

«Qui veut gagner son procès?»

L'avis du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur*

Julien Cabay, aspirant au F.N.R.S., unité de droit économique de l'U.L.B.

L'œuvre littéraire et artistique est souvent appréhendée à travers le seul prisme du créateur. Pourtant, d'un point de vue conceptuel, l'œuvre, en tant qu'objet immatériel, s'envisage difficilement indépendamment de toute perception. L'examen de la jurisprudence belge en matière de contrefaçon et de parodie tend à montrer que la pratique des juridictions quant à l'appréciation de l'atteinte au droit d'auteur rejoint, dans une certaine mesure, cette réflexion théorique. Se pose alors la question du public du point de vue duquel il convient de se placer pour apprécier l'atteinte. Et en filigrane, la question plus fondamentale encore de savoir si ledit public n'interviendrait pas dans la définition de l'objet même du droit d'auteur.

Literaire en artistieke werken wordt vaak alleen bekeken door het oog van de schepper. Vanuit een conceptueel standpunt wordt het werk, als immaterieel voorwerp, dus moeilijk bekeken onafhankelijk van elke waarneming. Onderzoek van de Belgische rechtspraak met betrekking tot namaak en parodie neigt ernaar aan te tonen dat de praktijk met betrekking tot de beoordeling van de schending van het auteursrecht, tot op zekere hoogte, deze theoretische overweging volgt. Dit roept de vraag op naar het publiek in wiens positie men zich moet plaatsen om de schade te beoordelen. En impliciet, de nog meer fundamentele vraag of dit publiek geen rol speelt in de definitie van het voorwerp van het auteursrecht.

1. *Introduction.* – Il est amusant de constater que, parfois, les prétoires entretiennent quelque similitude avec les plateaux de télévision. Prenez le cas d'un litige en droit d'auteur par exemple. Dans ce cadre, l'on interroge le juge sur la question de la contrefaçon. Quatre réponses potentielles s'offrent alors à lui:

- a) il y a contrefaçon;
- b) il n'y a pas contrefaçon;
- c) l'œuvre première est dépourvue de forme;
- d) l'œuvre première n'est pas originale.

Il se peut que la réponse soit évidente. Ainsi en cas de reproduction servile, la réponse *a* s'impose. Si les œuvres ne présentent aucun lien entre elles, ce sera la réponse *b*. Lorsque la protection est revendiquée pour une idée ou une méthode, le juge répondra évidemment *c*. Et si l'œuvre première n'est pas une création intellectuelle propre à son auteur, *d*.

Souvent cependant, la question est plus complexe. L'utilisation d'un *joker* s'impose.

Le «50/50» lui permet d'évincer la question, en se situant sur le seul plan de l'œuvre première.

Il déduit alors l'absence de contrefaçon du fait que l'œuvre première ne satisfait pas soit à la condition de forme, soit à la condition d'originalité.

Il peut également faire «appel à un ami». Ce sera l'expert, dont le concours est fréquemment sollicité en matière musicale par exemple.

La troisième possibilité qui s'offre au juge consiste à demander «l'avis du public», en le faisant intervenir d'une manière ou d'une autre dans son appréciation.

Nous nous proposons dans cette étude d'analyser cette troisième hypothèse, à savoir la question de l'intervention du public en matière de contrefaçon, sous la forme d'un examen de jurisprudence. Dans une première partie, nous exposerons les résultats de la recension des décisions à laquelle nous avons procédé. Dans une seconde partie, nous examinerons la notion de public qui paraît se dégager de l'ensemble de ces décisions. Enfin, dans une dernière partie, nous soulignerons certaines contradictions qui naissent des principes ainsi dégagés et tenterons très sommairement d'esquisser une voie permettant de résoudre celles-ci.

* Cette étude sera idéalement mise en rapport avec une autre de nos contributions, «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. DEMAR-

SIN (éd.), *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, actes du colloque tenu au Wiels à Bruxelles le 12 mai 2011, Bruxelles, Larcier, à paraître (2012).

I. La jurisprudence

2. *Méthodologie*. – Désireux de disposer d'un matériau jurisprudentiel le plus important possible, nous avons entrepris de relever un maximum de décisions belges en matière de contrefaçon et de parodie en droit d'auteur nous paraissant intégrer une notion de public. À cette fin, nous avons analysé l'ensemble des tables des revues suivantes:

- *Auteurs & Médias* (1996-2011);
- *Intellectuele Rechten/Droits intellectuels* (1996-2011)
- *Ingénieur-conseil* (1921-2011; manquent les années 1949-1950);
- *Journal des tribunaux* (1886-2011; manquent les années 1914-1939);
- *Pasicrisie* (1886-2010);
- *Recueil permanent des revues juridiques* (anciennement *Recueil annuel de jurisprudence belge*) (1949-2011)

Nous avons concentré nos recherches sur les *verbis* «Droit d'auteur», «Propriété littéraire et artistique», «Droits intellectuels», «Contrefaçon et Parodie». Ce faisant, nous avons sélectionné 72 décisions en matière de contrefaçon en droit d'auteur et 15 décisions en matière de parodie.

3. *Statistiques*. – Vingt-trois des septante-trois décisions de contrefaçon sélectionnées ont été prononcées avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 1994 tandis que 49 l'ont été postérieurement. Quarante-six des décisions concernent des œuvres artistiques, 12 des œuvres musicales, 9 des œuvres littéraires, 2 des œuvres architecturales, 1 une œuvre cinématographique, 1 une œuvre théâtrale et 1 un site internet. Vingt-quatre des décisions sélectionnées ont été rendues en néerlandais, 48 en français. 4 décisions émanent de la Cour de cassation, 33 de cours d'appel et 36 de juridictions de première ins-

tance. Relevons encore que parmi les décisions qui concernent des œuvres artistiques, 26 ont trait à un dessin ou modèle. Elles n'ont été sélectionnées et analysées qu'en tant que la contrefaçon était appréciée sur le plan du droit d'auteur.

Toutes les décisions de parodie sélectionnées ont été prononcées après l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 1994, mais celles rendues dans l'affaire *L'Avenir vert*⁽¹⁾ l'ont été sous l'empire de la loi de 1886. Douze des décisions concernent des œuvres artistiques, 1 une œuvre dramatico-musicale et 1 une œuvre littéraire. Sept des décisions ont été rendues en néerlandais, 8 en français. Une décision émane de la Cour de cassation, 6 de cours d'appel et 8 de juridictions de première instance.

4. *Analyse: le risque de confusion en matière de contrefaçon*. – La Cour de cassation s'est expressément prononcée sur la question du risque de confusion dans l'appréciation de la contrefaçon. Dans un arrêt du 16 avril 1959⁽²⁾, elle a énoncé qu'il ne constitue pas une condition de la contrefaçon⁽³⁾ ⁽⁴⁾. Cette position pouvait déjà se déduire d'un arrêt du 26 juin 1950⁽⁵⁾. Cependant, dans chacune des espèces soumises à la censure de la Cour, le juge avait retenu l'absence d'un risque de confusion comme un élément de fait lui permettant de conclure à l'absence de contrefaçon. Dans les deux cas, la Cour a admis que le juge du fond, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation, peut retenir ce critère comme un élément d'appréciation⁽⁶⁾.

À l'exception d'un arrêt – isolé semble-t-il – de la cour d'appel de Gand du 25 juin 1971 qui semble encore avoir exigé le risque de confusion⁽⁷⁾, les juges du fond ont majoritairement suivi la position de la Cour de cassation. Certaines décisions ont rejeté le critère sans autre précision⁽⁸⁾. D'autres semblent avoir rejeté le critère du risque de confusion entre les

(1) Liège, 6 octobre 1997, *Journ. procès*, 1997, n° 336, p. 28; Cass., 5 avril 2001, *Pas.*, I, 2001, p. 612, n° 203, concl. av. gén. DE RIEMAECKER, *A&M*, 2001, p. 400, note B. MICHAUX, *I.R.D.I.*, 2001, p. 323.

(2) *Pas.*, I, 1959, p. 823

(3) La portée de l'arrêt ne nous paraît pas claire. Par l'emploi du terme «original» dans son attendu de principe («Attendu (...) que (...) la possibilité de confusion entre un modèle original et la reproduction de celui-ci n'est pas une condition nécessaire de la contrefaçon du modèle»), la Cour introduit une ambiguïté. A-t-elle entendu exclure comme condition de la contrefaçon le risque de confusion quant à l'origine des œuvres ou entre les œuvres elles-mêmes (l'œuvre contrefaite devant évidemment être originale pour qu'il puisse être question de protection) ou les deux?

(4) Pour des décisions de fond antérieures en sens contraire, voy. Civ. Bruxelles, 12 février 1921, *Ing.-cons.*, 1928, p. 170; Civ. Bruxelles, 30 novembre 1926, *Ing.-cons.*, 1928, p. 38; Civ. Courtrai, 8 mai 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1809.

(5) *Pas.*, I, 1950, p. 748. Dans cet arrêt, elle a rejeté le moyen tiré de ce que «l'existence du délit [de contrefaçon] ne dépend pas de la possibilité de confondre l'ouvrage contrefait avec l'œuvre originale» dès lors que précisément l'arrêt attaqué avait expressément rejeté l'exigence du risque de confusion.

(6) En ce sens également, voy. A. BRAUN et J.-J. EVRARD, *Droit des dessins et modèles au Benelux*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 146, n° 187.

(7) *R.W.*, 1971-1972, col. 378: «Overwegende dat er namaking bestaat, zelfs bij afwezigheid van slaafse nabootsing, van dan af dat de vergissing mogelijk wordt tussen twee modellen, waarvan het ene een oorspronkelijk karakter draagt».

(8) Anvers, 20 janvier 1997, *A&M*, 1997, p. 174; Civ. Bruxelles, 21 novembre 1997, *A&M*, 1999, p. 72; Bruxelles, 18 septembre 1998, *A&M*, 1999, p. 60, note V. CASTILLE; Bruxelles, 21 juin 1999, *I.R.D.I.*, 2001, p. 295; Bruxelles, 3 février 2000, *Ing.-cons.*, 2000, p. 159; Anvers, 5 février 2007, *A&M*, 2007, p. 352.

œuvres elles-mêmes⁽⁹⁾. D'autres encore ont rejeté de manière explicite⁽¹⁰⁾ ou implicite⁽¹¹⁾ le critère lorsqu'il porte sur l'origine des œuvres. Enfin, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 11 septembre 2001 fait la synthèse en rejetant tant l'un que l'autre⁽¹²⁾.

Si le critère du risque de confusion ne constitue pas une condition de la contrefaçon, il n'empêche qu'il est souvent appliqué par les juridictions de fond, qui en usent dans le cadre de leur appréciation souveraine de la contrefaçon, ce que semble cautionner la Cour de cassation. Ainsi l'on a pu recenser 22 décisions ayant fait application de ce critère⁽¹³⁾. À noter que, si comme l'indiquent A. BRAUN et F. DE VISSCHER, dans le cadre de l'appréciation de la contrefaçon en droit des dessins et modèles, «[1]

e plus généralement, la jurisprudence retient, fût-ce implicitement, le critère d'une possibilité de confusion entre les produits eux-mêmes (...)»⁽¹⁴⁾, seules 5 des décisions en question concernent un dessin ou modèle⁽¹⁵⁾.

5. *Analyse: l'impression d'ensemble en matière de contrefaçon.* – Parmi les décisions de fond recensées, l'on constate que 33 d'entre elles appliquent le critère de l'impression d'ensemble pour déterminer s'il y a contrefaçon⁽¹⁶⁾. Parmi celles-ci, 19 concernent un dessin ou un modèle, de sorte que l'on pourrait peut-être y voir, en ce qui les concerne, une contamination de l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur par les critères du droit des dessins et modèles⁽¹⁷⁾ (18). À cet égard, on relèvera cet arrêt de la cour d'appel

(9) Civ. Bruxelles, 21 juin 1966, *Ing.-cons.*, 1969, p. 211; Bruxelles, 8 juin 1978, *Ing.-cons.*, 1978, p. 318, *J.T.*, 1978, p. 619; Civ. Bruxelles, 11 avril 1989, *Ing.-cons.*, 1989, p. 111; Mons, 23 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 282; Civ. Bruxelles, 5 septembre 2002, *Ing.-cons.*, 2002, p. 299; Anvers, 30 novembre 1998, *A&M*, 2000, p. 420, note E. DERCLAYE; Civ. Bruxelles, cess., 14 juin 2004, *A&M*, 2005, p. 134.

