

Revue de droit d'Assas

N° 23 mai 2022

Portrait

Hommage au Doyen André Decocq (1932-2019)

Par Didier Rebut et Édouard Verny (dir.), avec
Adrien-Charles Dana, Georges Decocq, Pierre-Yves Gautier,
Serge Guinchard, Carole Hardouin-Le Goff, Yves Mayaud,
Barthélémy Mercadal, Bernard Teyssié et Louis Vogel

Projet

Zola, peintre de la justice et du droit

Par Sophie Delbrel et Karl Lafaurie

Dossier

Droit et culture

Par Jean-Sébastien Borghetti, Marthe Bouchet, Marie Cornu,
Emmanuel Derieux, Charlotte Dubois, Danièle Lochak,
Antoinette Maget-Dominicé, Lily Martinet, Laurence Mauger-
Vielpeau, Céline Romainville et Camille Trioleyre-Escanez

Perspectives

Droit de la propriété intellectuelle

Par Guillaume Blanc-Jouvan, Nicolas Binctin,
Jean-Christophe Galloux, Jérôme Passa et Michel Vivant

Rétrospective

Pierre Hébraud, « Le juge et la jurisprudence »

Par Philippe Théry

Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Paris-Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris,
en partenariat avec Lextenso éditions,
Grande Arche – 1 Parvis de La Défense – 92044 Paris La Défense Cedex

lextenso éditions

ISSN n° 2108-1050 (papier) ISSN n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication :

Stéphane Braconnier

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Directeurs éditoriaux :

Nicolas Balat et Étienne Casimir

Directrice scientifique : **Cécile Chainais**

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédactrices en chef :

Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert

Rédacteur en chef adjoint :

Grégoire Lemarchand-Ghica

Chargé de la diffusion :

Loïc Burgun

Chargée du financement :

Mélinda Benhaïem

Chargé de la communication :

Raphaël Galvao

Membres du comité de rédaction :

Lucile Agostini-Malaurie,

Mélinda Benhaïem, Tristan Berthoumieux,

Loïc Brehin, Alexandre Breteau, Loïc Burgun,

Thomas Caracache, Florian Carré,

François Chevallier, Guygonne-Bettina

Deker, Clément Duchemin,

Thibaut Duchesne, Rodolphe Eugène,

Raphaël Galvao, Adèle Geoffret,

Claire Glenisson, Simon Husser,

Éloïse Le Hénaff, Claire Leveneur, Philippe

Morange, Hugo Nadjar, Romain Raine

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Yves Gaudemet,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Michel Humbert,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Yves Lequette,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Laurent Leveneur,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Martine Lombard,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Denis Mazeaud,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
ancien directeur scientifique de la *revue*

Jacques-Henri Robert,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Louis Vogel,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
ancien Président de l'Université

La revue peut être citée de la manière suivante :

RDA, n° 23, mai 2022, p. X

En ligne : www.u-paris2.fr

Quelques mots de la rédaction en chef

Jeanne de Dinechin, co-rédactrice en chef

Winston Churchill, à qui on aurait proposé de réduire le budget de la culture pour soutenir l'effort de guerre, aurait répondu : « Mais alors, pour quoi nous battons-nous ? ». Bien que la véracité historique de cette anecdote soit aujourd'hui contestée, qui pourrait refuser son adhésion à une telle formule ? En effet, ces héros qui nous inspirent, ces œuvres qui nous émeuvent, ces musiques qui nous font danser, ces vers qui nous font rêver, ces coutumes que nous perpétons, ces courants de pensée qui nous font réfléchir et réévaluer nos représentations, ne valent-ils pas d'être préservés ?

Quoi de mieux que la culture pour s'élever, pour meubler nos vies intérieures, pour alimenter nos imaginaires, pour s'évader d'un quotidien monotone ? Quoi de mieux qu'un livre ou un bon film pour égayer nos soirées solitaires, parfois confinées ? Ainsi, à l'image de Peter Pan qui emmenait ses amis au pays imaginaire avec sa poussière de fée, la *Revue* se propose, ce printemps, de vous guider, chers lecteurs, dans le monde de l'imaginaire des arts et de l'histoire, pour revenir « les yeux tout remplis de poudre d'étoiles »¹. La culture n'est-elle pas en effet celle qui fait de nous une « foule sentimentale », qui a « soif d'idéal », « attirée par les étoiles » et « les voiles » et qui nous éloigne des « choses commerciales »² ?

Source de règles de droit mais également de règles non juridiques – conventions, courtoisie, bienséance – la culture est également le chef d'orchestre des comportements de la vie en société. Elle serait ainsi le propre de l'homme – André Malraux n'affirmait-il pas que la culture est « ce qui a fait de l'homme autre chose qu'un accident de la nature » ? « *Quid leges sine moribus* », écrivait Jean Carbonnier dans *Flexible droit*, soulignant l'importance de « ces règles de conduite qui ne sont pas du droit »³. Culture qui libère ; culture qui encadre.

