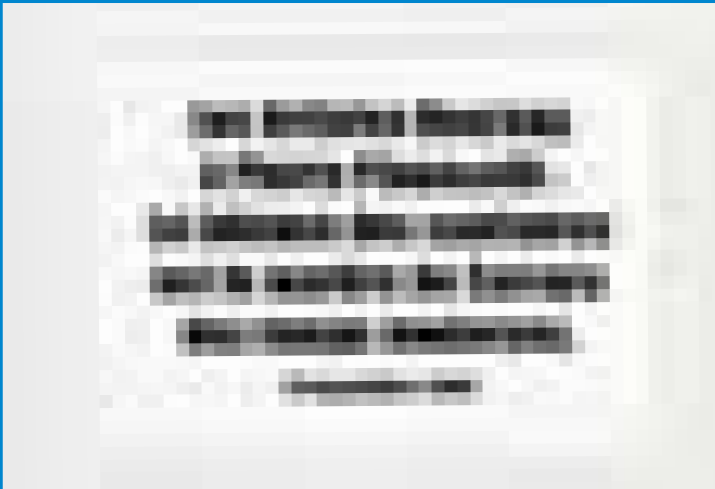




READY- MADE, MAÏËUTIQUE ET DROIT D'AUTEUR



Les Artistes Heureux, 24 novembre 2006.
Tract distribué par les Artistes Heureux le
jour du procès de Pierre Pinoncelli,
jugé pour la destruction de l'urinoir de
Marcel Duchamp.
Feuille, photocopie recto noir & blanc, 10,5 x 14,8 cm.
Copyright : Cabinet du livre d'artiste, Rennes.

Marcel Duchamp,
Fountain, 1917.
Photographie d'Alfred Stieglitz

*Dossier
Art
& Droit*



Du petit coin aux grandes galeries, de l'anecdote à l'Histoire! Un fabuleux destin que celui de cet urinoir!

1 Et ce même en droit d'auteur ! En effet, dans un arrêt unique en son genre, la Cour de cassation française a reconnu protégeable par le droit d'auteur une œuvre d'art conceptuel, consistant en l'inscription en lettres d'or du mot "Paradis" au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques de l'hôpital psychiatrique de Ville-Evrard (arrêt du 13 novembre 2008, *Recueil Dalloz*, 2009, Jur., p. 263). Sur cette affaire, voy. notre étude, "Ce sont les *regardeurs* qui font les tableaux" – La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur", in A. Puttemans et B. Demarsin (sous la dir. de), Les aspects juridiques de l'art contemporain, *Bruxelles*, Larcier, 2013, pp. 63-68, n° 48 et les références citées note 269.

2 En 1993, l'artiste français de comportement Pierre Pinoncelly, alias Pinoncelli, urine dans une réplique de *Fountain* exposée au Carré d'art de Nîmes avant de la fracasser à coups de marteau. Le tribunal correctionnel de Nîmes (le 26 août 1993) puis le tribunal de grande instance de Tarascon (le 20 novembre 1998) condamnent le geste sur le plan des responsabilités civile et pénale. L'intéressé récidive en 2006 lors d'une exposition Dada au Centre Pompidou. S'ensuit une nouvelle condamnation par le tribunal de grande instance de Paris (chambre correctionnelle, le 24 janvier 2006), confirmée par la cour d'appel (chambre correctionnelle, le 9 février 2007). Voy. sur ces affaires B. Edelmann, "De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly", *Recueil Dalloz*, 2000, chron., p. 98 ; A. Tricoire, "Le droit pénal au secours du *ready-made* : n'est pas Duchamp qui veut", *Recueil Dalloz*, 2006, jur., p. 1827 ; N. Walravens, "Le *ready-made Fountain*, œuvre de l'esprit?", *Revue Lamy Droit de l'Immobilier*, 2007/27, p. 13.

3 Deux récentes thèses juridiques ont été consacrées à l'art contemporain : N. Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur – Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Paris, Economica, I.E.S.A., 2005 ; J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Dijon, Les Presses du réel, 2013. Voy. par ailleurs notre étude, "Ce sont les *regardeurs* qui font les tableaux" – La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur", *op. cit.* (note 1), pp. 9-82.

4 Cour de cassation française, 30 octobre 1963, *Recueil Dalloz*, 1964, p. 678, note A. Françon.

5 Cour de justice Benelux, 22 mai 1987, *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1988, p. 568, note L. Van Bunnem.

6 "Art After Philosophy", *Studio International*, Londres, vol. 178, nos 915-917, 1969, pp. 134-137, 160-161, 212-213, reproduit (traduit en français) in C. Harisson et P. Wood, *Art en théorie – 1900-1990 – Une anthologie*, Paris, Hazan, 1997, p. 921 et s.

