiste. Ils ont ainsi « un pouvoir souverain d'appréciation de la mise en œuvre et de l'étendue du droit d'exploitation de l'œuvre » et disposent « du droit de refuser d'accréditer le moulage de l'agrandissement de l'œuvre et la réalisation de tirages à partir de celui-ci, s'il s'avérait que la reproduction soumise à leur contrôle ne correspondait pas au modèle original et contrevient à l'esprit de l'œuvre de l'artiste » (CA Versailles, 1<sup>er</sup> ch., 1<sup>er</sup> sect., 7 sept. 2018, n° 16/05980). Le tirage de bronze posthume à partir de plâtres originaux a été jugé contrefaisant dès lors qu'il avait été ordonné par une personne qui n'était pas titulaire du droit de divulgation (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 11 oct. 2013, n° 12/13531).

Ce droit de divulgation emporte également des conséquences pour les auteurs des catalogues raisonnés, qui ne peuvent reproduire l'image d'œuvres non divulguées et les répertorier qu'avec l'autorisation de l'héritier.

## B – Le droit à la paternité

L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que l'œuvre est réputée créée par l'artiste sous le nom duquel elle est divulguée. C'est ce droit qui permet de créditer une œuvre comme étant de l'artiste (C. propr. intell., art. L. 121-1, al. 1<sup>er</sup>). C'est aussi celui qui donne le pouvoir d'écarter du marché une œuvre qui circule en violation des droits d'auteur de l'artiste par l'action en saisie-contrefaçon, laquelle est prévue par l'article L. 332-1 du code qui dispose

que « tout auteur d'une œuvre protégée (...) ses ayants droit ou ses ayants cause (...) sont en droit de faire procéder par tous huissiers, le cas échéant assistés par des experts désignés par le demandeur, sur ordonnance rendue sur requête par la juridiction civile compétente (...) à la saisie réelle des œuvres prétendument contrefaisantes ».

La saisie-contrefaçon est le moyen le plus couramment utilisé, car le plus rapide et efficace. Il permet en urgence d'obtenir sur requête du président du tribunal l'autorisation de saisir les biens argués de contrefaçon. Mais elle suppose une reproduction illicite de l'œuvre, une "copie servile".

Or, le faux artistique tel que puni par la loi du 9 février 1895 (JO 12 févr.) n'est pas toujours constitutif d'une contrefaçon. Il s'agit le plus souvent d'une œuvre d'un tiers qu'on fait passer comme l'œuvre de l'artiste soit en apposant sa signature sur l'œuvre, soit en la réalisant à "la manière de". Il est alors difficile de l'appréhender par le droit d'auteur.

C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans l'arrêt *Utrillo*, en considérant que le fait d'exposer, en vue de sa vente, un tableau comportant la signature apocryphe de Maurice Utrillo ne peut faire l'objet d'une saisie-contrefaçon, car il ne s'agissait pas d'une atteinte au droit moral, mais d'une atteinte au nom de l'artiste, à défaut pour ce tableau d'être l'imitation d'une des œuvres de Maurice Utrillo (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juill. 2000, n° 98-15.851, Bull. civ. I, n° 225).

Le recours le plus facile au juge civil, pour obtenir la saisie des faux, n'est donc pas possible, la loi de 1895 sur les fraudes en matière artistique ne prévoyant aucune mesure spécifique permettant d'empêcher la mise en vente d'une œuvre. Il est alors nécessaire de saisir le juge pénal qui, suivant la procédure de droit commun, peut lui-même procéder à une saisie.

Pour autant, une jurisprudence dissidente continue de permettre, alors même qu'aucune œuvre préexistante n'est invoquée pour justifier la contrefaçon sur le terrain du droit d'auteur, de procéder à des saisies (par exemple pour des aquarelles Joan Miró jugées contrefaisantes : CA Paris, pôle 5, ch. 1, 12 juin 2013, n° 11/17461 ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 26 juin 2013, n° 12/00602 ; v. égal. CA Paris, pôle 5, ch. 1, 5 juin 2013, n° 09/14183 : affaire dans laquelle le tableau jugé contrefaisant « constitue une compilation d'œuvres originales de Marc Chagall auxquelles ont été empruntées les différents éléments composant le tableau »).