1. E. Rostand, *Cyrano de Bergerac*, acte III, scène XIII.

2. A. Souchon, *Foule sentimentale*, Album *C'est déjà ça*, 1993.

3. J. Carbonnier, « Chapitre II : L'hypothèse du non-droit », in *Flexible droit – Pour une sociologie du droit dans rigueur*, LGDJ, Anthologie du droit, p. 27.

Dès lors, le droit ne se doit-il pas de protéger les œuvres de la science et de l'esprit qui définissent l'imaginaire de notre société ?

Celle qu'il est de mauvais goût d'étaler, générale ou populaire, présente à l'échelle d'une famille ou d'un pays entier, multiple et en perpétuel mouvement, celle dont nous avons été privés pendant des longs mois de confinement et de couvre-feu et que nous redécouvrons avec joie⁴, sera donc à l'honneur dans ce numéro 23 de la *Revue de droit d'Assas*. Tout d'abord, avec un *Dossier* « Droit et culture » sur l'appréhension de la culture par le droit, du point de vue des biens et des droits culturels, puis avec des *Perspectives* consacrées au droit de la propriété intellectuelle.

De la culture à la littérature – et à la peinture –, le *Projet* portera sur l'ouvrage de Madame Sophie Delbrel consacré à l'œuvre de Zola, « peintre de la justice et du droit » – Zola poète, artiste et, à son insu, juriste.

De la culture dans sa dimension artistique à la culture norme de comportement, le *Portrait* sera dédié à la mémoire du professeur et pénaliste André Decocq, en l'honneur de qui un colloque a récemment été donné à l'Université et dont les actes sont rassemblés dans ce numéro.

Enfin, la rubrique *Rétrospective* invite à contempler l'habile orfèvrerie de l'interprétation par le juge, à travers la conférence du professeur Philippe Théry consacrée au bel article de Pierre Hébraud, « Le juge et la jurisprudence ».

La *Revue de droit d'Assas* se pique ainsi dans ce numéro de cultiver le goût de ses lecteurs pour le droit et de les faire s'envoler pour un voyage dans les Arts.

Avant de passer la plume à nos prestigieux auteurs, auxquels va notre gratitude, Mathilde Gheeraert et moi-même tenons à adresser nos sincères remerciements non seulement à notre directrice scientifique, Cécile Chainais, qui nous accompagne indéfectiblement au fil des numéros, mais également à l'ensemble des membres du comité de rédaction : c'est grâce à leur travail et à leur dévouement que cette publication voit le jour !

Bonne lecture, et bonne rêverie !

4. V. la contribution de C. Romainville dans le *Dossier*.

Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef

p. 1

Portrait

Hommage au doyen André Decocq
(1932-2019)

Didier Rebut et Édouard Verny (dir.)

p. 7

Projet

Zola, peintre de la justice et du droit

Sophie Delbrel et Karl Lafaurie

p. 27

Variétés autour du Droit

L'irrésistible ascension des « bars à »

Raphaël Galvao

p. 35

Remerciements : esquisse
d'une épistémologie

Simon Husser

p. 37

Concours d'adages juridiques

p. 39

Dossier

Droit et culture

Le droit d'accéder et de participer à la vie
culturelle

Céline Romainville

et *Camille Triolleyre-Escanez*

p. 41

Europeana : une plateforme réalisant le droit
d'accès au patrimoine culturel européen

Lily Martinet

p. 62

Le droit pénal à l'épreuve des droits culturels

Marthe Bouchet

p. 70

Droit culturels, minorités, identités

Danièle Lochak

p. 85

Droit de la communication et des médias
et droit de la culture et à la culture

Emmanuel Derieux

p. 92

L'appréhension juridique des notions
d'origine et provenance des biens culturels,
éléments de comparaison

Marie Cornu

et *Antoinette Maget-Dominicé*

p. 107

Faut-il consacrer le dommage culturel
en matière de responsabilité civile ?