7 L' "appropriation art" a donné lieu aux Etats-Unis à une série de litiges sur lesquels il existe une littérature abondante. Mentionnons ici les trois affaires les plus importantes, toutes trois traitées par la Cour of appeal du 2nd circuit : *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (1992) ; *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2006) ; *Cantow v. Prince*, 714 F.3d 694 (2013).

Et dire qu'il s'en fut de peu pour que l'œuvre demeure dans les coulisses du XX^e siècle. Car à l'instar de la statuaire grecque s'il n'y eut ses copies romaines, que saurait-on de cette "fontaine" sans le cliché de Stieglitz ? Probablement rien, et l'art serait tout autre... Il est bien loin le *Canon* de Polyclète. Place aujourd'hui au paradigme de Duchamp.

En effet, des Sans-culottes aux pissotières, la révolution passe désormais par les toilettes ! En accédant à la postérité, Marcel et ses sanitaires charrient (dans un sens puis dans l'autre) tous ses prédécesseurs et successeurs. Sa transgression a ouvert toutes les portes, octroyé toutes les libertés. De la clé Duchamp à la clé des champs... L'artiste a depuis lors mené la création sur tous les terrains, empruntant toutes les voies possibles (voire impossibles) et imaginables (voire imaginaires). Tout est désormais permis.

Tout ? Non... Après l'avoir rendue à sa fonction première, l'artiste Pinoncelli éreinte à coups de marteau la mythique porcelaine, appelant l'intervention de l'homme de loi². Du domaine de l'art, voilà que l'on bascule dans celui du droit. Et si l'empire du premier est infini, que les contrées du second sont vastes...

Art et droit seront ainsi souvent amenés à se rencontrer, avec pour terrain d'élection le droit d'auteur. Mais terrain d'élection n'est pas terrain d'entente. L'art contemporain défie le droit d'auteur, qui en retour s'en méfie.

1. C'est la faute à Duchamp...

Le point de rupture, ce fut précisément le *ready-made*. Un siècle déjà s'est écoulé depuis qu'un premier objet usuel a été promu à la dignité d'œuvre d'art par le seul choix de l'artiste, suivant la formule de Breton. Et pourtant, l'on demeure toujours en peine d'appréhender juridiquement ce geste. Sous réserve de rares ouvertures³, l'on se contente des principes : la protection du droit d'auteur suppose une forme originale. Or l'essence du geste duchampien réside dans l'idée, non protégeable (défaut de forme). De plus, le simple choix ne confère pas à l'objet sur lequel il porte la personnalité de son auteur (défaut d'originalité). Le *ready-made* serait simplement exclu du droit d'auteur.

On peut l'admettre. Dans le même temps, il y a comme une anomalie fondamentale à offrir la protection du droit d'auteur à des paniers à salades⁴ et autres stores pour voitures⁵ tout en la refusant à l'œuvre la plus influente du XX^e siècle. Certes, le droit d'auteur n'est pas le droit de l'art. Mais jusqu'aux *Roue de bicyclette* (1913), *Sèche-bouteille* (1914) et *Fountain* (1917), l'art tout entier en était justiciable. Et si à suivre Joseph Kosuth⁶, tout art après Duchamp est conceptuel, comment alors admettre que le droit d'auteur contemporain soit partout, sauf dans l'art de son temps ?

D'autant que Duchamp ne s'est pas contenté de faire échapper toute création artistique future à l'emprise du droit d'auteur. Il a également par son geste d'appropriation invité ouvertement ses suiveurs à se placer en contravention à la loi. Car lorsque la réalité presque tout entière est privatisée, et singulièrement

par le droit d'auteur, quels espaces de liberté demeurent à la disposition de l'artiste qui entend interpréter cette réalité⁷ ? Sous réserve des démarches créatives de type "appropriationniste" relevant du domaine restreint de la parodie licite⁸, l'artiste est muselé. A nouveau, on peut admettre pareille situation. Mais n'est-ce pas là consacrer une vision anachronique de la liberté d'expression artistique ? Il y a comme un paradoxe à amenuiser juridiquement les possibilités créatives de l'artiste à mesure qu'elles augmentent techniquement. Peut-être l'avènement de l'ère de la reproductibilité technique puis de la société de l'information a modifié la notion même de l'art, comme le pressentait Paul Valéry⁹. Un droit imprégné de considérations esthétiques des XVIII^e-XIX^e siècles peut-il s'opposer à cette évolution ? Si l'on veut que l'art contemporain soit soluble dans le droit d'auteur, il faut repenser ce dernier.