(10) Civ. Bruxelles, 17 décembre 2009, *I.R.D.I.*, 2010, p. 296.

(11) Liège, 8 septembre 2008, *I.R.D.I.*, 2008, p. 403. La cour renvoie aux enseignements de A. BRAUN et F. DE VISSCHER en la matière («Benelux», in P. GREFFE et F. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, 7^e éd., Paris, Litec, Juris-Classeur, 2003, p. 731, n° 1874).

(12) *Ing.-cons.*, 2001, p. 404.

(13) Civ. Bruxelles, 12 février 1921, *Ing.-cons.*, 1928, p. 170; Civ. Bruxelles, 30 novembre 1926, *Ing.-cons.*, 1928, p. 38; Corr. Bruxelles, 6 avril 1949, *J.T.*, 1949, p. 294; Bruxelles, 30 juin 1953, *J.T.*, 1954, p. 225; Civ. Courtrai, 8 mai 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1809; Corr. Bruxelles, 12 novembre 1958, *J.T.*, 1959, p. 566; Civ. Bruxelles, 19 janvier 1960, *Ing.-cons.*, 1961, p. 71; Bruxelles, 9 novembre 1960, *Ing.-cons.*, 1961, p. 69; Civ. Bruxelles, 23 janvier 1962, *Ing.-cons.*, 1971, p. 190, obs. L. VAN BUNNEN; Civ. Bruxelles, 27 avril 1970, *Ing.-cons.*, 1971, p. 201, obs. L. VAN BUNNEN; Gand, 25 juin 1971, *R.W.*, 1971-1972, col. 378; Civ. Namur, prés., 8 mars 1994, *Journ. Proc.*, 1994, n° 259, p. 28, obs. S.-P. DE COSTER; Bruxelles, 5 février 1998, *Ing.-cons.*, 1998, p. 89; Bruxelles, 24 juin 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 177; Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS; Mons, 15 juin 2001, *J.T.*, 2002, p. 471; Civ. Bruxelles, cess., 5 août 2004, *A&M*, 2005, p. 244; Bruxelles, 28 février 2006, *A&M*, 2006, p. 436; Liège, 18 décembre 2006, *Ing.-cons.*, 2007, p. 285; Civ. Courtrai, cess., 17 janvier 2007, *I.R.D.I.*, 2007, p. 153; Bruxelles, 27 avril 2007, *I.R.D.I.*, 2008, p. 91; Bruxelles, 3 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1564, *I.R.D.I.*, 2010, p. 394

(14) A. BRAUN et F. DE VISSCHER, «Benelux», *op. cit.*, p. 731, n° 1874. Est visée la législation dans sa version antérieure à la transposition de la directive 98/71 sur la protection juridique des dessins et modèles. Voy. également H. VANHEES (*Het Beneluxmodel*, Bruxelles, Larcier,

2006), pour qui le critère du risque de confusion, valable sous l'empire de l'ancienne législation (p. 119, n° 269), ne l'est plus depuis la transposition de la directive (p. 113, n° 259).

(15) Civ. Courtrai, 8 mai 1958, *R.W.*, 1958-59, col. 1809; Gand, 25 juin 1971, *R.W.*, 1971-72, col. 378; Bruxelles, 5 février 1998, *Ing.-cons.*, 1998, p. 89; Liège, 18 décembre 2006, *Ing.-cons.*, 2007, p. 285; Civ. Courtrai, cess., 17 janvier 2007, *I.R.D.I.*, 2007, p. 153

(16) Civ. Dinant, 4 novembre 1937, *Ing.-cons.*, 1938, p. 154; Civ. Bruxelles, 21 février 1973, *Ing.-cons.*, 1973, p. 87; Civ. Bruxelles, 11 avril 1989, *Ing.-cons.*, 1989, p. 111; Civ. Verviers, cess., 15 mai 1997, *Ing.-cons.*, 1997, p. 336; Civ. Bruxelles, cess., 29 mai 1997, *Ing.-cons.*, 1997, p. 207; Bruxelles, 5 février 1998, *Ing.-cons.*, 1998, p. 89; Civ. Bruxelles, 10 juin 1998, *I.R.D.I.*, 2001, p. 298; Civ. Bruxelles, cess., 27 novembre 1998, *A&M*, 1999, p. 375; Anvers, 30 novembre 1998, *A&M*, 2000, p. 420, note E. DERCLAYE; Bruxelles, 21 juin 1999, *I.R.D.I.*, 2001, p. 295; Bruxelles, 24 juin 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 177; Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS; Bruxelles, 11 septembre 2001, *Ing.-cons.*, 2001, p. 404, *A&M*, 2002, p. 518; Bruxelles, 1 février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 877, *A&M*, 2003, p. 53; Civ. Bruxelles, 5 septembre 2002, *Ing.-cons.*, 2002, p. 299; Anvers, 19 janvier 2004, *I.R.D.I.*, 2004, p. 246; Corr. Anvers, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1850; Civ. Bruxelles, cess., 14 juin 2004, *A&M*, 2005, p. 134; Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 261; Bruxelles, 16 septembre 2005, *Ing.-cons.*, 2005, p. 370; Anvers, 18 octobre 2005, *I.R.D.I.*, 2006, p. 31, *NjW*, 2006, p. 562; Civ. Mons, cess., 18 novembre 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1855, *A&M*, 2006, p. 264; Bruxelles, 28 février 2006, *A&M*, 2006, p. 436; Liège, 18 décembre 2006, *Ing.-cons.*, 2007, p. 285; Civ. Courtrai, cess., 17 janvier 2007, *I.R.D.I.*, 2007, p. 153; Bruxelles, 27 avril 2007, *I.R.D.I.*, 2008, p. 91; Bruxelles, 6 décembre 2007, *A&M*, 2008, p. 40, *Ing.-cons.*, 2008, p. 17, *J.L.M.B.*, 2008, p. 918; Civ. Bruxelles, cess., 10 décembre 2007, *A&M*, 2010, p. 191; Liège, 8 septembre 2008, *I.R.D.I.*, 2008, p. 403; Comm. Anvers, 3 octobre 2008, *A&M*, 2010, p. 277; Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22; Civ. Bruxelles, 17 décembre 2009, *I.R.D.I.*, 2010, p. 296; Comm. Bruxelles, cess., 23 juin 2010, *Ing.-cons.*, 2010, p. 621.

de Liège qui, après avoir énoncé les principes de l'appréciation de la contrefaçon en droit des dessins et modèles, énonce que «[l]es critères d'appréciation de la contrefaçon d'un modèle en droit d'auteur sont identiques (...)»⁽¹⁹⁾.

Le critère de l'impression d'ensemble se décline suivant plusieurs formules: «impression d'ensemble», «image globale», «impression globale», «algemene indruk», «globale indruk», «totaalindruk»,...

À la lecture d'un attendu d'un arrêt rendu le 25 septembre 2003 par la Cour de cassation⁽²⁰⁾, on pourrait d'ailleurs se demander si elle n'a pas consacré le critère en droit d'auteur à propos d'une œuvre littéraire⁽²¹⁾. Nous nous permettons de reproduire cet attendu dans son intégralité:

«[Overwegende] [d]at van een *auteursrechtelijk verboden overneming* sprake kan zijn ingeval van overnemingen met wijzigingen van minder ingrijpende aard en dus ook wanneer de overneming niet geheel of grotendeels letterlijk is en zij weglatingen of toevoegingen bevat; dat een zelfs gedeeltelijke reproductie kan volstaan voor het vaststellen van een inbreuk, indien de overgenomen elementen origineel zijn; dat het erop aankomt na te gaan of het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de

auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont dat de *totaalindrukken* die beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangenomen» (nous soulignons).

6. *Analyse: indices d'une prise en compte d'un public.* – Outre les décisions qui appliquent le critère du risque de confusion ou de l'impression d'ensemble dans le cadre de l'appréciation de la contrefaçon, l'on peut encore déceler des indices de la prise en considération d'un public, quel qu'il soit, dans diverses décisions. Ainsi par exemple, il est pris en compte la présence d'«un élément esthétique immédiatement perceptible du public»⁽²²⁾ ou le fait qu'il n'existe que des «différences *difficilement perceptibles*»⁽²³⁾ entre deux œuvres⁽²⁴⁾.

Dans un jugement motivé de manière quelque peu inhabituelle, le tribunal de première instance de Bruxelles constate à propos d'une adaptation graphique d'une photographie «[q]u'il n'y a pas eu simple reprise d'une inspiration abstraite non protégée (...) mais bien d'une forme concrète originale (...), reprise *éveillant* – par une comparaison concrète des deux œuvres (...) – la *persistance certaine à la perception de l'œuvre critiquée*, de celle de l'œuvre initiale, malgré les effets d'un changement de techniques

(17) Voy. par exemple A. LUCAS, note sous Paris, 4^e ch. B, 16 mai 2008 et Paris, 4^e ch. B, 4 juillet 2008, *P.I.*, 2008, p. 427: «C'est (...) à tort que certaines décisions retiennent comme critère «l'impression d'ensemble» produite sur le lecteur, le spectateur ou l'auditeur, transposant ainsi abusivement une notion propre au droit des dessins et modèles».

(18) Sur le critère de l'impression d'ensemble, *cf.* l'article 14, (1) de la loi uniforme Benelux (tel que modifié à la suite de la transposition de la directive 98/71 sur la protection juridique des dessins et modèles), l'article 3.16 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle, l'art. 10, (1) du règlement 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires (critère de l'impression visuelle globale produite sur l'utilisateur averti). 5 des décisions ont été prononcées avant l'adoption de la directive 98/71 (13 octobre 1998), 6 entre son adoption et l'entrée en vigueur des modifications issues de sa transposition (1^{er} décembre 2003) et 8 postérieurement à cette date. Or l'ancien art. 14, (1) de la loi uniforme Benelux protégeait les modèles contre ceux qui présentaient un aspect identique ou qui ne présentaient que des différences secondaires. Il en résulte qu'une série de décisions a appliqué le critère de l'impression d'ensemble sous l'empire d'une législation qui ne le prévoyait pas expressément.

(19) 8 septembre 2008, *I.R.D.I.*, 2008, p. 403.

(20) *Arr. Cass.*, 2003, p. 1733, n° 454, concl. av. gén. G. BRESSELEERS, *Pas.*, I, 2003, p. 1471, n° 454 (trad. fr.), *Rev. dr. comm. b.*, p. 55, concl. av. gén., *A&M*, 2004, p. 29, *R.A.B.G.*, 2004, p. 205, note F. BRISON.

(21) L'emploi du conditionnel s'explique par l'ambiguïté des termes «impression d'ensemble» et autres

apparentés («*totaalindrukken*» en l'espèce) qui peuvent être lus comme une contagion du droit des dessins et modèles ou comme l'expression de la règle de l'appréciation synthétique de la contrefaçon (pour une lecture en ce sens de l'arrêt, voy. la note de F. BRISON sous l'arrêt, *R.A.B.G.*, 2004, p. 218, n° 5). Nous reviendrons sur cette équivocité *infra*, n° 9. S'agissant de l'interprétation de l'arrêt dans ce second sens, relevons tout de même qu'aucune référence aux «*totaalindrukken*» n'est faite dans les conclusions de l'avocat général, de sorte que la Cour semble avoir employé le terme d'initiative. À noter également que l'avocat général ne se réfère pas explicitement à la règle de l'appréciation synthétique. On ne peut la déduire que de la référence faite à la jurisprudence du Hoge Raad. Il est d'ailleurs étonnant qu'alors qu'il cite E. DE VISSCHER et B. MICHAUX (*Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, spéc. pp. 65-66, n° 83), l'Avocat général se garde de faire mention de la règle de l'appréciation synthétique (pourtant située au même endroit de l'ouvrage précité). Relevons pour le surplus que la question de savoir de quel point de vue l'on doit se placer pour cette appréciation synthétique reste incertaine (voy. *infra*, n° 9).

(22) Bruxelles, 21 février 1997, *Ing.-cons.*, 1997, p. 195 (nous soulignons).

(23) Civ. Bruxelles, 18 mars 1936, *Ing.-cons.*, 1939, p. 15 (nous soulignons).

(24) Voy. également Bruxelles, 17 décembre 1974, *Ing.-cons.*, 1975, p. 45; Civ. Bruxelles, 22 janvier 1988, *R.I.D.A.*, 1989/142, p. 363, note M. BUYDENS; Bruxelles, 19 février 1997, *Ing.-cons.*, 1997, p. 107; Civ. Bruxelles, 17 mai 1991, *Ing.-cons.*, 1991, p. 458; Civ. Bruxelles, 11 décembre 1998, *Ing.-cons.*, 1999, p. 478.

et de certaines modifications limitées n'altérant point cette *mémoire perceptive concrète*»⁽²⁵⁾.