Ce droit à la paternité emporte une forme de pouvoir d'authentification. La jurisprudence considérant qu'« attribuer faussement à un auteur une œuvre qu'il n'a pas créée constitue une atteinte à son droit de paternité » (TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> sect., 20 sept. 2011, Propr. Intell. 2011, n° 41, p. 392, comm. Lucas M. ; confirmé par CA Paris, pôle 5, ch. 1, 18 déc. 2013, n° 12/01610 : « le fait d'adjointre faussement le nom de Diego Giacometti aux côtés de celui d'Alberto Giacometti sur les œuvres litigieuses constitue une atteinte au droit moral de paternité exclusive de celui-ci sur ces œuvres »).

Ayant à trancher un conflit entre la veuve du sculpteur Arman, exécuteur testamentaire et héritier des droits patrimoniaux et moral, et l'expert chargée par l'artiste de recenser ses œuvres, la cour d'appel de Paris a infirmé la mesure de saisie-contrefaçon au motif que cette sculpture était répertoriée dans les archives de l'expert « qui en a par ailleurs confirmé l'authenticité » (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 25 oct. 2013, n° 12/17616).

Les ayants droit et comités d'artistes ont ainsi un véritable pouvoir de régulation sur le marché. Toutefois, il convient qu'ils n'en abusent pas, car s'ils venaient à l'entraver de manière infondée, cela pourrait engager leur responsabilité.

## II – LES RESPONSABILITÉS DES AYANTS DROIT ET COMITÉS D'ARTISTES EN DROIT FRANÇAIS

Alors que les professionnels du marché, commissaires-priseurs comme experts, se voient imposer par la jurisprudence une obligation de moyen renforcée, l'auteur de catalogue raisonné, les ayants droit et les comités bénéficient d'une plus grande liberté.

L'auteur du catalogue raisonné est protégé par sa liberté de création et d'expression pour réaliser son catalogue (A). La jurisprudence française n'a pas transposé cette faveur pour les comités et les ayants droit, qui sont soumis à une responsabilité pour faute (B).

### A – La liberté d'expression des auteurs de catalogues raisonnés

Le catalogue raisonné est présenté « *comme répertoire de l'œuvre complète d'un peintre* » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2008, n° 07-13.024, Bull. civ. I, n° 74). Son auteur est libre de choisir les œuvres qu'il y inclut au nom de sa liberté d'expression (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 janv. 2014, n° 12-35.264, Bull. civ. I, n° 10, *Maison Blanche*).

En effet, dans son arrêt du 22 janvier 2014, la première chambre civile a jugé que celui qui avait refusé d'insérer une œuvre au catalogue raisonné d'un peintre, alors que tous les experts judiciaires avaient conclu à son authenticité, n'avait pas commis de faute. Et cela, au visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, lequel pose le principe que « *la liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi* ». Elle casse l'arrêt de la cour d'appel, en considérant « *que le refus de l'auteur d'un catalogue raisonné d'y insérer une œuvre, fut-elle authentique, ne peut, à défaut d'un texte spécial, être considéré comme fautif* ». Cet abus ne peut donc être commis que dès lors qu'il est prévu par un texte spécifique qui prévoit la faute.

L'auteur bénéficie aussi de cette liberté d'expression car son catalogue est une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur. Par ailleurs, le juge français ne veut pas prendre la responsabilité de décider de l'insertion d'une œuvre dans un catalogue qui a une influence considérable sur le marché de l'art (sur cette question, v. Ranouil M., *Responsabilité ou irresponsabilité des auteurs de catalogues raisonnés : quelle voie suivre ?*, RLDC 2018/165, suppl., n° 6515).

### B – La responsabilité pour faute des comités d'artistes et des ayants droit

Contrairement à l'auteur de catalogue raisonné, les comités ou les ayants droit ne peuvent pas utilement alléguer leur liberté d'expression pour atténuer leur responsabilité. On peut s'étonner de cette différence de traitement, alors que la délivrance d'un certificat d'authenticité a une influence sur le marché équivalente à celle de l'inclusion d'une œuvre dans le catalogue.