2. "La mort de l'auteur"

Le principe directeur en droit d'auteur se manifeste dans sa dénomination même. *L'auteur* est au centre du dispositif juridique, s'agissant de l'accès à la protection, de son étendue et de ses exceptions. Il est au cœur de la notion d'originalité, pierre angulaire du système, définie comme "l'expression de la personnalité de l'auteur" ou la "création intellectuelle propre à son auteur"¹⁰. Le lieu de l'originalité, la forme, est appréhendé à travers le prisme du processus créatif¹¹. Les contours des droits patrimoniaux épousent parfaitement ceux de l'originalité¹². Les droits moraux ne trouvent leur raison d'être que dans cette personnalité qui s'incarne dans l'œuvre¹³. Les exceptions ne peuvent causer de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur¹⁴. Bref, tout le droit se mesure à l'aune de l'auteur. Corrélativement, le lecteur/auditeur/spectateur n'existe pas.

De là l'impossible dialogue. L'œuvre ne peut s'envisager comme le seul résultat d'un processus de production, sans considération pour la dimension de réception. Le lieu de l'œuvre, c'est celui de la rencontre de l'auteur et de son lecteur, auditeur ou spectateur (nous parlerons ensuite de "récepteur"). Tout entière tournée vers l'auteur, la doctrine juridique ne peut saisir les changements qui sont intervenus dans le domaine de l'art depuis Duchamp. Une révolution paradigmatique s'impose, à l'instar de celle préconisée en littérature par Roland Barthes en 1968 : "(...) pour rendre à l'écriture son avenir, il faut en renverser le mythe : la naissance du lecteur doit se payer de la mort de l'Auteur"¹⁵.

8 La parodie constitue une exception aux droits de l'auteur. Voy. les articles 22, § 1er, 6^e de la loi belge du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins et L. 122-5, 4^e du Code de la propriété intellectuelle français. Comme toutes les exceptions au droit, elle est d'interprétation stricte, principe bien connu que la Cour de justice de l'Union européenne a fait sien dans plusieurs arrêts (Infopaq (C-5/08) du 16 juillet 2009 ; Football Association Premier League (C-403/08 et C-429/08) du 4 octobre 2011 ; Infopaq II (C-302/10) du 17 janvier 2012).

9 "La conquête de l'ubiquité", *Pièces sur l'art*, 8e éd., Paris, Gallimard, 1934, pp. 103-104.

10 La première définition employée notamment en Belgique et en France est aujourd'hui supplantée par la seconde (largement équivalente), consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne, voy. not. les arrêts Infopaq (C-5/08) du 16 juillet 2009, *Fainer* (C-145/10) du 1er décembre 2011 et *Football Datalco* (C-604/10) du 1er mars 2012.

11 Notamment sous l'influence du schéma des étapes de la création littéraire (idée-composition-expression) du professeur H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1966, p. 11, n° 8.

12 Admis de longue date en Belgique et en France, le principe de la concordance entre l'étendue de la protection et le champ de l'originalité a été consacré par la Cour de justice de l'UE dans son arrêt Infopaq précité (note 7).

13 Voy. par ex. H. Desbois, *op. cit.* (note 10), p. 421, n° 380.

14 C'est la troisième condition du "test des trois étapes" auquel doivent satisfaire les exceptions au droit d'auteur. Ce "test" tiré du droit d'auteur international fait partie aujourd'hui du droit européen, voy. l'article 5, § 5 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

15 "La mort de l'auteur", *Manteia*, 1968, n° 5, pp. 12-17, reproduit in *Essais critiques IV – Le bruissement de la langue*, Paris, Seuil, 1984, p. 61 et s. Sans revendiquer l'appartenance à un courant de pensée particulier ni prétendre à une quelconque filiation, l'on signalera que notre approche du droit d'auteur est inspirée de la lecture de certains auteurs, parmi lesquels figurent en bonne place Umberto Eco, Gérard Genette et Nelson Goodman.

3. Le symbole de Nicée

Pas question toutefois de flinguer l'auteur. Il s'agit plutôt d'écorner son caractère absolu en substituant à la figure du créateur unique la trinité auteur/œuvre/récepteur. Pour la doctrine classique, c'est à travers l'auteur – et par extension l'originalité – que l'on détermine l'œuvre protégeable. L'auteur précède son œuvre et c'est son acte de création qui justifie la protection. Certes. Mais en pratique, la chose est tout autre. En confiant au seul juge la tâche de statuer sur l'originalité d'une création, la loi induit l'auteur de celle-ci. Techniquement, en droit d'auteur, la création précède l'auteur. Aussi l'auteur n'existe pas, il est construit. Ou plutôt, reconstruit au départ de l'œuvre.