Relevons également cet arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui dans une affaire de contrefaçon d'une œuvre musicale a procédé à l'écoute des mélodies en cause, écoute qui a confirmé à ses yeux – ou plutôt à ses oreilles – les similitudes entre celles-ci, déjà constatées par l'expert. À cette occasion, elle a souligné que «[d]it laatste gegeven [la similitude constatée par la cour sur base de sa propre écoute] komt *doorslaggevend* voor aangezien de partituur niet wezenlijk bestemd is om te worden geanalyseerd door musicologen, maar *om verklanking mogelijk te maken* en dus te worden *gehoord*»⁽²⁶⁾.

7. *Analyse: le risque de confusion en matière de parodie.* – À l'exception de certaines décisions qui restent muettes sur la question⁽²⁷⁾, l'ensemble des décisions de fond sélectionnées consacre, suivant les enseignements de la doctrine⁽²⁸⁾, l'absence de risque de confusion comme condition de la parodie licite⁽²⁹⁾. S'agissant de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 avril 2001⁽³⁰⁾, on peut lire sous la plume de son avocat général De Riemaecker que l'absence de risque de confusion est une condition de la parodie licite. La Cour est moins explicite sur le sujet, énonçant que «le droit d'auteur n'interdit pas, dans la mesure nécessaire pour atteindre l'effet recherché et dans le respect des lois du genre, la reproduction non autori-

sée de cette œuvre dans une intention parodique». Il semblerait cependant que l'expression soit «(...) une synthèse raisonnée des conditions que la doctrine s'est essayée à définir de façon empirique, à savoir, le but de railler («effet recherché»), le ton humoristique («loi du genre»), l'absence de risque de confusion ou de dénigrement ou de parasitisme («la mesure nécessaire»)»⁽³¹⁾. Pour le reste, on relèvera que la Cour de cassation a admis la motivation de la cour d'appel de Liège⁽³²⁾ suivant laquelle il ne pouvait y avoir de confusion dans l'esprit des lecteurs. Par ailleurs, dans ses conclusions sous un récent arrêt de la Cour de cassation, le procureur général J.-F. Leclercq a lui aussi retenu l'absence de confusion comme condition de la parodie licite⁽³³⁾.

On observera que contrairement à l'interprétation que l'on donne traditionnellement de l'exigence qu'il n'y ait pas de confusion possible en précisant que l'absence de confusion doit porter sur les œuvres elles-mêmes et non relativement à leur origine, un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 2 mai 2006 semble faire porter le critère sur l'origine des œuvres⁽³⁴⁾. De même un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 14 juin 2007⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾.

8. *Analyse: le caractère humoristique de la parodie.* – Par ailleurs, on constate que la condition que la parodie ait pour but de railler l'œuvre première semble,

(25) 21 septembre 1990, *R.G.D.C.*, 1991, p. 292 (nous soulignons).

(26) 4 septembre 2007, *A&M*, 2007, p. 471, note A. STROWEL, *I.R.D.I.*, 2008, p. 99, note A. HALLEMANS (nous soulignons).

(27) Civ. Bruxelles, 29 juin 1999, *A&M*, 1999, p. 435; Civ. Anvers, prés., 12 mai 2005, *A&M*, 2005, p. 304.

(28) Voy. not. A. BERENBOOM, «Parodie», in E. CORNU (coord.), *Bande dessinée et droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 117-118; B. MICHAUX, «La bande dessinée et les droits des tiers - Mais quelles sont les limites à la liberté de création?», in B. VAN ASBROECK (coord.), *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 204-212; P. CRUCIFIX, A. STROWEL, «La protection des personnages, des figures dessinées aux héros littéraires», in E. CORNU (coord.), *op. cit.*, pp. 173-174, et la jurisprudence citée; B. MOUFFE, *Le droit à l'humour*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 299 et s.; D. VOORHOOF, «Parodie, kunstexpressievrijheid en auteursrecht», note sous Bruxelles, 14 juin 2007, *A&M*, 2008, p. 23.

(29) Civ. Bruxelles (sais.), 2 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 932; Civ. Bruxelles, 15 février 1996, *A&M*, 1997, p. 319, obs. L. VAN BUNNEN; Liège, 6 octobre 1997, *Journ. Proc.*, 1997, n° 336, p. 28; Corr. Malines, 3 février 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 31, *Ing.-cons.*, 1999, p. 385; Civ. Bruxelles, cess., 19 mars 1999, *A&M*, 1999, p. 373; Anvers, 11 octobre 2000, *I.R.D.I.*, 2001, p. 137, note V. CASTILLE, *A&M*, 2001, p. 357, note D. VOORHOOF; Corr. Anvers, 25 novembre 2005, *T. Straf.*,

2007, p. 118, *A&M*, 2008, p. 45; Anvers, 2 mai 2006, *A&M*, 2006, p. 257; Civ. Bruxelles, 15 novembre 2006, *I.R.D.I.*, 2007, p. 29; Bruxelles, 14 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1779, obs. F. DE VISSCHER, *A&M*, 2008, p. 23, note D. VOORHOOF (cet arrêt a été cassé pour des motifs étrangers à la question de la parodie, voy. Cass., 18 juin 2010, concl. proc. gén. J.-F. LECLERCQ, *A&M*, 2010, p. 323); Bruxelles, 29 juillet 2010, *A&M*, 2010, p. 547; Gand, 3 janvier 2011, *I.R.D.I.*, 2011, p. 15, *A&M*, 2011, p. 327.

(30) *Pas.*, I, 2001, p. 612, n° 203, concl. av. gén. DE RIEMAECKER, *A&M*, 2001, p. 400, note B. MICHAUX, *I.R.D.I.*, 2001, p. 323.

(31) B. MICHAUX, note sous Cass. 5 avril 2001, *A&M*, 2001, p. 404, n° 5.

(32) 6 octobre 1997, *Journ. procès*, 1997, n° 336, p. 28.

(33) Concl. sous Cass., 18 juin 2010, *A&M*, 2010, p. 323. La Cour ne s'est pas prononcée sur la question de la parodie (voy. *supra*, note 29)

(34) *A&M*, 2006, p. 257: «Het gaat om een slaafse kopie, waarbij het publiek niet met zekerheid kan uitmaken of de figuur toe te schrijven is aan de parodist of de originel auteur».

(35) *J.L.M.B.*, 2007, p. 1779, obs. F. DE VISSCHER, *A&M*, 2008, p. 23, note D. VOORHOOF: «(...) le risque que le public imagine que les œuvres exposées soient des créations d'HERGÉ ou que Hergé et/ou Magritte soient coauteurs des œuvres contestées n'existe pas».

(36) On peut se demander si cette position ne revient pas à reconnaître que le style d'une œuvre est protégé.

tout autant que le critère du risque de confusion, intégrer une notion de public.

Ainsi la cour d'appel d'Anvers énonce que le critère du caractère humoristique de la parodie «(...) een bijzonder *subjectief criterium* is, doch dat het alleszins niet uit te sluiten is dat voor een *bepaalde categorie van "lezers"* de uitgave een humoristisch karakter vertoont»⁽³⁷⁾. Un jugement du tribunal correctionnel d'Anvers va dans le même sens⁽³⁸⁾.

La cour d'appel de Bruxelles est encore plus explicite lorsqu'elle énonce qu'en matière de parodie, «(...) il s'agit de vérifier si l'emprunt est perçu par *l'observateur* comme *impertinent, extravagant, insolent*»^{(39) (40)}.

II. Examen critique: la définition du public de référence

9. *Constat: le point de vue du public dans l'appréciation de l'atteinte au droit d'auteur.* – Cette recension à laquelle nous avons procédé tend donc à montrer que la notion de public intervient dans le cadre de

l'appréciation de la contrefaçon et de la parodie. En effet, la question du risque de confusion s'apprécie nécessairement dans le chef d'un public. De même pour l'impression d'ensemble. Il en va ainsi également de la détermination de ce qui est drôle ou ne l'est pas... D'où la question: quel public convient-il de prendre en considération?

Étonnamment, cette question ne semble jamais s'être réellement posée. Ainsi, en ce qui concerne le risque de confusion en matière de parodie, la doctrine ne paraît pas s'être interrogée sur la chose⁽⁴¹⁾. Le même constat doit être tiré à propos de la contrefaçon: nul ne semble s'être intéressé à la question du point de vue duquel il convient pour le juge de se placer pour apprécier la contrefaçon⁽⁴²⁾. C'est ce qu'avait déjà relevé Andrée Puttemans, qui fait partie des rares auteurs à s'être posé la question en Belgique à s'être posé la question⁽⁴³⁾. Pour sa part, s'agissant des œuvres romanesques, elle propose que le juge apprécie la contrefaçon du point de vue d'un «être abstrait, non créatif, doué d'une bonne intelligence logique et connaissant toutes les histoires

(37) 11 octobre 2000, *I.R.D.I.*, 2001, p. 137, note V. CASTILLE, *A&M*, 2001, p. 357, note D. VOORHOOF (nous soulignons).

(38) Corr. Anvers, 25 novembre 2005, *T. Straf.*, 2007, p. 118, *A&M*, 2008, p. 45, qui énonce que des parodies pornographiques de Bob et Bobette et de Kiekeboe «(...) door een *bepaald lezerspubliek* als *humoristisch* kunnen beschouwd worden (...)» (nous soulignons).

(39) 14 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1779, obs. F. DE VISSCHER, *A&M*, 2008, p. 23, note D. VOORHOOF (nous soulignons).

(40) Voy. également Civ. Anvers, prés., 12 mai 2005, *A&M*, 2005, p. 304; Civ. Bruxelles, 15 novembre 2006, *I.R.D.I.*, 2007, p. 29; Bruxelles, 29 juillet 2010, *A&M*, 2010, p. 547.

(41) Les références citées à la note 28 n'en soufflent mot.

(42) Nous n'en avons pas trouvé trace dans les ouvrages de référence en droit d'auteur belge, singulièrement A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008; M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, Bruxelles, Larcier, 1993; J. CORBET, *Auteursrecht*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences*, Bruxelles, Bruylant, 1993. Cette question n'est pas plus traitée dans les examens de jurisprudence d'A. BERENBOOM au *J.T.* (1996, pp. 785-793; 2002, pp. 673-686), de J. CORBET édités par la Sabam (de 1960 à 1979) de G. VAN HECKE, F. GOTZEN et J. VAN HOOF au *T.P.R.* (1965, pp. 229-245; 1977, pp. 6689-741; 1990, pp. 1781-1932; 2004, pp. 1439-1558) ou de L. VAN BUNNEN à la *R.C.J.B.* (1972, pp. 523-551; 1978, pp. 523-557; 1984, pp. 329-358; 1990, pp. 611-654; 1996, pp. 157-225; 2001, pp. 407-469; 2005, pp. 131-199).

(43) A. PUTTEMANS, «"Vous m'avez volé mon histoire!" (ou: de la contrefaçon des œuvres romanesques)», in X., *Mélanges offerts à Michel Hanotiau*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 260, n° 18. Ainsi qu'elle le relève, P.-Y. Gauthier, en France, a abordé la question dans une note sous Paris, 21 novembre 1990, *D.*, 1991, p. 88. D'autres auteurs se sont contentés de relever la prise en considération d'un public dans divers commentaires ponctuels de décision de justice. Ainsi, sans s'interroger plus avant, J. Renauld relevait dans son examen de jurisprudence à la *R.C.J.B.* en 1963 les publics de référence retenus par diverses décisions (p. 369, n° 7). On notera également que A. STROWEL a approuvé l'adoption du point de vue du «consommateur moyen ou du non-spécialiste» pour apprécier les similarités en matière musicale (sans cependant se pencher de manière générale sur la question du public de référence), in «La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou *pas de contrefaçon sans "plagiat"*», *A&M*, 2006, p. 269. Plus récemment, M. Buydens, commentant une décision où le juge avait apprécié la contrefaçon de son propre point de vue, a souligné que «(...) trois sujets de référence sont possibles pour apprécier une atteinte à un droit de propriété intellectuelle: on peut en effet faire apprécier la similitude par un expert (ce qui est généralement le cas dans les affaires de brevet, mais peut l'être aussi en droit d'auteur), ou au contraire par le consommateur moyen (comme c'est généralement le cas en droit des marques), ou encore par le juge lui-même, qui n'est ni un expert ni le "consommateur de référence"», in «La théorie de la création indépendante consacrée par la Cour de cassation», note sous Cass., 3 septembre 2009, *I.R.D.I.*, 2009, p. 418. D'autres auteurs peut-être ont également abordé la question. Mais au contraire de Stéphane Mallarmé, nous n'avons pas «lu tous les livres»... Puis-ent donc ces auteurs nous pardonner de les avoir omis.