Les juges imposent un régime de responsabilité pour faute aux ayants droit et comités en raison de l'influence dont ils bénéficient sur le marché de l'art, comme l'exprime le tribunal de grande instance de Paris : « *au regard de son autorité et des effets de sa*

*réponse sur le marché de l'art, il ne pouvait ignorer que celle-ci avait pour conséquence inéluctable – à défaut de réaction judiciaire du vendeur –, et pour reprendre l'expression de l'expert judiciaire, de mettre le pastel "au ban des œuvres de Picasso" » (TGI Paris, 5<sup>e</sup> ch. 1<sup>re</sup> sect., 23 juin 2015, n° 14/8214, infirmé par CA Paris, pôle 2, ch. 2, 18 mai 2017, n° 15/18288).*

Une casuistique jurisprudentielle est mise en œuvre qui retient la responsabilité de l'ayant droit, dès lors qu'il y a commission « *d'une erreur grossière* » ou qu'est caractérisée « *une intention délibérée de nuire* » ou « *une mauvaise foi évidente* » (CA Paris, pôle 2, ch. 2, 18 mai 2017, n° 15/18288, précité : « *en l'absence d'erreur grossière et de preuve d'une intention délibérée de nuire ou d'une mauvaise foi évidente, la responsabilité de M qui se doit de sauvegarder l'intégrité de l'œuvre de son ayant droit et qui n'a pas affirmé que l'œuvre était un faux, mais a émis des doutes circonstanciés, ne peut être recherchée* »). Cette responsabilité est appréciée encore moins strictement si l'ayant droit intervient en dehors d'une vente déterminée et à titre gracieux.

Cette indulgence, à l'égard des ayants droit et comités d'artistes, lesquels pourtant – comme sus-rappelé – font la loi du marché, peut étonner au regard des sévérités de la jurisprudence à l'égard des professionnels que sont les experts, commissaires-priseurs et marchands professionnels. Si certains monnaient leur avis, d'autres ne sont pas des professionnels de l'art, ni des spécialistes de l'artiste.

Les juges vont, en effet, apprécier, au cas par cas, le sérieux de la composition des comités, leurs règles de fonctionnement, la compétence de chacun de ses membres et leur méthode de travail, pour évaluer le sérieux avec lequel ils délivrent des avis d'authenticité des œuvres.

Ainsi la cour d'appel de Paris a-t-elle pu retenir, dans une affaire relative à l'œuvre de Miró, que le comité en cause était composé des plus grands spécialistes de l'œuvre de l'auteur, que l'expertise du comité était « *reconnue par les professionnels opérant sur le marché international de l'art* » et que « *les trois ayants droit de l'artiste, outre qu'ils n'en sont pas moins connaisseurs de l'œuvre de leur auteur, ne sont pas majoritaires au sein de l'association qui compte huit membres au total et que la neutralité de (celle-ci) est d'autant moins contestable (...), que l'avis concluant à une contrefaçon (...) a été rendu à l'unanimité de ces membres* ». La cour retient qu'ainsi l'analyse contestée était « *claire, précise et circonstanciée* » en relatant par ailleurs un certain nombre de détails techniques qui justifiaient leur réserve (CA Paris, 12 juin 2013, n° 11/17461, précité ; CA Paris, 26 juin 2013, n° 12/00602, précité).

On peut en conclure que les recommandations à suivre, pour ne pas être en faute, sont désormais de ne plus se contenter de simples affirmations, mais de justifier par un faisceau d'indices le sérieux de l'avis et au besoin d'émettre des doutes circonstanciés, quand bien même les expertises judiciaires, voire une décision judiciaire, viendraient à les contredire *in fine*.

## III – LE STATUT DES AYANTS DROIT ET DES COMITÉS D'ARTISTES EN DROIT AMÉRICAIN

### A – La liberté d'expression des ayants droit et comités d'artistes

En droit américain, l'avis relatif à l'authenticité d'une œuvre d'art (*opinion* en anglais) constitue un discours protégé par le Premier amendement de la Constitution américaine qui consacre la liberté d'expression.