L'œuvre toutefois, en tant qu'objet immatériel, n'a pas de contours précis. Suivant une distinction cardinale en droit d'auteur, l'œuvre ne se confond pas avec le support dans lequel elle s'incarne. Surtout, tandis que les limites physiques du support matériel existent *per se*, celles de l'œuvre immatérielle ne se conçoivent pas indépendamment de toute expérience.

Il faut donc l'intervention d'un récepteur, qui définira de son point de vue les contours de l'œuvre. L'originalité s'apprécie toujours par rapport à une forme, laquelle doit être perceptible aux sens, condition qui à son tour n'a pas de sens sans perception. La condition de forme n'est fonctionnelle qu'autant que l'on envisage son corollaire, le récepteur. Et pareillement, celui-ci doit être construit au départ de l'œuvre. En d'autres termes, auteur et récepteur participent à la définition de l'œuvre en même temps qu'ils sont construits par elle. L'interdépendance entre ces éléments est totale de sorte qu'aucun d'eux ne peut être négligé.

4. "Ce sont les regardeurs qui font les tableaux"

A concevoir la chose de la sorte, l'on comprend mieux l'incapacité du droit d'auteur à saisir le phénomène artistique contemporain. La distinction entre l'œuvre et son support évoquée ci-dessus n'a jamais été évidente en matière plastique¹⁶. Classiquement, l'œuvre est tout entière dans la toile ou dans le marbre et n'en déborde pas. Aussi l'importance du récepteur n'apparaît pas. Toutefois, l'œuvre d'art contemporain quitte le support pour investir, notamment, le contexte d'exposition et l'expérience sensible ou intellectuelle. La distinction prend alors tout son sens, de même que la fonction du récepteur, qui devient indispensable pour l'identification de l'œuvre. Et lorsque l'on considère la pratique de l'"appropriation artistique", l'on perçoit vite qu'il en va de même. En effet, le phénomène intertextuel à l'œuvre dans ce type de pratique ne peut se comprendre en faisant l'économie du récepteur. L'intertextualité a besoin pour exister d'être reconnue comme telle par le récepteur¹⁷.

5. Fictions

Construits au départ de l'œuvre, l'auteur et le récepteur sont toutefois des fictions. Leur instanciation sera d'autant plus précise que l'on disposera d'éléments permettant de les contextualiser, mais il s'agira toujours d'approcher un idéal, jamais de l'atteindre. La nécessaire contextualisation de l'auteur permet de souligner qu'avant même d'être un auteur, il est un récepteur. Il est cependant impossible de cartographier l'ensemble de ses expériences sensibles et intellectuelles, et partant, il demeurera toujours une incertitude sur le caractère proprement original de sa création. Aussi, c'est par le jeu des présomptions que le juge définira l'auteur et son originalité¹⁸. On est donc bien dans le registre de la fiction. Quant au récepteur, sous le concept unitaire se cache évidemment un public polymorphe¹⁹, imposant le recours à la fiction (faute de quoi l'on verserait dans le relativisme absolu). L'emploi d'une figure abstraite pour la définition des effets de la réception n'a rien d'exceptionnel. Par exemple, le droit des marques et le droit des dessins et modèles se réfèrent respectivement au consommateur moyen et à l'utilisateur averti pour apprécier la contrefaçon. Chez les théoriciens de la réception en matière littéraire, il est notamment question d'archilec-

teur, de lecteur implicite, de lecteur modèle²⁰,... Mais en droit d'auteur, sous quel récepteur "modèle" subsumer les différents récepteurs "empiriques"? Nous avançons un critère qui nous paraît *en droit* porteur de solutions : le public destinataire.

6. Le public destinataire

Entendons-nous bien sur le fait que l'on raisonne ici sur le plan juridique. De là, deux précisions s'imposent.

Premièrement, il se pourrait que certaines démarches créatives ne soient pas orientées, en ce sens que l'œuvre ne serait aucunement destinée à un public. L'on peut en douter²¹. Quoi qu'il en soit, dès lors que le droit d'auteur naît sans formalités, la question du public se posera toujours *ex post*, dans un cadre juridique défini (contractuel ou contentieux). Et puisque la logique patrimoniale poursuivie par le droit d'auteur repose sur l'idée d'une exploitation de l'œuvre, il sera toujours au moins question d'un public cible de l'exploitation (un "marché"). Il y aura donc bien, *en droit*, "destination"²² de l'œuvre.