Jean-Sébastien Borghetti

et *Charlotte Dubois*

p. 126

Pour un élargissement de la catégorie
des ventes volontaires de meubles
aux enchères publiques

Laurence Mauger-Vielpeau

p. 132

Perspectives

Droit de la propriété intellectuelle

Perspectives en propriété intellectuelle

Jean-Christophe Galloux

p. 141

Perspectives – Propriété intellectuelle

Nicolas Binclin

p. 145

La propriété intellectuelle hors les murs ?
Exercice de prospective

Michel Vivant

p. 149

L'œuvre, l'auteur, le monopole : le droit
d'auteur en quête de (re)définition

Guillaume Blanc-Jouvan

p. 153

« Meccano de la finance », « nettoyer
les quartiers au Karcher » ... : conséquences
juridiques de l'usage métaphorique
des marques dans le débat public

Jérôme Passa

p. 158

Rétrospective

Pierre Hébraud, « Le juge et la jurisprudence »

Philippe Théry

p. 162

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Nicolas BINCTIN, Professeur à l'Université de Poitiers

Guillaume BLANC-JOUVAN, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Jean-Sébastien BORGHETTI, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Marthe BOUCHET, Professeur à l'Université Sorbonne Paris Nord

Marie CORNU, Directrice de recherche au CNRD, IDP UMR 7220

Adrien-Charles DANA, Agrégé des facultés de droit, Doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon, Avocat honoraire à la Cour, Ancien Bâtonnier du Barreau de Lyon, Ancien Président de l'École des Avocats Rhône-Alpes

Georges DECOCQ, Professeur à l'Université Paris-Dauphine, PSL

Sophie DELBREL, Maître de conférences HDR à l'Université de Bordeaux

Emmanuel DERIEUX, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Jeanne de DINECHIN, ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Charlotte DUBOIS, Professeur à l'Université de Bourgogne

Jean-Christophe GALLOUX, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas, Président de l'IRPI

Raphaël GALVAO, Doctorant à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Pierre-Yves GAUTIER, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Mathilde GHEERAERT, Doctorante à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Serge GUINCHARD, Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas, Recteur honoraire (Académies de la Guadeloupe et de Rennes),

Directeur honoraire de l'Institut d'études judiciaires « Pierre Raynaud », Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Lyon

Carole HARDOUIN-LE GOFF, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Simon HUSSER, Docteur en droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Karl LAFAURIE, Professeur à l'Université de Limoges

Danièle LOCHAK, Professeur émérite de l'Université Paris Nanterre (Credof-CTAD)

Antoinette MAGET-DOMINICÉ, Professeure Junior en recherche de provenance et valeur des biens culturels, LMU Munich

Lily MARTINET, Chargée de mission patrimoine culturel immatériel, Maison des cultures du Monde-Centre français du patrimoine culturel immatériel

Laurence MAUGER-VIELPEAU, Professeur à l'Université de Caen-Normandie, Membre de l'ICREJ

Yves MAYAUD, Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Barthélémy MERCADAL, Agrégé des Facultés de droit, Président du Centre de recherche du droit des affaires en Afrique (CRDAA), Ancien secrétaire général de l'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Jérôme PASSA, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Didier REBUT, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas, Directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris

Céline ROMAINVILLE, Professeur à l'Université catholique de Louvain

Bernard TEYSSIÉ, Professeur émérite à l'Université Paris-Panthéon-Assas, Président honoraire de l'Université

Philippe THÉRY, Professeur émérite
de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Camille TRIOLEYRE-ESCANEZ, Doctorante
et chargée de travaux dirigés à l'Université
Grenoble Alpes

Édouard VERNY, Professeur à l'Université Paris-
Panthéon-Assas, Co-directeur de l'Institut
d'études judiciaires, Directeur-adjoint
de l'Institut de criminologie et de droit pénal
de Paris

Michel VIVANT, Professeur émérite à l'École
de droit de Science Po

Louis VOGEL, Professeur à l'Université Paris-
Panthéon-Assas, Membre de l'Institut
de France, Président honoraire de l'Université

Portrait

Dans chaque numéro, la *RDA* dresse le portrait d'un enseignant-chercheur qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.

Hommage au Doyen André Decocq (1932-2019)



Le 14 mars 2022, le Doyen André Decocq aurait eu 90 ans. Pour honorer sa mémoire et témoigner du respect et de l'affection qu'ils ne cesseront jamais de lui vouer, sa famille et ses amis se sont, à cette date, retrouvés à l'Université Paris-Panthéon-Assas dont il fut un très éminent professeur.

Madame André Decocq, Messieurs Didier Rebut et Édouard Verny les ont ainsi conviés à une matinée en hommage au Doyen André Decocq, organisée par l'Institut de Criminologie et de droit pénal de Paris, que la Revue de droit d'Assas a l'honneur de publier au sein de sa rubrique « Portrait ».