– fictives ou réelles – antérieures à celle qui fonde l'action en contrefaçon⁽⁴⁴⁾.

Avant de passer à l'analyse du public de référence selon la jurisprudence, une précision s'impose à propos de l'emploi des termes «impression d'ensemble» et autres expressions apparentées. Ceux-ci présentent en effet quelque équivoque en ce qu'ils peuvent être connotés de deux manières, ainsi que nous l'avons déjà signalé (*supra*, n° 5, note 21). D'une part, ils peuvent être lu comme un emprunt au vocabulaire (et donc à la logique) du droit des dessins et modèles. D'autre part, on peut y voir une formule commode pour l'expression de la règle selon laquelle la contrefaçon s'apprécie de manière synthétique⁽⁴⁵⁾. Et contrairement au premier sentiment éveillé, cette règle ne s'envisage pas indépendamment d'une certaine notion de public, puisqu'il faut également de se poser la question de savoir dans le chef de qui se réalise cette appréciation synthétique. À brûle-pourpoint, tout praticien de la matière répondrait probablement qu'elle est le fait du juge⁽⁴⁶⁾. Or, il n'en est rien. L'on constate en effet que parmi les 14 décisions de fond recourant au critère de l'impression d'ensemble et qui ne concernent pas un dessin ou modèle, une seule semble se référer à l'image globale aux yeux du tribunal⁽⁴⁷⁾, quatre sont

muettes sur la question⁽⁴⁸⁾ et les neuf autres se réfèrent à l'impression d'ensemble dans le chef d'un public autre que le juge⁽⁴⁹⁾. La Cour de cassation quant à elle est restée muette également sur ce point⁽⁵⁰⁾. Lire les termes «impression d'ensemble» comme l'expression de la règle de l'appréciation synthétique n'éluide donc pas la question du public de référence.

10. *Analyse: le public de référence.* – L'analyse de la jurisprudence recensée révèle une grande variété dans les publics de référence retenus.

Souvent, l'on constate que de manière implicite ou explicite, c'est par rapport à l'opinion du juge même qu'est appréciée la contrefaçon, sans recours à la figure abstraite et désincarnée d'un quelconque public. Parfois ce ne sera qu'en tant qu'il est éclairé par l'avis de l'expert que le juge prendra sa décision⁽⁵¹⁾, mais dans la majorité des cas son avis personnel suffira⁽⁵²⁾.

Certaines décisions se réfèrent à l'«acheteur normal»⁽⁵³⁾. Un jugement de cessation du tribunal de première instance de Bruxelles précise que «(...) la contrefaçon doit être appréciée à première vue, il faut vérifier si l'observateur [en l'occurrence l'acheteur normal] éprouve spontanément, à la vue des biens, l'impression que le bien ressemble à l'original (...)»⁽⁵⁴⁾ (nous soulignons).

(44) A. PUTTEMANS, *op. cit.*, p. 261, n° 18.

(45) Sur cette règle, voy. F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, pp. 65-66, n° 83. Sur l'interprétation des termes «totaalindrukken» en ce sens, voy. F. BRISON, note sous Cass., 25 septembre 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 218, n° 5.

(46) Sans quoi d'ailleurs la règle se confondrait dans une certaine mesure avec le premier critère puisqu'elle entraînerait l'intervention d'un public externe (nous anticipons quelque peu, voy. *infra*, n° 10).

(47) Civ. Mons, *cess.*, 18 novembre 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1855, *A&M*, 2006, p. 264 (le tribunal après écoute attentive et successive, implicite).

(48) Civ. Bruxelles, 11 avril 1989, *Ing.-cons.*, 1989, p. 111; Civ. Bruxelles, *cess.*, 14 juin 2004, *A&M*, 2005, p. 134; Bruxelles, 28 février 2006, *A&M*, 2006, p. 436; Comm. Anvers, 3 octobre 2008, *A&M*, 2010, p. 277.

(49) Civ. Bruxelles, *cess.*, 10 décembre 2007, *A&M*, 2010, p. 191; Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22; Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 261; Bruxelles, 24 juin 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 177; Bruxelles, 6 décembre 2007, *A&M*, 2008, p. 40, *Ing.-cons.*, 2008, p. 17, *J.L.M.B.*, 2008, p. 918; Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS; Corr. Anvers, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1850; Civ. Dinant, 4 novembre 1937, *Ing.-cons.*, 1938, p. 154; Bruxelles, 27 avril 2007, *I.R.D.I.*, 2008, p. 91.

(50) *Arr. Cass.*, 2003, p. 1733, n° 454, concl. av. gén. G. BRESSELEERS, *Pas.*, I, 2003, p. 1471, n° 454 (trad. fr.), *Rev. dr. comm. b.*, p. 55, concl. av. gén., *A&M*, 2004, p. 29, *R.A.B.G.*, 2004, p. 205, note F. BRISON.

(51) Gand, 25 juin 1971, *R.W.*, 1971-1972, col. 378; Civ. Bruxelles, 11 décembre 1998, *Ing.-cons.*, 1999, p. 478.

(52) Cass., 26 juin 1950, *Pas.*, I, 1950, p. 748 («(...) il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement si les faits qu'il déclare constants constituent l'élément matériel du délit de contrefaçon»); Civ. Bruxelles, 22 janvier 1988, *R.I.D.A.*, 1989/142, p. 363, note M. BUYDENS; Civ. Bruxelles, 21 septembre 1990, *R.G.D.C.*, 1991, p. 292; Civ. Bruxelles, 17 mai 1991, *Ing.-cons.*, 1991, p. 458; Bruxelles, 19 février 1997, *Ing.-cons.*, 1997, p. 107; Bruxelles, 21 février 1997, *Ing.-cons.*, 1997, p. 195; Civ. Verviers, *cess.*, 15 mai 1997, *Ing.-cons.*, 1997, p. 336; Bruxelles, 1^{er} février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 877, *A&M*, 2003, p. 53; Bruxelles, 16 septembre 2005, *Ing.-cons.*, 2005, p. 370; Civ. Mons, *cess.*, 18 novembre 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1855, *A&M*, 2006, p. 264 (le juge après audition particulièrement attentive et successive des deux œuvres, implicite).

(53) Civ. Bruxelles, *cess.*, 29 mai 1997, *Ing.-cons.*, 1997, p. 207; Bruxelles, 11 septembre 2001, *Ing.-cons.*, 2001, p. 404, *A&M*, 2002, p. 518; Civ. Bruxelles, 5 septembre 2002, *Ing.-cons.*, 2002, p. 299; Civ. Bruxelles, *cess.*, 10 décembre 2007, *A&M*, 2010, p. 191; Civ. Courtrai, 8 mai 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1809 («gewoon koper»); Gand, 12 juin 2003, *Ing.-cons.*, 2003, p. 385 («normale koper»); Corr. Anvers, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1850 («normaal aandachtige koper»).

(54) 10 décembre 2007, *A&M*, 2010, p. 191; Corr. Anvers, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1850 («(...) bij het zien van de *betwiste* goederen» (nous soulignons); l'on peut se demander si la formule ne renvoie pas uniquement aux biens contrefaisants); comp. Bruxelles, 11 septembre 2001, *Ing.-cons.*, 2001, p. 404, *A&M*, 2002, p. 518 («(...) d'après l'image globale *des deux objets* pour l'acheteur normal» (nous soulignons)).

Proche de celui de l'acheteur normal, on retrouve le critère de l'«acheteur potentiel»⁽⁵⁵⁾. Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles semble considérer que le niveau d'attention requis est celui d'une «attention superficielle»⁽⁵⁶⁾.

Une série de décisions se réfère à un public quelque peu différent qu'est le «consommateur moyen»⁽⁵⁷⁾ («auditeur moyen»⁽⁵⁸⁾ en matière musicale). Certaines précisions sont parfois apportées. Suivant le tribunal de première instance de Bruxelles, il faut se référer au point de vue du «normale consument, niet specialist» et «die niet over de mogelijkheid beschikt om beide toestellen op gedetailleerde wijze te vergelijken, zoals mogelijk was in het kader van het deskundig onderzoek»⁽⁵⁹⁾. La cour d'appel de Bruxelles s'est elle référée au «consommateur moyen et peu attentif»⁽⁶⁰⁾, ou qui ne prête qu'une «attention superficielle»⁽⁶¹⁾.

Plusieurs décisions paraissent envisager un public plus large, se référant au «profane»⁽⁶²⁾, aux «personnes peu averties»⁽⁶³⁾ ou encore simplement au «public»⁽⁶⁴⁾, sans autre précision⁽⁶⁵⁾.

Un jugement du tribunal de première instance de Courtrai adopte le point de vue du «gewoon attent en normaal mens»⁽⁶⁶⁾.

Un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles semble se référer au seul avis de l'«expert»⁽⁶⁷⁾.

Nous avons déjà mentionné un arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait énoncé que les critères d'appréciation de la contrefaçon d'un modèle en droit d'auteur sont identiques à ceux qui s'appliquent en droit des modèles⁽⁶⁸⁾. Il semble donc selon cet arrêt que le public de référence soit «l'utilisateur averti», lequel précise l'arrêt «variera en fonction de la nature du produit». L'hypothèse visée par la cour semble cependant se limiter au cas où l'œuvre est également protégée par la législation sur les dessins et modèles.

Enfin, une série de décisions se focalise sur le public cible de l'auteur. Ainsi s'agissant de «chansons populaires», la cour d'appel de Bruxelles a par deux fois apprécié la contrefaçon du point de vue du «public à qui ces chansons sont destinées et qui les écoute»⁽⁶⁹⁾. Le président du tribunal de première instance de Bruxelles, siégeant en cessation, a utilisé un critère quasi identique en matière de *sampling*⁽⁷⁰⁾. Implicitement, c'est encore ce critère du public cible que l'on retrouve en matière littéraire⁽⁷¹⁾ et en matière artistique⁽⁷²⁾.

Relevons encore qu'en matière musicale, le juge semble par deux fois s'être considéré comme représentatif du public de référence, s'agissant une fois du

(55) Bruxelles, 24 juin 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 177; Civ. Courtrai, cess., 17 janvier 2007, *I.R.D.I.*, 2007, p. 153 («potentiële klant»).

(56) 24 juin 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 177.

(57) Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 261; Bruxelles, 24 juin 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 177.

(58) Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22.

(59) 17 décembre 2009, *I.R.D.I.*, 2010, p. 296.

(60) 5 février 1998, *Ing.-cons.*, 1998, p. 89.

(61) 24 juin 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 177.

(62) Civ. Bruxelles, 27 avril 1970, *Ing.-cons.*, 1971, p. 201, obs. L. VAN BUNNEN; Civ. Dinant, 4 novembre 1937, *Ing.-cons.*, 1938, p. 154 («observateur profane»); Civ. Bruxelles, cess., 5 août 2004, *A&M*, 2005, p. 244 («profan oor»).

(63) Civ. Bruxelles, 12 février 1921, *Ing.-cons.*, 1928, p. 170; Civ. Bruxelles, 30 novembre 1926, *Ing.-cons.*, 1928, p. 38 («œil non exercé ou non averti»); Civ. Bruxelles, 2 juillet 1946, *Pas.*, III, 1947, p. 57 («œil le moins averti»); Liège, 18 décembre 2006, *Ing.-cons.*, 2007, p. 285.

(64) Bruxelles, 27 avril 2007, *I.R.D.I.*, 2008, p. 91; Bruxelles, 3 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1564, *I.R.D.I.*, 2010, p. 394.

(65) Il est cependant parfois précisé que le public est peu attentif ou non spécialiste: Bruxelles, 5 février 1998, *Ing.-cons.*, 1998, p. 89 («consommateur moyen et peu attentif»); Bruxelles, 4 septembre 2007, *A&M*, 2007, p. 471,

note A. STROWEL, *I.R.D.I.*, 2008, p. 99, note A. HALLEMANS (un public non musicologue, implicite).

(66) 8 mai 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1809.