Cette règle découle de la jurisprudence américaine concernant les agences de notation (v. not. *Jefferson County School District v. Moody's Investor Services Inc.*, 4 mai 1999, 175 F.3d 848, 10th Circuit et *Ollman v. Evans and Novak*, 6 déc. 1984, 750 F.2d 970, D.C. Circuit), selon laquelle une opinion dont la véracité ou la fausseté ne peut être prouvée de manière objective est protégée au titre de la liberté d'expression.

Le statut du sachant qui émet cette opinion (que ce soit un expert, un auteur de catalogue raisonné, un comité d'artiste ou ayant droit) est indifférent en droit américain, et n'influe pas sur la protection accordée à cet avis. Ainsi, un expert et un ayant droit bénéficient de cette même protection.

Suivant cette jurisprudence, la responsabilité du sachant ne pourrait être engagée que dans l'hypothèse où le demandeur apporte la preuve manifeste de l'intention de tromper du sachant, qui aurait émis une opinion erronée en connaissance de cause.

Le demandeur doit en rapporter la preuve suivant la norme de preuve la plus exigeante en droit américain qui est celle de la preuve manifeste (*clear and convincing evidence* ou *preuve claire et convaincante*). Ce niveau de preuve est, en pratique, très difficile à atteindre.

Dans une affaire récente opposant une galerie londonienne au comité d'authentification du catalogue raisonné de l'artiste canadienne Agnès Martin (*The Mayor Gallery Ltd v. The Agnes Martin Catalogue Raisonné LLC*, 3 avr. 2018, Cour suprême de l'État de New York, 2018 WL 1638810), la Cour suprême de l'État de New York a rejeté l'action de la galerie Mayor contre le comité d'authentification, qui refusait d'authentifier et inclure dans sa publication treize œuvres vendues par la galerie Mayor. La Cour a jugé qu'en l'absence de preuve d'une intention fautive du comité d'authentification dans son refus d'authentifier, celui-ci n'était pas responsable.

En revanche, une partie de la jurisprudence n'accorde cette protection du Premier amendement de la Constitution que dans les cas où l'avis en question est largement diffusé au public, comme par exemple dans le cas d'un catalogue raisonné ou d'une publication dans un journal, revue ou magazine, et la refuse s'il s'agit d'une opinion destinée à une seule personne (v. par ex. à ce sujet : *Compuware Corp. v. Moody's Investors Service*, 23 août 2007, 499 F.3d 520, 6th Circuit). Ainsi, l'avis émis par un sachant sur l'authenticité d'une œuvre à destination d'un particulier (avis oral, écrit, certificat d'authenticité adressé individuellement) ne serait pas systématiquement protégé par le principe de liberté d'expression.

## B – Exposition importante des ayants droit et comités d'artistes au risque de contentieux

Les ayants droit et les comités d'artistes restent cependant exposés à des procédures judiciaires très coûteuses sur de nombreux fondements juridiques

En droit américain, un ayant droit, un comité d'artiste ou une fondation en charge d'authentification qui refuse d'authentifier, change d'avis sur une authentification ou refuse d'inclure une œuvre dans un catalogue raisonné peuvent s'exposer à des actions en responsabilité délictuelle ou responsabilité contractuelle sur des fondements juridiques très variés, et qui comprennent notamment :

- le défaut d'exercer des diligences raisonnables dans l'élaboration de leur avis ;
- la négligence ;

- la diffamation ;
- la publicité mensongère ;
- le dénigrement ;
- la concurrence déloyale (*tortious interference with a prospective business advantage* en droit américain ou interférence déloyale avec un avantage commercial potentiel) ; et
- les actions *antitrust* sur le fondement du *Sherman Act* pour entrave au commerce et monopole.

## Dans l'État de New York, un amendement à la loi relative aux biens culturels présenté par l'Association des avocats au Barreau de New York protégerait les ayants droit et comités d'artistes d'actions judiciaires abusives.