Deuxièmement, la définition d'un public destinataire abstrait impose la définition d'un niveau d'abstraction. Puisqu'il n'est pas un mais des publics, où se situer?

Il n'est pas question d'envisager la somme des récepteurs potentiels ou des récepteurs réels. L'outil serait difficile à calibrer et peu fonctionnel. Pas plus ne doit-on considérer le seul point de vue de l'expert. Cela ne paraît pas admissible juridiquement²³. Ça reviendrait d'ailleurs à consacrer une sorte de version radicale de la théorie institutionnelle de l'art, ce qui ne nous paraît pas opportun. Sans oublier évidemment que les experts ne sont pas toujours unanimes²⁴. Le point de vue du grand public ne nous paraît pas plus pertinent, car envisagé dans son ensemble, il apparaît extrêmement composite et ne présentera souvent aucun lien avec l'œuvre considérée²⁵. Aussi devrait-on considérer un public dans quelque mesure "averti", doté donc d'une certaine culture et de certaines connaissances. La tâche qui consiste à le définir précisément est toutefois complexe. Peut-être un rapprochement pourrait être opéré avec le droit des dessins et modèles qui emploie, on l'a dit, le critère de l'utilisateur averti qui constitue une "notion intermédiaire entre celle de consommateur moyen (...) auquel il n'est demandé aucune connaissance spécifique (...) et celle d'homme de l'art, expert doté de compétences techniques approfondies"²⁶. Le qualificatif "averti" suggère ainsi un certain degré de connaissance de la matière²⁷.

¹⁶ Au contraire de la matière littéraire musicale où l'on comprend aisément que changer la police, la mise en page ou la qualité du papier ne concerne en rien l'œuvre de l'esprit incarnée dans l'objet physique (le livre ou la partition).

¹⁷ Voy. en particulier les travaux des théoriciens de la réception en littérature. Pour un aperçu, voy. K. Martel, "Les notions d'intertextualité et d'intraxtextualité dans les théories de la réception", *Protée*, vol. 33, n° 1, 2005, pp. 93-102.

¹⁸ La Cour de cassation belge (suivant en cela le Hoge Raad néerlandais) a même consacré, au stade de l'appréciation de la contrefaçon, une "présomption de reproduction" en cas de ressemblances suffisantes entre les éléments originaux de deux œuvres, présomption que l'auteur de l'œuvre prétendant contrefaçonner peut renverser en rendant plausible le fait qu'il ne connaissait pas l'œuvre antérieure ou qu'il ne pouvait raisonnablement en avoir connaissance (arrêt du 3 septembre 2009, *Auteurs & Media*, 2010, p. 171).

¹⁹ Comp. par ex. N. Heinrich, *Le triple jeu de l'art contemporain – Sociologie des arts plastiques*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 181.

²⁰ Respectivement chez Michael Riffaterre, Wolfgang Iser et Umberto Eco. Sur leurs théories, voy. K. Martel, *op. cit.* (note 16).

²¹ Voy. par ex. U. Eco, *L'œuvre ouverte*, traduit de l'italien par C. Roux de Bèzeux avec le concours d'A. Bouccrechlevy, Paris, Seuil, 1990, p. 11 : "(...) au moment même où il projette une opération productive (et par conséquent, un objet, une œuvre), l'artiste projette également un type de consommation (...)". Voy. également d'un autre point de vue H.S. Becker, *Les Mondes de l'art*, traduit de l'anglais par J. Bouniort, Paris, Flammarion, 2010, p. 113 : "Comme la plupart des artistes souhaitent bénéficier d'une diffusion, ils travaillent sans jamais perdre de vue ce que le système de distribution propose à leur monde peut prendre en charge".

²² Afin d'éviter tout malentendu, précisons que l'on emploie pas ici le terme "destination" au sens du "droit de destination" reconnu en droit belge et français.

²³ Sans dissenter sur l'office du juge, mentionnons simplement qu'en Belgique, le juge n'est pas tenu par le rapport d'expertise (article 962, alinéa 3 du Code judiciaire).

²⁴ La fameuse affaire de l'*Oiseau dans l'espace* de Brancusi en constitue la plus belle illustration (*Brancusi v. United States*, 54 *Treas. Dec.* 428 (Ct. Cust. 1928)). Récemment sur cette affaire, voy. B. Demarsin, "Qu'est-ce qu'une œuvre d'art en droit de douane? – Anthologie des manifestations perturbantes et des juges perturbés", *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, *op. cit.* (note 2), p. 130 et s.