(67) 15 octobre 2004, *A&M*, 2006, p. 260: «Attendu que le tribunal, qui n'a pas de compétences musicologiques particulières, en retiendra [du rapport d'expert] que l'œuvre BDRB est protégée par le droit d'auteur et que l'œuvre GITM pourrait être considérée comme un plagiat, au moins partiel, de la première». L'emploi du conditionnel ne paraît pas de nature à relativiser la conclusion de l'expert, mais plutôt à signaler que la contrefaçon suppose en outre «l'emprunt coupable», qu'il n'y ait pas création indépendante. C'est du moins ce que suggère la suite de la motivation.

(68) 8 septembre 2008, *I.R.D.I.*, 2008, p. 403.

(69) Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS; Bruxelles, 6 décembre 2007, *A&M*, 2008, p. 40, *Ing.-cons.*, 2008, p. 17, *J.L.M.B.*, 2008, p. 918.

(70) 5 août 2004, *A&M*, 2005, p. 244 («het publiek waarvoor deze muziek bestemd is»).

(71) Civ. Bruxelles, 19 janvier 1960, *Ing.-cons.*, 1961, p. 71 (la catégorie de lecteur visée par les hebdomadaires en cause, implicite); Bruxelles, 30 juin 1953, *J.T.*, 1954, p. 225 (les lecteurs de l'œuvre prétendument contrefaisante, implicite).

(72) Mons, 15 juin 2001, *J.T.*, 2002, p. 471 («clientèle de mordus de bandes dessinées et de collectionneurs de cartes téléphoniques représentant notamment des personnages de bandes dessinées», à propos de télécartes représentant le personnage de Natacha, implicite).

«consommateur moyen»⁽⁷³⁾, l'autre fois de l'«auditeur moyen»⁽⁷⁴⁾.

En matière de parodie, et s'agissant plus particulièrement du public de référence pour apprécier le risque de confusion, on constate là encore une grande disparité dans la jurisprudence. Il peut s'agir du juge⁽⁷⁵⁾, du «public» ou du «grand public»⁽⁷⁶⁾, des «auditeurs de l'émission»⁽⁷⁷⁾ ou encore du «lecteur normalement attentif»⁽⁷⁸⁾. Un jugement de cessation du tribunal de première instance d'Anvers laisse entendre que c'est le public cible de l'œuvre contrefaite qu'il importe de prendre en considération⁽⁷⁹⁾.

Dans un arrêt où la prise en compte du public semble avoir été déterminante pour la solution d'espèce, la cour d'appel de Bruxelles a conclu à l'absence de confusion en considération d'un public à qui l'œuvre de Magritte et d'Hergé est familier⁽⁸⁰⁾.

Relevons encore que s'agissant de la condition que la parodie soit humoristique, il a été jugé que cette condition pouvait être remplie aux yeux de «een bepaalde categorie van lezers»⁽⁸¹⁾.

11. *Conclusion provisoire: un public polymorphe, d'attention variée et de culture diverse – Que déduire de cet exposé des solutions jurisprudentielles?*

(73) Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 261: «(...) le tribunal n'a pas la prétention d'être musicologue ou musicien, ni même d'avoir une oreille musicale particulièrement avertie (...) en ce sens, il doit être représentatif du consommateur moyen».

(74) Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22: «(...) la cour (...) n'a pas la prétention d'être musicologue ou musicien, ni même d'avoir une oreille musicale particulièrement avertie et (...), en ce sens, doit être représentative de l'auditeur moyen (...)».

(75) Gand, 3 janvier 2011, *I.R.D.I.*, 2011, p. 15, *A&M*, 2011, p. 327 (implicite).

(76) Lorsque Tintin est en cause... Voy. Civ. Bruxelles, sais., 2 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 932 («public»); Civ. Bruxelles, 15 février 1996, *A&M*, 1997, p. 319, obs. L. VAN BUNNEN («grand public»); Bruxelles, 14 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1779, obs. F. DE VISSCHER, *A&M*, 2008, p. 23, note D. VOORHOOF («public», «grand public»).

(77) Civ. Bruxelles, 15 novembre 2006, *I.R.D.I.*, 2007, p. 29 (implicite); Bruxelles, 29 juillet 2010, *A&M*, 2010, p. 547.

(78) Liège, 6 octobre 1997, *Journ. procès*, 1997, n° 336, p. 28; concl. av. gén. DE RIEMAECKER sous Cass., 5 avril 2001, *Pas.*, I, 2001, p. 612, n° 203.

(79) 12 mai 2005, *A&M*, 2005, p. 304: «Bovendien zijn de toevoegingen in deze zeer minimaal en niet voor iedereen duidelijk, integendeel stelt verwerrende partij zelf ook dat de toevoeging van de bloedvlek "voor druggebruikers associatie opwekt" en dus zeker niet voor iedereen en uiteraard ook niet voor het doelpubliek van nijntje (...)» (nous soulignons; implicite).

Premièrement, il semble que le ver soit dans le fruit. En effet, au vu de la motivation des décisions recensées, on peut difficilement nier que la notion de public intervient dans la définition de la contrefaçon en droit d'auteur. Peut-être faut-il voir là une contamination par le droit de la propriété industrielle. Il n'en reste pas moins que le fait est avéré. Du reste, cela ne doit pas étonner. L'œuvre est destinée à être vue, lue, écoutée, utilisée, appréciée⁽⁸²⁾... L'œuvre, et singulièrement l'œuvre d'art, est un objet de jouissance et dans la mesure où le public jouit de l'œuvre, il nous paraît logique que son point de vue intervienne à un moment ou à un autre dans la définition de son régime juridique.

Deuxièmement, on remarque qu'il n'existe aucune unité au sein de la jurisprudence. On recense presque autant de publics de référence que de décisions de justice. Et sous réserve de quelques «groupes» de décisions⁽⁸³⁾, il n'est pas même possible de définir un public type pour une catégorie d'œuvres donnée. D'ailleurs, il est souvent fait référence dans une même décision et donc par rapport à une même œuvre à plusieurs publics différents⁽⁸⁴⁾...

Troisièmement, mis à part les cas où le juge se fonde sur son appréciation personnelle, on voit que

(80) 14 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1779, obs. F. DE VISSCHER, *A&M*, 2008, p. 23, note D. VOORHOOF.

(81) Anvers, 11 octobre 2000, *I.R.D.I.*, 2001, p. 137, note V. CASTILLE, *A&M*, 2001, p. 357, note D. VOORHOOF; Corr. Anvers, 25 novembre 2005, *T. Straf.*, 2007, p. 118, *A&M*, 2008, p. 45.

(82) Dans le même sens très clairement, voy. J. PERLBERGER, «Chronique de jurisprudence - Le droit d'auteur (1976 à 1985)», *J.T.*, 1986, p. 632, n° 48: «(...) c'est le public qui est le destinataire final des œuvres d'art».

(83) Par exemple les décisions en matière de contrefaçon musicale utilisant le critère du «public à qui ces chansons sont destinées et qui les écoute» ou les décisions en matière de contrefaçon d'une œuvre protégée également par un dessin ou un modèle utilisant le critère de l'«acheteur normal».

(84) Civ. Bruxelles, cess., 10 décembre 2007, *A&M*, 2010, p. 191 («acheteur normal», «observateur»); Bruxelles, 24 juin 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 177 («consommateur moyen», «acheteur potentiel»); Civ. Courtrai, 8 mai 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1809 («gewoon attent en normaal mens», «gewoon koper»); Civ. Bruxelles, cess., 5 août 2004, *A&M*, 2005, p. 244 («profaan oor», «het publiek waarvoor deze muziek bestemd is», «normaal muziekliefhebber»); Mons, 15 juin 2001, *J.T.*, 2002, p. 471 («public», «clientèle de mordus de bandes dessinées et de collectionneurs de cartes téléphoniques représentant notamment des personnages de bandes dessinées»); Bruxelles, 14 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1779, obs. F. de Visscher, *A&M*, 2008, p. 23, note D. Voorhoof («public», «grand public», «observateur», «spectateur à qui l'œuvre d'Hergé et de Magritte est familier»).

le public retenu par la jurisprudence, au-delà de sa diversité, constitue à chaque fois une entité abstraite, une figure désincarnée et non un public empirique. Ici non plus, cela ne doit pas étonner, tant le droit a coutume de recourir à ce type d'abstraction, que l'on songe à la personne normalement prudente et diligente en droit de la responsabilité⁽⁸⁵⁾, au consommateur moyen en droit de la consommation⁽⁸⁶⁾, au consommateur moyen en droit des marques⁽⁸⁷⁾, à l'utilisateur averti en droit des dessins et modèles⁽⁸⁸⁾, à l'homme du métier en droit des brevets⁽⁸⁹⁾...

Quatrièmement, on constate que la question du public de référence est en réalité triple. Il s'agit en effet de déterminer 1) le public en question, 2) son niveau d'attention et 3) sa culture. C'est à ces trois questions que nous tenterons de répondre dans les lignes qui suivent.

12. *Le public de référence.* – S'agissant de la première question, il semble que l'on puisse de manière générale considérer que le public à prendre en considération est celui auquel l'œuvre est destinée. Ainsi sur 44 décisions en matière de contrefaçon intégrant une indication du public de référence, on voit que 21 utilisent pour définir ledit public un terme qui implique un lien direct entre celui-ci et l'œuvre, qu'il s'agisse du «consommateur», de l'«acheteur», de la «personne à qui l'œuvre est destinée», du «lecteur» ou de l'«auditeur» de l'œuvre... Si les terminologies employées par les autres décisions ne permettent pas d'en déduire la prise en considération de ce lien public/œuvre, elles ne peuvent pas pour autant l'exclure. D'ailleurs il serait tout à fait illogique d'appré-

cier la contrefaçon du point de vue d'un public qui ne présente aucun lien avec l'œuvre en cause, de sorte que ce lien doit nécessairement être présent.

Quant à assimiler le «public consommateur» (au sens large) au «public à qui l'œuvre est destinée», cela procède d'un quadruple raisonnement.

Tout d'abord, quand bien même l'idée suivant laquelle l'auteur destine son œuvre à un public en particulier ne correspondrait pas à la réalité de la création, elle nous paraît s'inscrire dans la logique du droit d'auteur, à tout le moins dans sa composante patrimoniale. En effet, c'est la jouissance de l'œuvre qui justifie le paiement de droits. Une œuvre non destinée à faire l'objet d'une jouissance ne poursuit donc pas la logique patrimoniale du droit d'auteur. Il nous semble donc que l'œuvre en droit d'auteur doit avoir été destinée à faire l'objet d'une jouissance⁽⁹⁰⁾, ce qui implique que son auteur doit bien avoir eu en vue un public susceptible d'en jouir⁽⁹¹⁾.

Ensuite, dès lors que le droit d'auteur naît sans formalité⁽⁹²⁾, envisager la contrefaçon du point de vue du public consommateur est antinomique. L'œuvre première tout comme l'œuvre seconde ne naissent pas du fait de leur consommation mais leur préexistent. En effet, si la mise en œuvre du droit d'auteur suppose une certaine «consommation» (jouissance), sa naissance ne lui est pas subordonnée. Par ailleurs, l'œuvre seconde est contrefaisante parce qu'elle emprunte à ce qui fait l'originalité de l'œuvre première⁽⁹³⁾ et non parce qu'elle est consommée. Il est dès lors plus respectueux des principes de se référer au public destinataire plutôt qu'au public consommateur.

(85) Voy. notamment L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, Antwerpen, Maklu, Bruxelles, CED-Samson, 1991, pp. 39-40, n° 21; R.O. DALCQ, *Les Nouvelles, Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, Bruxelles, Larcier, 1967, nos 262-263.

(86) Voy. la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Le considérant 18, sur la base de la jurisprudence de la Cour de justice, définit le consommateur moyen comme étant celui qui est «normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques».

(87) Voy. notamment C. VANLEENHOVE, «De relevante consument in het merkenrecht – het mysterie wezen ontsluiterd», *I.R.D.I.*, 2010, pp. 354 et s.

(88) Voy. s'agissant de l'appréciation du caractère individuel et de la contrefaçon les articles 5, § 1^{er} et 9, § 1^{er}, de la directive 98/71 sur la protection juridique des dessins ou modèles, les articles 6, § 1^{er} et 10, § 1^{er}, du règlement 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires, les articles 3.3, § 2 et 3.16, § 1^{er}, de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle.

(89) Voy. notamment M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 66-68, n° 129-132; B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 112-113, n° 128.