Dans une affaire *Thome v. Alexander & Louisa Calder Foundation* (1 déc. 2009, New York First Department, 2009 NY Slip Op 08889 [70 AD3d 88]), la Fondation Calder avait refusé en 1997 d'inclure dans son catalogue raisonné une œuvre qui avait été approuvée en 1975 du vivant de l'artiste par le marchand de Calder. Le demandeur assigna alors la fondation pour inclusion forcée de l'œuvre dans le catalogue raisonné, déclaration par le tribunal de l'authenticité de l'œuvre et dommages-intérêts, invoquant qu'en l'absence d'inclusion dans le catalogue raisonné, l'œuvre perdait toute sa valeur et était assimilée à un faux. La Cour de New York a conclu (a) qu'il n'existait aucun contrat entre la Fondation Calder et le demandeur et que la simple invitation à soumettre une œuvre pour inclusion dans un catalogue raisonné ne constituait pas un contrat, (b) que la fondation n'avait aucune obligation d'inclure une œuvre dans son catalogue raisonné, (c) que le catalogue raisonné était une entreprise volontaire qui ne crée aucune obligation juridique et enfin (d) qu'un tribunal n'est pas compétent pour se prononcer sur l'authenticité d'une œuvre. Cependant, la Cour a indiqué dans son arrêt qu'un défaut d'authentification pourrait soutenir valablement une action pour dénigrement à condition de prouver l'intention fautive du défendeur.

Les actions fondées sur les règles *antitrust* ont été particulièrement utilisées ces dix dernières années contre les sachants. Dans ces dossiers, les demandeurs allèguent en général que les ayants droit, comités ou fondations refusent d'authentifier pour rendre plus rares les œuvres considérées comme authentiques, faire ainsi augmenter leur prix, et conserver un monopole sur leur vente.

Dans un dossier *Simon-Whelan v. Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc.* (26 mai 2009, Southern District of New York, 2009 U.S. Dist. LEXIS 44242), le producteur de cinéma Joe Simon-Whelan a attaqué la Fondation Andy Warhol qui avait estampillé l'œuvre qu'il possédait du sigle « refusé ». Simon-Whelan avait acheté en 1989 un autoportrait de Warhol qui avait été authentifié par ses exécuteurs testamentaires au moment de la succession et avant son acquisition.



Après avoir été en possession de l'œuvre pendant dix-sept ans, Simon-Whelan décide de la vendre et sollicite le comité d'authentification de la Fondation Warhol pour avis. Le comité lui renvoie alors l'œuvre à Simon-Whelan portant le label « *refusé* », rendant ainsi l'œuvre invendable sur le marché. La Fondation Warhol avait pourtant essayé d'acheter elle-même cette œuvre avant l'acquisition par Simon-Whelan. Ce dernier attaque alors la fondation sur le fondement des lois *antitrust*, utilisées pour la première fois dans ce dossier pour ce type de contentieux. Simon-Whelan prétend que la fondation cherchait délibérément à réduire artificiellement le nombre d'œuvres de Warhol authentifiées sur le marché, constituant ainsi une entrave au commerce au sens de l'article 1 du *Sherman Act*, et se prêtait à des manœuvres anticoncurrentielles pour préserver son monopole sur le marché secondaire de Warhol, constituant ainsi un monopole aux termes de l'article 2 du *Sherman Act*. Bien que le tribunal ait en définitive débouté le demandeur, il a considéré sa demande recevable sur le fondement du *Sherman Act*, au motif qu'il avait (a) fourni suffisamment d'éléments constituant une demande « *plausible* », (b) défini de manière précise le marché des œuvres d'Andy Warhol sur lequel la pratique anticoncurrentielle avait lieu et (c) déterminé son préjudice.

Dans une affaire plus récente *Bilinski v. Keith Haring Foundation, Inc.* (6 mars 2015, Southern District of New York, 15-1121-cv), neuf collectionneurs propriétaires collectivement de 111 œuvres qui avaient été attribuées à Keith Haring ont assigné la Fondation Haring sur le fondement entre autres du dénigrement, de la diffamation, des lois *antitrust* et de la publicité mensongère après que la fondation a déclaré, dans un communiqué de presse, que ces 111 œuvres qui avaient été incluses dans une exposition étaient des faux. Les demandeurs ont été déboutés pour défaut de base légale.

Bien qu'aucune de ces actions n'aient *in fine* conclu à la responsabilité de l'ayant droit ou du comité, les tribunaux jugent en général ces actions recevables.