²⁵ Par exemple, une récente étude a mis en évidence sept types de consommation culturelle en Fédération Wallonie-Bruxelles, parmi lesquels celle des "désengagés culturels" qui représente 28% de la population, voy. L. Callier, L. Hanquinet, M. Guérin, J.-L. Génard, *Etude approfondie des pratiques culturelles et consommations culturelles de la population en Fédération Wallonie-Bruxelles*, Observatoire des politiques culturelles (OPC), novembre 2012, spéc. pp. 15-18, disponible sur le site de l'OPC : <http://www.opc.cfbw.be> (16/12/2013).

²⁶ Cour de justice de l'Union européenne, 20 octobre 2011, *PepsiCo c. Grupo Promer Mon Graphic et OHMI*, C-281/10 P, § 53. Plus récemment, voy. Tribunal de l'Union européenne, 21 novembre 2013, *El Hogar Perfecto del Siglo XXI c. OHMI*, T-337/12, § 21.

²⁷ Dans son arrêt *PepsiCo* précité (note 25), la Cour de justice a énoncé que "(...) le qualificatif 'averti' suggère que, sans être un concepteur ou un expert technique, l'utilisateur connaît différents dessins ou modèles existant dans le secteur concerné, dispose d'un certain degré de connaissance quant aux éléments que ces dessins ou modèles comportent normalement et, du fait de son intérêt pour les produits concernés, fait preuve d'un degré d'attention relativement élevé lorsqu'il les utilise" (§ 59). Voy. également l'arrêt *El Hogar Perfecto del Siglo XXI* précité (note 25) du Tribunal (§ 23).

7. Droit d'auteur, public destinataire et art contemporain

Pour feu Arthur Danto, "[o]n ne peut voir quelque chose comme une œuvre d'art que dans l'atmosphère d'une théorie artistique et d'un savoir concernant l'histoire de l'art"²⁸. En ayant à l'esprit la théorie de l'information, on a envie de dire que la théorie artistique est le code qui permet d'assurer la communication entre l'émetteur et le destinataire. Mais plus qu'une condition de succès d'une communication, la maîtrise du code est ici condition d'existence du message, de l'œuvre, l'interprétation étant constitutive de celle-ci²⁹.

Aussi on voit l'intérêt de considérer en droit d'auteur l'intervention du public destinataire, à qui l'on pourrait raisonnablement prêter la maîtrise du code et donc l'identification du lieu de l'œuvre³⁰. L'art "dématérialisé" pourrait de la sorte acquérir une consistance, le cas échéant saisissable par le droit. Ensuite, l'intertextualité particulièrement prégnante en matière artistique contemporaine appelle, on l'a dit, une reconnaissance par le récepteur. L'opération de rapprochement entre les œuvres concernées par la relation intertextuelle est une condition de lecture et de l'existence même de l'œuvre³¹. Or ce rapprochement suppose une certaine compétence du récepteur, qu'il est d'autant plus susceptible de posséder si l'œuvre lui est destinée³². L'on pourrait alors envisager de discerner, en droit, entre ces actes de reproduction dont le statut varie suivant la manière dont ils sont reçus. Car si le risque de confusion n'est pas une condition de la contrefaçon³³, à l'inverse l'absence totale de méprise sur l'origine ou la nature d'un emprunt nous paraîtrait de nature à justifier dans certains cas un traitement moins infamant que celui de la copie servile.

8. L'œuvre d'art à l'ère de sa reproductibilité technologique

"[T]out texte se construit comme une mosaïque de citations", nous dit Julia Kristeva à qui l'on doit ce terme d'intertextualité³⁴. Mais de la linguistique à l'informatique, l'intertexte se fait aujourd'hui hypertexte et la mosaïque laisse place au réseau. Internet a tout changé et le musée de Malraux n'a plus rien d'imaginaire. Certes il est virtuel mais il existe bel et bien. En mettant en coprésence l'ensemble du patrimoine culturel mondial, internet marque l'acmé de cette intertextualité. En sus, l'évolution des technologies a mis entre toutes les mains les outils de reproduction. Les logiciels d'édition sont à la portée de chacun³⁵, offrant à tous des possibilités infinies. On assiste ainsi à une démocratisation de la création puisque tous ont désormais les moyens d'exprimer leur créativité et disposent d'un canal direct de diffusion mondial. Aux premiers collages de Braque et de Picasso ont succédé les *mash-ups*, *samplings* et autres *found footages*. Plus que toute autre, la culture numérique est une culture du *remix* et de ce fait se heurte au droit d'auteur³⁶. En Union européenne, les espaces de liberté ménagés par le droit d'auteur sont largement insuffisants. Des exceptions de citation, d'inclusion fortuite et de parodie prévues par le droit européen³⁷, seule la dernière offre quelques maigres et rares espoirs à l'artiste ou à l'internaute "appropriationniste". S'agissant spécialement de ce dernier, la question est discutée s'il ne conviendrait pas d'introduire une exception en faveur des *user-generated contents* ("contenus créés par les utilisateurs")³⁸. Pour le reste, les solutions doivent être recherchées en dehors du droit d'auteur, principalement dans le principe de la liberté d'expression consacré à l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme³⁹. On voit également la doctrine tourner un regard toujours plus insistant vers le système américain plus souple du *fair use* ("usage loyal")⁴⁰. Une évolution est certainement appelée à se dessiner.