(90) C'est d'ailleurs aux fins d'être objet de jouissance que l'œuvre est rendue publique (si tel n'était pas le cas, elle demeurerait secrète), publicité sans laquelle toute mise en œuvre du droit d'auteur est exclue.

(91) Comp. U. ECO, *L'œuvre ouverte*, traduit de l'italien par C. ROUX DE BÉZIEUX avec le concours d'A. BOUCOU-RECHLIEV, 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 (...)». D'un autre point de vue, comp. également 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 propre à leur monde peut prendre en charge».

(92) Il est constant que le droit d'auteur naît du seul fait de la création, voy. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 32, n° 34.

(93) *Ibidem*, p. 65, n° 83.

Par ailleurs, il apparaît logique qu'en principe le public qui «consomme» (jouit) de l'œuvre soit majoritairement constitué de personnes à qui elle est destinée.

Enfin, le public du point de vue duquel s'apprécie la contrefaçon constituant une abstraction, il apparaît plus simple de reconstituer le public à qui est destinée l'œuvre (le juge pouvant se focaliser sur l'analyse de celle-ci et de la volonté supposée de son auteur) que celui qui la consomme (en jouit) effectivement (le juge ne disposant pas des données empiriques permettant d'identifier chacun de ceux qui constitueraient ce public). La notion de «public à qui est destinée l'œuvre» apparaît comme unitaire et susceptible de faire l'objet d'un processus d'abstraction, tandis que celle de «public consommateur» apparaît comme plurielle et partant, difficile à conceptualiser⁽⁹⁴⁾.

Nous pensons donc que l'expression deux fois employée par la cour d'appel de Bruxelles selon laquelle la contrefaçon s'apprécie du point de vue du «public à qui [l]es chansons sont destinées et qui les écoute»⁽⁹⁵⁾ constitue la formule la plus commode et peut être généralisée à tout type d'œuvre. Elle permet par ailleurs de souligner que ledit public doit également prendre connaissance de l'œuvre («qui les écoute»), renforçant encore le lien qui unit celui-ci à l'œuvre. Le public à prendre en considération serait donc «le public à qui l'œuvre est destinée et qui en prend connaissance».

(94) Certes, l'atteinte au droit de marque s'apprécie par rapport au consommateur moyen. À la différence cependant du droit des marques où la consommation porte sur l'objet matériel revêtu d'un signe distinctif relevant du droit de la propriété intellectuelle, la jouissance en droit d'auteur porte directement sur le produit immatériel qu'est l'œuvre protégée, et non sur l'objet matériel qui l'intègre (sauf à méconnaître la distinction fondamentale qui existe entre l'œuvre et son support). Dans la mesure où un dessin ou modèle porte sur «l'apparence d'un produit» (article 1^{er}, a) de la directive 98/71), il nous semble que le même raisonnement vaut à l'égard du critère de l'utilisateur averti.

(95) Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS; Bruxelles, 6 décembre 2007, *A&M*, 2008, p. 40, *Ing.-cons.*, 2008, p. 17, *J.L.M.B.*, 2008, p. 918. Voy. aussi Civ. Bruxelles, cess., 5 août 2004, *A&M*, 2005, p. 244.

(96) Il convient de nuancer le propos depuis l'entrée en vigueur de la directive 98/71 (1^{er} décembre 2003) dans la mesure où certains sont d'avis que la protection du dessin ou modèle ne se limite pas aux seuls produits pour lesquels il a été déposé. Dans cette optique, un jouet en forme de voiture pourrait porter atteinte au titulaire du modèle d'une véritable voiture par exemple. Sur cette question voy. par exemple H. VANHEES, *Het Beneluxmodel*, *op. cit.*, pp. 116-117, n° 263 et les réf. citées.

Mais même en retenant cette notion de public, on ne vide pas la question du public de référence en matière de contrefaçon dès lors qu'il convient de se demander s'il faut se focaliser sur celui à qui est destinée l'œuvre contrefaite ou l'œuvre contrefaisante, lesquels ne coïncident pas nécessairement. Cette subtilité semble pourtant avoir échappé aux juges qui paraissent amalgamer l'un et l'autre.

Et si l'on doit voir l'intervention du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur comme symptomatique de la contamination de ce dernier par le droit de la propriété industrielle, alors c'est précisément à cet endroit qu'elle se manifeste. En effet, la confusion des publics destinataires de l'œuvre première et de l'œuvre seconde est évidente en droit des dessins et modèles puisque la protection porte sur «l'apparence d'un produit» (*cf.* article 1^{er}, a) de la directive 98/71 sur la protection juridique des dessins ou modèles). Les produits en présence dans le cadre d'un litige en contrefaçon seront donc des produits destinés la plupart du temps à un public identique ou similaire⁽⁹⁶⁾. Cette coïncidence des deux publics est plus patente encore en droit des marques en raison du principe de spécialité⁽⁹⁷⁾. En droit d'auteur par contre, elle n'est pas nécessairement vraie, loin s'en faut.

En outre, même lorsque le juge se prononce plus clairement – mais plus rarement – en faveur de l'appréciation de la contrefaçon du point de vue du public destinataire de l'œuvre prétendument contre-

(97) Le critère du risque de confusion employé dans l'appréciation de la contrefaçon concerne le cas où les produits et/ou services sont identiques ou similaires, voy. les articles 5, (1), b) de la directive 2008/95 rapprochant la législation des États membres sur les marques, article 9, (1), b) du règlement 207/2009 sur la marque communautaire et article 2.20, (1), b) de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle. Sur le principe de spécialité, voy. A. BRAUN et E. CORNU, *Précis des marques*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 213-221, n°s 168-172; F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 104-106.

(98) Voy. Bruxelles, 30 juin 1953, *J.T.*, 1954, p. 225. Dans cette affaire cependant, le juge considère implicitement que les lecteurs de l'œuvre prétendument contrefaisante ont connaissance de l'œuvre prétendument contrefaite («Attendu qu'il ressort des éléments du dossier que le prévenu, tout en voulant réaliser une imitation suffisante du journal «Le Soir» – propriété de la partie civile – de manière à produire dans l'esprit du public entre le libelle et le dit journal, une certaine confusion, et à provoquer ainsi par surprise, la lecture de son *factum*, n'a cependant pas entendu perpétrer l'infraction dont il s'agit; que cela ressort nettement des dissemblances qu'il a volontairement laissé subsister et dont l'effet était de mettre fin à l'état de méprise du lecteur; qu'à cet égard est absolument symptomatique l'intitulé du libelle «Le

faisante⁽⁹⁸⁾, la question ne nous paraît tranchée. En effet, on ne voit pas nécessairement le lien logique qui unit la définition de l'atteinte au droit de l'auteur d'une œuvre première et le public destinataire d'une œuvre seconde⁽⁹⁹⁾.

13. *L'attention du public.* – S'agissant de la seconde question, à savoir celle de l'attention requise du public, on constate que de manière générale la jurisprudence retient un faible niveau d'attention. Elle parle en effet d'«attention superficielle»⁽¹⁰⁰⁾, de personnes «peu averties»⁽¹⁰¹⁾, de consommateur «peu attentif»⁽¹⁰²⁾... Deux décisions de contrefaçon semblent exiger un niveau d'attention quelque peu plus élevé, quoi qu'encore relativement faible, qui serait celui d'une «attention normale»⁽¹⁰³⁾. De même une décision en matière de parodie⁽¹⁰⁴⁾.

La réponse à cette question nous paraît liée à celle apportée à la première question. Si l'on retient avec nous comme public de référence celui à qui l'œuvre est destinée et qui en prend connaissance, on

doit alors considérer celui-ci dans son comportement vis-à-vis de l'œuvre en question. Or l'œuvre n'est pas (n'est plus) un objet dont on ne peut jouir qu'en un lieu et moment précis, un *bic et nunc*. Il est révolu le temps où l'on ne prenait connaissance d'une œuvre musicale que lors d'un concert, d'une œuvre cinématographique qu'au cinéma, d'une œuvre plastique qu'en se rendant sur son lieu d'exposition, etc. L'apparition des moyens de reproduction technique a permis de rapprocher l'œuvre du récepteur⁽¹⁰⁵⁾. Confirmant la pensée de Paul Valéry, l'œuvre a acquis une sorte d'ubiquité⁽¹⁰⁶⁾. De la sorte, le développement de l'industrie du disque, de la télévision, du Musée imaginaire (suivant l'expression d'André Malraux⁽¹⁰⁷⁾), et de manière générale de la société de l'information a considérablement modifié le mode de jouissance des créations immatérielles⁽¹⁰⁸⁾. Une même œuvre est «consommée», «reconsommée», voire «surconsommée» par le public auquel elle est destinée⁽¹⁰⁹⁾. Sous cet angle, il nous paraît que l'attention

Soir démasqué», dont la lecture devait immédiatement mettre fin à toute confusion». Voy. également en matière de parodie Civ. Bruxelles, 15 novembre 2006, *I.R.D.I.*, 2007, p. 29 («les auditeurs de l'émission», implicite); Bruxelles, 29 juillet 2010, *A&M*, 2010, p. 547 («l'auditeur du "Jeu des dictionnaires"»). On relèvera encore cet arrêt de la cour d'appel de Liège (6 octobre 1997, *Journ. procès*, 1997, n° 336, p. 28), qui par la réponse à l'argument des plaideurs, semblent aussi considérer que c'est le public de l'œuvre seconde qu'il faut prendre en considération («Attendu qu'il est déraisonnable de soutenir qu'un lecteur ne connaissant pas le journal *Vers l'Avenir* pourrait difficilement distinguer le pastiche de l'œuvre originale dans la mesure où un lecteur ne connaissant pas *Vers l'Avenir* ne pourrait opérer aucune confusion entre la publicité litigieuse et un journal qu'il ne connaît pas»).

(99) Pas plus la référence au seul public de l'œuvre première ne nous paraîtrait opportune (pour un exemple, voy. Civ. Anvers, cess., 12 mai 2005, *A&M*, 2005, p. 304, *supra*, n° 10, note 79). En réalité, nous pensons qu'il faut prendre en considération tant le point de vue du public de l'œuvre première que celui de l'œuvre seconde. Pour ce faire, l'on ne peut raisonner au moment de la contrefaçon, sauf à forcément confondre les deux publics. Nous pensons donc qu'il faut faire intervenir ces points de vue antérieurement, au stade de la définition de l'œuvre. C'est ce que nous verrons *infra*, n° 17.

(100) Bruxelles, 24 juin 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 177.

(101) Civ. Bruxelles, 12 février 1921, *Ing.-cons.*, 1928, p. 170; Civ. Bruxelles, 30 novembre 1926, *Ing.-cons.*, 1928, p. 38 («œil non exercé ou non averti»); Civ. Bruxelles, 2 juillet 1946, *Pas.*, III, 1947, p. 57 («œil le moins averti»); Liège, 18 décembre 2006, *Ing.-cons.*, 2007, p. 285.

(102) Bruxelles, 5 février 1998, *Ing.-cons.*, 1998, p. 89.

(103) Civ. Courtrai, 8 mai 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1809 («gewoon attent en normaal mens»); Corr.

Anvers, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1850 («normaal aandachtige koper»).

(104) Liège, 6 octobre 1997, *Journ. procès*, 1997, n° 336, p. 28 («lecteur normalement attentif»); concl. av. gén. DE RIEMAECKER sous Cass., 5 avril 2001, *Pas.*, I, 2001, p. 612, n° 203.

(105) Voy. W. BENJAMIN, «L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique», dernière version de 1939, traduit de l'allemand par M. DE GAUDILLAC, R. ROCHLITZ et P. RUSCH, in *Œuvres*, t. III, Paris, Gallimard, 2000, p. 275: «(...) la reproduction technique peut transporter la reproduction dans des situations où l'original lui-même ne saurait jamais se trouver. Sous forme de photographie ou de disque, elle permet surtout de rapprocher l'œuvre du récepteur. La cathédrale quitte son emplacement réel pour venir prendre place dans le studio d'un amateur; le mélomane peut écouter à domicile le chœur exécuté dans une salle de concert ou en plein air».

(106) P. VALÉRY, «La conquête de l'ubiquité», *Pièces sur l'art*, 8^e éd., Paris, Gallimard, 1934, p. 104: «Les œuvres acquerront une sorte d'ubiquité. Leur présence immédiate ou leur restitution à toute époque obéiront à notre appel».

(107) A. MALRAUX, *Le musée imaginaire*, Paris, Gallimard, 1996.