Les actions sur le fondement des lois *antitrust* apparaissent comme la nouvelle voie privilégiée pour attaquer un ayant droit ou un comité qui refuse d'authentifier une œuvre.

Par ailleurs, aucune disposition ne prévoit pour le moment en droit américain que le demandeur perdant supporte les frais de procédure et d'avocat du défendeur qui prévaut. Ces actions pèsent alors comme une menace très coûteuse pour ces ayants droit, comités et fondations.

Le contentieux l'opposant au producteur Simon-Whelan a par exemple coûté plus 7 millions de dollars américains à la Fondation Andy Warhol.

C'est pourquoi ces actions en justice contre des comités d'authentification ou fondations même infructueuses dissuadent ceux-ci d'émettre une opinion sur l'authenticité d'une œuvre.

Ainsi, aux États-Unis la Fondation Calder, la Fondation Warhol, la Fondation Pollock-Krasner, la Fondation Dedalus qui authentifie les œuvres de Robert Motherwell et la Fondation Lichtenstein n'émettent plus d'opinion sur l'authenticité des œuvres pour prévenir tout risque contentieux et éviter le coût qui lui est associé. De

même, la Fondation Keith Haring a dissous son comité d'authentification et le Comité d'authentification Basquiat n'émet plus de certificat d'authenticité.

Les avis de ces fondations sur l'authenticité des œuvres étant nécessaires à leur circulation, leur dissolution ou refus d'authentifier cause une situation de paralysie sur le marché. De nombreux acteurs du marché ont ainsi appelé à une réforme législative protégeant les ayants droit, comités et fondations émettant un avis sur l'authenticité d'œuvres d'art.

Dans l'État de New York où se trouvent la plupart de ces fondations, un amendement à la loi relative aux biens culturels (*New York Arts and Cultural Affairs Law*) a été proposé par l'Association des avocats au Barreau de New York (*New York City Bar Association*) depuis 2014. Cette nouvelle législation protégerait les sachants en charge de l'authentification d'une œuvre en ajoutant des conditions supplémentaires à la recevabilité d'une demande contre ceux-ci.

En premier lieu, le demandeur qui voudrait assigner un ayant droit ou un comité en charge de l'authentification d'une œuvre devrait spécifier précisément les faits qui soutiennent sa demande (en anglais *pleading with particularity of facts*), suivant ainsi les règles appliquées aux actions pour fraude.

En outre, le demandeur devrait prouver les éléments de sa demande par la preuve manifeste (*clear and convincing evidence*) alors que la norme de preuve qui s'applique aujourd'hui pour toute action civile est la prépondérance de preuves (*preponderance of evidence* : norme selon laquelle les éléments rapportés sont plus probables qu'improbables).

Enfin, l'authentificateur qui prévaudrait pourrait recouvrer ses frais de procédure et frais d'avocat raisonnables du demandeur perdant. Cette réforme entend décourager les actions abusives contre les ayants droit, comités ou fondations.

Après plusieurs tentatives d'adoption de cet amendement en 2014 et 2015, le projet est de nouveau examiné par le Sénat et l'Assemblée de l'État de New York depuis janvier 2017. Ce projet de loi, soutenu entre autres par le Museum of Modern Art de New York (MoMA) et par le musée Guggenheim, s'il était finalement adopté, devrait réduire de manière importante le nombre d'actions intentées contre les ayants droit et comités d'artistes.

Par ailleurs, en termes de coût de procédure, la Cour suprême de l'État de New York a condamné pour la première fois en avril 2018 un demandeur à rembourser l'intégralité des frais de procédure et d'avocats du comité d'authentification d'un catalogue raisonné qu'il avait attaqué pour non-inclusion d'œuvres dans sa publication (*The Mayor Gallery Ltd v. The Agnes Martin Catalogue Raisonné LLC*, 3 av. 2018, Cour suprême de l'État de New York).

En attendant un régime juridique plus protecteur, les ayants droit, comités et fondations en charge de l'authentification d'œuvres aux États-Unis s'assurent désormais contre le risque de contentieux. La Fondation Lichtenstein a par exemple souscrit une assurance spécifique relative à ce risque à hauteur de 5 millions de dollars américains. ■