Dans ce débat, la prise en considération du récepteur nous paraît primordiale. Probablement, l'on ne peut comprendre ces pratiques intertextuelles 2.0 en les isolant de leur contexte culturel et en négligeant leur caractère social. Elles sont souvent

profondément liées à une communauté et perdent tout sens en dehors de celle-ci. L'on ne peut dès lors se contenter d'un point de vue externe, fût-il celui de l'honorable magistrat.

9. Merci Marcel

Le propos tenu ici se veut à l'image de celui qui l'a instigué : iconoclaste. En effet, les idées esquissées ne trouvent aucun écho dans la doctrine juridique. Pour celle-ci, "qu'importe qui parle", à condition que ce soit l'auteur. Pourtant, et bien que sa voix ne soit pas relayée par cette doctrine, le récepteur existe en droit d'auteur. Ainsi, les juges du fond lui donnent bien souvent la parole lorsqu'il s'agit d'apprécier la contrefaçon ou la licéité de la parodie⁴¹. Il nous paraît qu'il convient d'extrapoler au départ de ces interventions contingentes et de conférer au récepteur un rôle véritablement structurel dans le système de droit d'auteur. Car avec Duchamp nous croyons qu'il y a, dans toute création d'ordre artistique, deux pôles : "d'un côté l'artiste, de l'autre le spectateur qui, avec le temps, devient la postérité"^{42,43}. En intégrant juridiquement cette perspective, l'on croit pouvoir réserver un meilleur accueil à l'art en général, à l'art contemporain en particulier. Ce toutefois, sans obséquiosité ou complaisance excessive⁴⁴. Ainsi, les pratiques artistiques contemporaines que l'on dit réfractaires au droit d'auteur sont peut-être pour ce dernier l'occasion d'une catharsis. Elles révèlent la présence et appellent la reconnaissance de la figure du récepteur, trop longtemps tapie dans l'ombre de l'auteur, héros de l'esthétique classique. Il aura fallu un siècle pour s'en rendre compte, mais quel dénouement ! Du musée aux prétoires, Marcel dans le rôle de Socrate pratiquant la maïeutique à coup d'urinoir ! Reste à voir si avec pareil projet, nos pairs ne nous envieront pas à notre tour boire la ciguë...

Julien Cabay

Aspirant au FNRS, Unité de droit économique de l'Université libre de Bruxelles.

Julien Cabay est Aspirant au Fonds National de la Recherche Scientifique (FNRS) et réalise actuellement un doctorat sur le thème de la Liberté de création artistique en droit d'auteur, au sein de l'Unité de droit économique du Centre de droit privé de l'Université Libre de Bruxelles (ULB). Il est titulaire d'un master en droit de l'ULB (2009) et d'un master complémentaire en droits intellectuels de la Hogeschool-Universiteit Brussel/Katholieke Universiteit Leuven (2011). Il a par ailleurs été Visiting Research Fellow à la Law School de l'Université Columbia à New York (2012-2013).

Contact : jcabay@ulb.ac.be

²⁸ La transfiguration du banal – Une philosophie de l'art, traduit de l'anglais par G. Hary-Schaeffer, Paris, Seuil, 1989, p. 217.

²⁹ Toujours suivant Danto, "(...) un objet n'est qu'une œuvre d'art que grâce à une interprétation qui le constitue en œuvre" (ibid., p. 218).

³⁰ Comp. la définition du public dans la théorie institutionnelle de G. Dickie : "A public is a set of persons the members of which are prepared in some degree to understand an object which is presented to them" (in Introduction to Aesthetics – An Analytic Approach, New York, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 92).

³¹ En ce sens à propos de la parodie, voy. G. Genette, *Palimpsestes – La littérature au second degré*, Paris, Seuil, 1982, p. 31.

³² Comp. le Lecteur Modèle d'Umberto Eco, "(...) capable de coopérer à l'actualisation textuelle de la façon dont lui, l'auteur, le pensait et capable aussi d'agir interprétativement comme lui a agi généralement" (in *Lector in fabula – Le rôle du lecteur*, traduit de l'italien par M. Bouzaher, Paris, Grasset, 1985, p. 68).