(108) À bien lire S. DUSOLIER, cette évolution serait liée à «(...) l'apparition de la sphère publique [qui] accompagne et présuppose la transformation fondamentale de la production culturelle: de la représentation des œuvres, on passe à un marché de biens culturels (...)», in *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 221, n° 280.

(109) «Comme l'eau, comme le gaz, comme le courant électrique viennent de loin dans nos demeures répondre à nos besoins moyennant un effort quasi nul, ainsi serons-nous alimentés d'images visuelles ou auditives, naissant et s'évanouissant au moindre geste, presque à un signe.

requis de ce public est celle qui découle d'une jouissance normale de l'œuvre par celui-ci. Selon nous, il conviendrait donc d'exiger plus qu'une attention superficielle, mais une attention normale⁽¹¹⁰⁾, comme retenue par les trois décisions précitées.

Nous pensons pouvoir retrouver une illustration de cette prise en considération du comportement normal (et donc d'une attention normale) du public destinataire dans l'arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Eminem*⁽¹¹¹⁾. Le premier juge avait conclu à la contrefaçon au motif

«(...) qu'après une seule écoute attentive du CD déposé par les défenderesses qui reproduit les deux chansons litigieuses, le tribunal a décelé une similitude entre le premier thème de "Daydream" et la partie chantée – le refrain – de "Cleanin' out my closet" qui commence par les mots "Sorry, mama"»⁽¹¹²⁾ (nous soulignons).

Il y avait là, à notre sens, prise en considération d'une attention superficielle dans la mesure où il n'y avait eu qu'une seule écoute, fût-elle attentive, ce qui ne correspond nullement au comportement normalement adopté par le public destinataire.

En ce sens, la motivation de l'arrêt de la cour d'appel nous paraît bien meilleure, lorsqu'elle énonce que

«[c]ontrairement à l'opinion exprimée par le premier juge, la cour est d'avis que les deux chansons sont différentes, et cela, non pas à l'issue d'une seule écoute, mais bien de plusieurs auditions, tant des chansons dans leur entièreté que des extraits des refrains et couplets litigieux, même lorsqu'ils sont mis bout à bout» (nous soulignons).

Comme nous nous sommes accoutumés, si ce n'est asservis, à recevoir chez nous l'énergie sous diverses espèces, ainsi trouverons-nous fort simple d'y obtenir ou d'y recevoir ces variations ou oscillations très rapides dont les organes de nos sens qui les cueillent et qui les intègrent font tout ce que nous savons», in P. VALÉRY, *op. cit.*, p. 105.

(110) Comp. la définition du consommateur moyen en droit de la consommation (*supra*, n° 11, note 86).

(111) 6 décembre 2007, *A&M*, 2008, p. 40, *Ing.-cons.*, 2008, p. 17, *J.L.M.B.*, 2008, p. 918.

(112) Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 263.

(113) Comp. Civ. Bruxelles, 17 décembre 2009, *I.R.D.I.*, 2010, p. 296: «Bij de beoordeling van de globale visuele indruk dient immers te worden uitgegaan van de normale consument, die niet over de mogelijkheid beschikt om beide toestellen op gedetailleerde wijze te vergelijken, zoals mogelijk was in het kader van het deskundig onderzoek» (nous soulignons). Probablement le juge insiste ici sur le fait que le consommateur ne dispose pas de la possibilité de comparer avec précision les deux appareils, lesquels lui sont tout de même présentés en un même moment et en un même lieu (comp. Civ. Bruxelles, 10 décembre

Il est probable que par l'écoute des mélodies litigieuses juxtaposées⁽¹¹³⁾, la cour adopte un niveau d'attention qui va au-delà d'une attention normale. Néanmoins, le comportement qui consiste à prendre plusieurs fois connaissance de l'œuvre se rapproche de celui que l'on peut attribuer normalement au public concerné.

Mais à nouveau le débat n'est pas clos concernant la contrefaçon, toujours pour la raison exposée lors de la réponse à la première question. Pour demeurer dans l'exemple concret de cette affaire *Eminem*, tant en premier degré qu'en appel, les juges semblent faire coïncider les publics destinataires de l'œuvre contrefaite et de l'œuvre contrefaisante. Or il ne fait aucun doute que la chanson «Daydream», déposée à la Sabam en 1968, interprétée à l'origine par le groupe Wallace Collection et décrite par la cour d'appel comme «(...) une mélodie romantique des années pop (...) sur laquelle il est possible de danser le slow» est destinée à – et de manière générale fait l'objet d'une jouissance par – un public différent de celui de la chanson d'Eminem "Cleanin' Out My Closet", déclarée auprès de la Sabam en 2002 et qui constitue, toujours selon la cour, «(...) avant tout un air de Rap dans lequel la section rythmique est prépondérante». En ce sens, la motivation de la cour d'appel nous paraît laisser à désirer.

14. *La culture du public.* – S'agissant de la troisième question, elle présente évidemment un lien direct avec la réponse à la première question. Tout public dispose d'une culture donnée. Il convient donc, après avoir défini une première abstraction, à savoir le public destinataire de l'œuvre, d'en définir une seconde, à savoir le bagage culturel qui est normalement le sien⁽¹¹⁴⁾.

2007, *A&M*, 2010, p. 191: «(...) la contrefaçon doit être appréciée à première vue, il faut vérifier si l'observateur éprouve spontanément, à la vue des biens, l'impression que le bien ressemble à l'original (...)» (nous soulignons); Corr. Anvers, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1850; comp. Bruxelles, 11 septembre 2001, *Ing.-cons.*, 2001, p. 404, *A&M*, 2002, p. 518 (*supra*, n° 10, note 54). Mais l'on relèvera que lorsqu'il s'agit d'œuvres autres que des dessins ou modèles, le public se trouve rarement en présence concomitamment des deux œuvres.

(114) Comp. U. ECO, *Lector in fabula – Le rôle du lecteur*, traduit de l'italien par M. BOUZAHER, Paris, Grasset, 1985, pp. 67-68: «Pour organiser sa stratégie textuelle, un auteur doit se référer à une série de compétences (...) qui confèrent un contenu aux expressions qu'il emploie. Il doit assumer que l'ensemble des compétences auquel il se réfère est le même que celui auquel se réfère son lecteur. C'est pourquoi il prévoira un Lecteur Modèle 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 générativement». Comp. également la définition du consommateur moyen en droit de la consommation (*supra*, n° 11, note 86).

Cette prise en considération de la culture du public joue un rôle particulier dans le domaine de la parodie. Toute parodie est en effet «nécessairement et explicitement référentielle»⁽¹¹⁵⁾. «Le but du parodiste étant de faire rire aux dépens d'un auteur, il est essentiel que le public à qui est présentée la parodie puisse comprendre que c'en est une. Or le public ne sera conscient de ce fait que si l'œuvre dont il prend connaissance est telle qu'elle suscite dans son esprit un rapprochement entre elle et l'œuvre parodiée»⁽¹¹⁶⁾.

La cour d'appel de Bruxelles a clairement motivé son arrêt du 14 juin 2007 en ce sens⁽¹¹⁷⁾. Elle énonce par exemple que

«[l]es personnages de bandes dessinées d'Hergé sont à ce point connus du grand public dans le monde entier qui les situent [sic] immédiatement dans les aventures de Tintin que nul ne saurait imaginer que l'auteur des bandes dessinées "Tintin" soit l'auteur des œuvres contestées. De même, la création de René Magritte, décédé en 1967, a acquis une telle notoriété qu'il est exclu que l'image dans laquelle évolue le personnage de Dupond(t) soit l'œuvre du grand peintre surréaliste» (nous soulignons).

La cour indique ce faisant qu'en raison de la notoriété des œuvres parodiées et de leurs auteurs, il est exclu que le public ne partage pas les codes culturels employés par l'auteur parodiant. Elle identifie ainsi clairement la culture (ou du moins une partie) du public de référence et en tire des conséquences quant à l'appréciation de la parodie (et *in fine* de la contrefaçon).

À nouveau, nous pensons que l'avènement de l'époque de la reproductibilité technique (suivant l'expression de Walter Benjamin) puis de la société de l'information justifie d'autant plus que l'on prenne en considération la culture du public. Ainsi que l'a écrit André Malraux, «(...) un musée imaginaire s'est ouvert, qui va pousser à l'extrême l'incomplète confrontation imposée par les vrais musées (...)»⁽¹¹⁸⁾. Indéniablement, le public dispose aujourd'hui plus qu'avant d'une possibilité d'accéder à la «culture», favorisée par la diffusion de l'information⁽¹¹⁹⁾, et laquelle influence nécessairement sa perception de l'œuvre d'art⁽¹²⁰⁾. Dans l'optique d'une

définition du public de référence pour l'appréciation de la contrefaçon, nous pensons qu'il n'est pas opportun de négliger cette donnée.

15. *Le public de référence: définition.* – En conclusion, sur base des éléments qui semble se dégager de la jurisprudence en matière de contrefaçon et de parodie, nous pensons pouvoir définir le public de référence comme étant le «public, doté d'une certaine culture, à qui l'œuvre est destinée et qui en prend connaissance avec une attention normale».

III. Perspectives: l'intervention du public dans la définition de l'œuvre

16. *Contradictions.* – À l'analyse, deux importantes contradictions apparaissent.

Premièrement, la définition du public que nous avons retenue et qui nous paraît ressortir de la jurisprudence pose un problème délicat, résultant de ce que l'œuvre première et l'œuvre seconde ne sont pas nécessairement destinées à un même public (voy. *supra*, nos 12-13). Or l'on occulte cette réalité en fondant l'un dans l'autre pour apprécier la contrefaçon du point de vue d'un public unique (et qui dans maintes circonstances sera tout à fait hypothétique). La combinaison des critères de «l'impression d'ensemble» et du public destinataire est donc inconcevable dans tous ces cas où le public de l'œuvre première et de l'œuvre seconde ne coïncident pas. Pour faire disparaître cette aporie, il faudrait alors considérer que le public de référence n'est pas le public destinataire, ce qui revient – à notre estime – à condamner une grande part de la jurisprudence recensée.

Deuxièmement, il y a une contradiction évidente entre les deux définitions de la contrefaçon retenues par la Cour de cassation. Suivant la première, issue de l'arrêt du 16 avril 1959 précité (*supra*, n° 4), il y a contrefaçon «lorsque les éléments ou même un des éléments qui fait l'originalité d'une œuvre a été repris dans une œuvre ultérieure et cela même en l'absence d'un risque de confusion entre les deux

(115) B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 307.

(116) A. FRANÇON, «Questions de droit d'auteur relatives aux parodies et productions similaires», *D.A.*, 1988, p. 303. Voy. également de manière très explicite Bruxelles, 29 juillet 2010, *A&M*, 2010, p. 547: «Pour permettre la complicité de l'auditeur, il était nécessaire d'emprunter des éléments suffisants de l'œuvre pour que celui-ci puisse l'identifier» (nous soulignons).

(117) *J.L.M.B.*, 2007, p. 1779, obs. F. DE VISSCHER, *A&M*, 2008, p. 23, note D. VOORHOOF.

(118) A. MALRAUX, *op. cit.*, p. 16.

(119) «Il y a dans tous les arts une partie physique qui ne peut plus être regardée ni traitée comme naguère, qui ne peut pas être soustraite aux entreprises de la connaissance et de la puissance modernes», in P. VALÉRY, *op. cit.*, pp. 103-104.

(120) Sur l'influence de la culture sur par exemple la perception visuelle, voy. notamment E.-H. GOMBRICH, *L'art et l'illusion – Psychologie de la représentation picturale*, trad. G. DURAND, Gallimard, 1971; M. H. SEGALL, D. T. CAMPBELL et M. J. HERSKOVITS, *The influence of culture on visual perception*, Indianapolis, The Bobs-Merril Company, 1966.

œuvres»⁽¹²¹⁾. On le voit aisément, pareille définition de la contrefaçon ne laisse aucune place à un critère du type de celui de l'impression d'ensemble⁽¹²²⁾: il y a reprise, ou pas. Point. Dans une définition plus récente donnée par la Cour dans son arrêt du 25 septembre 2003, on voit pourtant que ce critère («totaalindrukken») intervient (voy. *supra*, n° 4). Si l'on veut pouvoir concilier les enseignements de ces deux arrêts, il faut nécessairement lire le second comme entérinant par les termes employés la règle de l'appréciation synthétique, laquelle serait pratiquée par le juge dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation. Ce qui revient par la même occasion à condamner toute la jurisprudence qui fait appel à un public autre que le juge.

La conclusion s'impose d'elle-même: les juges ont fait fausse route. Dans le respect des principes et de la logique, il faut condamner sans appel ces décisions qui, d'une manière ou d'une autre, laissent le soin à un public, entendu comme une entité abstraite, de définir les confins de la contrefaçon.

17. *Perspectives*. – Pourtant, en opportunité, l'on est en droit de se demander si la direction empruntée par nos cours et tribunaux – à savoir que le public destinataire joue un rôle en droit d'auteur – n'est pas la bonne.

(121) Nous empruntons la formule retenue par Bruxelles, 8 juin 1978, *Ing.-cons.*, 1978, p. 318, *J.T.*, 1978, p. 619. L'arrêt se prévaut cependant des enseignements de Cass., 16 avril 1959, *Pas.*, I, 1959, p. 823. À noter que cette définition avait été critiquée en ce que suivie à la lettre elle interdirait toute parodie, voy. J. PERLBERGER, «Chronique de jurisprudence - Le droit d'auteur (1976 à 1985)», *op. cit.*, pp. 631-632, n° 48. La critique n'a plus lieu d'être aujourd'hui puisque l'exception de parodie est inscrite dans la loi du 30 juin 1994 (article 22, § 1^{er}, 6^o) et que le mécanisme de l'exception suppose qu'elle joue ensuite d'un constat de contrefaçon (dès lors qu'il s'agit précisément de légitimer un emprunt qui constituerait normalement une atteinte au droit).

(122) Voy. A. LUCAS, note sous Paris, 4^e ch. A, 19 septembre 2007 (trois arrêts), *P.I.*, 2008, p. 116: «Ce qui compte, et ce qui compte seulement, c'est de savoir si les «éléments originaux caractéristiques» de l'œuvre première se retrouvent effectivement (il ne s'agit pas de «faire accroire» mais de constater) dans l'œuvre seconde».

(123) J. DASSESE, «La protection des arts appliqués à l'industrie en droit belge», rapport au 6^e congrès de droit comparé, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1962, p. 249, n° 26. Le propos était tenu à propos des dessins et modèles mais avec référence faite à l'art. 22 de la loi du 18 mai 1886 sur le droit d'auteur.

(124) Et ce faisant, il fait intervenir le public dans la naissance du droit. En droit des dessins et modèles, voy. s'agissant de l'appréciation du caractère individuel et de la contrefaçon les articles 5, § 1^{er} et 9, § 1^{er}, de la directive 98/71, les articles 6, § 1^{er} et 10, § 1^{er}, du

Il ne nous est pas possible dans le cadre restreint de cette contribution de nous épancher sur les motifs qui nous poussent à penser ainsi, tant la question est délicate et appelle d'importants développements. Nous nous limiterons donc à exposer quelques éléments ponctuels de notre réflexion, afin d'éveiller la curiosité.

Nous pensons en effet qu'il est possible de surmonter les contradictions exposées ci-dessus sans pour autant faire fi de l'acquis jurisprudentiel concernant l'intervention du public. Il suffit pour cela de déplacer cette intervention du stade de l'appréciation de l'atteinte au droit vers celui de la définition de l'œuvre.

Le trajet qui relie la contrefaçon à l'œuvre est d'ailleurs moins long qu'il n'y paraît. L'on sait en effet que contrefaçon et droit entretiennent un rapport dialectique en ce qu'ils constituent, suivant l'expression de Jean Dassel, «l'avert et le revers d'une même médaille: leurs pourtours se rejoignent»⁽¹²³⁾. Le droit de la propriété industrielle consacre d'ailleurs explicitement ce lien entre contrefaçon et droit⁽¹²⁴⁾. Par ailleurs, en droit d'auteur, l'étendue du droit est bien évidemment fonction des contours de l'œuvre⁽¹²⁵⁾. Contrefaçon, droit et œuvre sont donc inextricablement liés. Dans cette mesure, il n'est pas

règlement 6/2002 et les articles 3.3, § 2 et 3.16, § 1^{er}, de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle ainsi que la doctrine, notamment A. BRAUN et J.-J. EVRARD, *Droit des dessins et modèles au Benelux*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 141, n° 182; H. VANHEES, *Het Beneluxmodel, op. cit.*, p. 113, n° 258. En droit des marques, voy. s'agissant des motifs de refus à l'enregistrement et de l'appréciation de la contrefaçon les articles 4, (1), b) et 5, (1), b) de la directive 2008/95, les articles 8, (1), b) et 9, (1), b) du règlement 207/2009 et les articles 2.3, b) et 2.20, (1), b) de la Convention Benelux ainsi que C.J.C.E., *Marca Mode c. Adidas*, 22 juin 2000, C-425/98, §§ 25-28 (la notion de risque de confusion est la même aux articles 4, (1), b) (enregistrement), et 5, (1), b) (contrefaçon), de la directive 89/104 (aujourd'hui 2008/95)). En droit des brevets, voy. la théorie des équivalents et le critère de l'homme du métier employés pour l'appréciation de l'activité inventive et de la contrefaçon et sur ces différentes notions, M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 66-68, nos 129-132, pp. 121-124, nos 248-251; B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 112-113, n° 128, pp. 420-421, n° 501.

(125) Le droit de l'auteur ne s'étend évidemment pas au-delà de l'œuvre (s'agissant à tout le moins des droits patrimoniaux). Inversement le droit comprend toute l'œuvre – originale s'entend (sinon il ne peut être question de droit d'auteur) –, les seuls points de non congruence entre le droit et l'œuvre étant ceux où entre en jeu une exception au droit ou une autre limite externe (par exemple la liberté d'expression).

totale­ment saugrenu de mobiliser des éléments uti­lisés dans le cadre de l'appré­cia­tion de la contrefaçon pour les faire intervenir au stade de la défini­tion de l'œuvre.

Aussi pourrait-on, nous semble-t-il, utiliser la défini­tion du public telle qu'elle ressort de la jurisprudence relative à la contrefaçon afin de défini­r l'œuvre. Rappelons d'ailleurs que la création de l'auteur doit être coulée dans une forme laquelle doit être, dit-on, *perceptible aux sens*⁽¹²⁶⁾. Or comme nous nous plaisons à le répéter, la perceptibilité aux sens n'a pas de sens sans perception⁽¹²⁷⁾... Autrement dit, il ne nous semble pas déraisonnable d'envisager la forme d'une œuvre, objet immatériel et par nature éthéré, à travers le prisme de son récepteur, lequel dans notre opinion sera le public destina­taire, entendu comme une entité abstraite, tel qu'il est défini par la jurisprudence.

Ainsi, l'on peut concilier tous les éléments du problème et faire disparaître toute contradiction à travers une méthode certes théorique et abstraite mais – du moins nous l'espérons – cohérente. L'on peut très schématiquement la résumer comme suit: le juge définit les contours de l'œuvre première du point de vue de son public destina­taire, procède ensuite de la même manière avec l'œuvre seconde du point de vue de son public propre, compare ensuite

les deux œuvres de manière synthétique dans le cadre de son pouvoir souverain d'appré­cia­tion et conclut si oui ou non il y a contrefaçon⁽¹²⁸⁾.

18. *En guise de conclusion.* – Ce déplacement de l'intervention du public de l'appré­cia­tion de l'atteinte au droit vers la défini­tion de l'œuvre n'est pas anodin, de sorte qu'il doit être accueilli avec prudence. C'est donc avec les plus grandes réserves que nous présentons les résultats de notre recherche et de nos réflexions et les soumettons à la critique des lecteurs avisés.

Pour autant, le déplacement opéré ne constitue pas un simple tour de passe-passe reposant sur le seul artifice technique (liens logiques entre contrefaçon, droit et œuvre) mais procède au contraire d'une vision globale de la création, très différente cependant de celle qui sous-tend le droit d'auteur. S'agissant particulièrement de l'œuvre d'art, on constate en effet que son étude uniquement comme résultat d'un processus de production⁽¹²⁹⁾ est largement remise en cause aujourd'hui au profit d'une analyse intégrant le phénomène de réception. S'inscrivant dans cette voie, citons pêle-mêle la théorie de l'art⁽¹³⁰⁾, l'esthétique de la réception⁽¹³¹⁾, la sémiotique⁽¹³²⁾, la sociologie de l'art⁽¹³³⁾ et bien d'autres disciplines encore⁽¹³⁴⁾... Séduit par cette approche, nous entendons nous inscrire dans la même voie.

(126) Voy. spéc. I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, CEDIDAC, 1985, pp. 18-19, n°s 3-4, pp. 137-140, n°s 225-228.

(127) Quels sont donc les contours d'une forme perceptible mais non perçue? Cette question rhétorique suffit à souligner que la forme concrète d'une œuvre ne peut s'envisager indépendamment de la perception. Pour autant, il est évident que d'un point de vue conceptuel, elle préexiste à la perception. L'œuvre existe, dans sa physicalité, nonobstant toute réception (le droit d'auteur naissant du seul fait de la création, voy. *supra*, n° 12, note 92). Comp. avec ce *koan* bien connu utilisé dans le *zen*: «L'arbre qui tombe dans la forêt fait-il du bruit si personne ne l'entend?»

(128) À noter que dans l'hypothèse où le juge constate la contrefaçon au terme du raisonnement préconisé mais que l'exception de parodie a été soulevée, il devra encore vérifier s'il y a risque de confusion dans le chef du public destina­taire de l'œuvre seconde. Il s'agit donc là d'un critère supplémentaire d'appré­cia­tion qui se justifie par le mécanisme de l'exception de parodie et de l'interpréta­tion qui en est faite par la doctrine majoritaire (voy. *supra*, n° 7, note 28).

(129) La doctrine traditionnelle envisage en effet l'œuvre uniquement à travers le prisme du processus créatif. Voy. particulièrement en Belgique et en France les écrits de H. DESBOIS (*Le droit d'auteur en France*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1966, spéc. p. 11, n° 8) et de J. RENAULD (*Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Bruxelles, Larcier, 1955, spéc. p. 73).

(130) Voy. notamment A. DANTO, *La transfiguration du banal – Une philosophie de l'art*, traduit de l'anglais par C. HARY-SCHAEFFER, Paris, Seuil, 1989; G. GENETTE, *L'œuvre de l'art – Immanence et transcendance*, Paris, Seuil, 1994; G. GENETTE, *L'œuvre de l'art – La relation esthétique*, Paris, Seuil, 1997; R. POUVET, *L'ontologie de l'œuvre d'art – Une introduction*, Nîmes, 1999, éd. Jacqueline Chambon, 1999; J.-M. SCHAEFFER, *Les célibataires de l'art – Pour une esthétique sans mythes*, Paris, Gallimard, 1996.

(131) Voy. notamment W. ISER, *L'acte de lecture – Théorie de l'effet esthétique*, traduit de l'allemand par E. SZNYCER, Bruxelles, Pierre Mardaga, 1985; H. R. JAUSS, *Pour une esthétique de la réception*, traduit de l'allemand par C. MAILLARD, Paris, Gallimard, 1978.

(132) Et singulièrement celle d'U. ECO, *Lector in fabula – Le rôle du lecteur*, op. cit.; *L'œuvre ouverte*, op. cit.; *Les limites de l'interprétation*, traduit de l'italien par M. BOUZAHER, Paris, Grasset, 1992.

(133) Voy. notamment H.S. BECKER, *Les Mondes de l'art*, op. cit.; P. ANCEL et A. PESSIN (sous la dir. de), *Les non-publics – Les arts en réception*, Paris, L'Harmattan, 2004; J.-P. ESQUENAZI, *Sociologie des œuvres – De la production à l'interprétation*, Paris, Armand Colin, 2007.

(134) Voy. notamment E. KRIS, *Psychanalyse de l'art*, traduit de l'américain par B. BECK et M. DE VENOGÉ avec la collaboration de C. MONOD, Paris, Presses Universitaires de France, 1978; J. DEWEY, *L'art comme expérience*, traduit de l'anglais par J.-P. COMETTI (coord.), Paris, Gallimard, 2010; M. DUFRENNE, *Phénoménologie de l'expérience esthétique*, t. I, Paris, Presses Universitaires de France, 1953.

À l'heure où l'œuvre, création immatérielle, voit de plus en plus son support se dématérialiser, laissant ainsi s'évaporer toute sensibilité de l'objet, est-il encore concevable de considérer qu'elle dispose

d'un statut ontologique propre, indépendamment de toute expérience? Nous ne le pensons pas et gageons que d'autres avec nous partagent notre opinion.

Ce seront nos derniers mots.