³³ Voy. Cour de cassation, 16 avril 1959, *Pascirisie*, I, 1959, p. 823.

³⁴ "Le mot, le dialogue et le roman", *Semeiotike – Recherches pour une sémanalyse*, Paris, Seuil, coll. Tel Quel, 1969, p. 146.

³⁵ Dans bien des cas au prix d'une violation du droit d'auteur sur ces programmes...

³⁶ Voy. L. Lessig, *Remix – Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, New York, The Penguin Press, 2008.

³⁷ La liste exhaustive des exceptions que les Etats membres de l'Union européenne peuvent transposer dans leur droit national figure à l'art. 5, §§ 2 et 3 de la directive 2001/29/CE (note 13). S'agissant de la notion de parodie, la Cour de justice est appelée à se prononcer tout prochainement sur son interprétation (affaire *Deckmyn et Wijheidsfonds* (C-201/13), question préjudicielle émanant de la cour d'appel de Bruxelles, 8 avril 2013, *Auteurs & Media*, 2013, p. 348).

³⁸ Il n'y a toutefois aucun consensus à l'heure actuelle, ainsi qu'il ressort du récent dialogue structuré des parties intéressées réalisé sous les auspices de la Commission européenne ("Licenses for Europe"). Il semble toutefois qu'elle reste à l'agenda, voy. la *Public Consultation on the review of the EU Copyright rules*, pp. 28-30, disponible sur le site de la Commission européenne : <http://ec.europa.eu/16/12/2013>.

³⁹ La Cour européenne des Droits de l'Homme vient d'annoncer de manière assez claire que la loi sur le droit d'auteur n'est pas immunisée à l'encontre du principe de la liberté d'expression (arrêts *Asby Donald* et autres c. France du 10 janvier 2013 et *Neij et Sundé Kolmispoppi c. Suède* du 19 février 2013). Dix ans plus tôt, les Cours de cassation belge (arrêt du 25 septembre 2003, *Pascirisie*, 2003, I, p. 1474, n° 455) et française (arrêt du 13 novembre 2003, *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 2004/200, p. 291) annonçaient exactement l'inverse...

⁴⁰ Le système de *fair use* (section 107 du titre 17 du U.S. Code) laisse au juge le soin d'apprécier le caractère loyal de l'emprunt en considération principalement de quatre éléments : (1) l'objectif et la nature de l'usage, notamment s'il est de nature commerciale ou éducative et sans but lucratif ; (2) la nature de l'œuvre protégée ; (3) la quantité et l'importance de la partie utilisée en rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée ; (4) les conséquences de cet usage sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre protégée.

En faveur d'un *fair use* européen, voy. not. P.B. Hugenholz, M.R.F. Senftleben, "Fair use in Europe. In search of flexibilities", Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-39, Institute for Information Law Research Paper No. 2012-33, disponible sur <http://ssrn.com/16/12/2013>.

⁴¹ Voy. en droit belge notre étude "Qui veut gagner son procès ?" - L'avis du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur", *Auteurs & Media*, 2012, pp. 13-29. Aux Etats-Unis, il existe une littérature abondante sur l'"Audience Test" (ou "Ordinary Observer Test") employé dans l'appréciation de la contrefaçon ("Infringement"). Sur celle-ci de manière générale, voy. D. Y'Barbo, "The Origin of The Contemporary Standard for Copyright Infringement", *6 Journal of Intellectual Property Law* 285 (1999).

⁴² "Le processus créatif", *Duchamp du signe*, écrits réunis et présentés par M. Sannoulet, Paris, Flammarion, 2007, p. 187.

⁴³ Cet aspect de "temporalité" du processus de réception des œuvres véritablement innovantes, décrit par N. Heinrich comme le "(...) nécessaire délai entre la production des œuvres et leur acceptation au sein du monde de l'art (...)" (op. cit., note 18, p. 39), qui pourrait constituer un obstacle théorique, ne posera pas nécessairement problème en pratique, l'intervention du droit se faisant toujours *ex post*.

⁴⁴ Pour rappel, le droit d'auteur n'est pas le droit de l'art, et toute considération du mérite ou de la destination de l'œuvre doit être exclue. Aussi, il ne faut pas s'attendre à ce que toutes les démarches contemporaines revendiquées "artistiques" puissent rejoindre le giron du droit d'auteur. D'ailleurs, une parfaite adéquation du champ artistique et de l'inflexible règle juridique serait probablement synonyme de la disparition du premier.