Présidence Serge Guinchard : **Mot d'ouverture**

André Decocq, pénaliste et directeur de thèse

Yves Mayaud, Édouard Verny et Carole Hardouin-Le Goff

André Decocq, la science et l'épée

Bernard Teyssié

André Decocq, l'universitaire aguerri

Pierre-Yves Gautier

Beyrouth et Lyon

Adrien-Charles Dana

Présidence Barthélémy Mercadal : **Mot d'introduction**

Patrick Quart (intervention non publiée)

André Decocq, le spécialiste du droit de la concurrence

Louis Vogel

Georges Decocq : **Mot de conclusion**

PARTIE I

Mot d'ouverture

Serge Guinchard

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas
 Recteur honoraire (Académies de la Guadeloupe
 et de Rennes)
 Directeur honoraire de l'Institut d'études judiciaires
 « Pierre Raynaud »
 Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Lyon

C'est avec beaucoup d'émotion que j'ouvre cette cérémonie d'hommage à André Decocq (1932-2019) et mes premières pensées vont à son épouse Thérèse, ici présente, et à leurs enfants et petits-enfants. Qu'ils trouvent dans ce court propos d'ouverture, en prélude aux témoignages d'amitié de ceux qui l'ont le mieux connu, l'expression de toute mon affection et de mes sentiments les plus chaleureux, à l'aune de l'affection et des sentiments que je lui portais, avec un grand respect. Merci aussi à Édouard Verny et Didier Rebut, pour avoir eu l'idée de cet hommage à sa mémoire, en coopération avec Georges, fils d'André et notre collègue. Compte tenu du parfait ordonnancement de cette cérémonie, je me contenterai de quelques souvenirs personnels, aux croisements de nos vies (et de celles de quelques autres), dans la seule mesure où ils illustrent les éminentes qualités du juriste et du grand humaniste que fut André.

En six ans de présence à Lyon (1970-1976), André Decocq marqua durablement la Faculté qui l'accueillit et redonna à la matière pénale une place éminente que cette Faculté avait perdu depuis *Garraud* père (René, 1849-1930) et fils (Pierre). Il est vrai que ce dernier eut l'immense chagrin de perdre son fils Paul, fusillé au pied du Vercors, à l'âge de 22 ans, le 30 mars 1944 à Châteauneuf-du-Rhône, dans la Drôme avec ses dix camarades des Forces françaises de l'intérieur et enterré avec eux au carré militaire d'Allan dans la Drôme¹. Il est vrai aussi que si Albert Chavanne s'empara du droit pénal à son retour d'Alger en 1964, il fut très vite absorbé par les terres de la propriété industrielle et l'héritage de Paul Roubier, sous la direction duquel il avait soutenu sa thèse sur la notion de compte en droit civil. Néanmoins, il fut le premier depuis les Garraud, à accepter, en 1966, de diriger une thèse en droit pénal, celle d'André Varinard sur « la prescription de l'action publique ». Ce « vide » entre les Garraud et l'arrivée d'André Decocq éclaire la place que ce dernier prît, tout naturellement, en six ans de présence lyonnaise, dans l'enseignement du droit pénal et de la criminologie et dans la préparation de la relève pénaliste à Lyon, avec les thèses d'Yves Mayaud, Adrien-Charles Dana et Jacques Buisson, sans oublier la publication en 1971 de son remarquable ouvrage de « Droit pénal général »², jamais égalé. D'autres orateurs vous diront, mieux que moi, au cours de cette matinée, ce qu'ils doivent à André Decocq dans la préparation de leur thèse, prélude à leur agrégation.

Ma première rencontre avec André se situe en septembre 1970, à Lyon, plus précisément boulevard des Belges, sa première résidence lyonnaise. L'objet de ma visite, dont je me souviens très bien, était de lui apporter un exemplaire de mon mémoire préparé en vue de l'obtention de mon second diplôme d'études supérieures, option sciences criminelles (les DES de l'époque, ancêtres des DEA et des masters 2), mémoire qui portait sur « La publicité mensongère en France et en droit fédéral suisse », pompeusement sous-titré « Étude comparative de l'autonomie au civil et au pénal d'un délit économique », titre qu'il conserva dans sa version publiée en 1971 à la Bibliothèque de sciences criminelles (LGDJ éditeur); c'est d'ailleurs cette publication, encouragée par André à l'issue de la soutenance, qui accrédita l'idée que c'était ma thèse de doctorat, alors que cette dernière portait sur un tout autre sujet (de

1. Dont Marcel Delaby, Saint-Cyrien, né en 1917 à Bordeaux, élève en classe préparatoire au Lycée du Parc de Lyon et ami très proche de ma belle-mère (ils habitaient des maisons mitoyennes), avant d'entrer en résistance.

2. A. Decocq, *Droit pénal général*, A. Colin, 1971.

droit civil) et fut publiée cinq ans plus tard ! Les jurys de soutenance des mémoires de DES devaient alors être composés de trois membres et André, tout naturellement, en sa qualité de pénaliste, m'avait été suggéré par Albert Chavanne, mon directeur de recherche sur ce thème qui englobait le droit de la concurrence déloyale, celui de la consommation (encore émergent) et le droit pénal. L'accueil fut chaleureux, dans un salon encore encombré des bagages du retour de Beyrouth et rendu joyeux et familial par la présence d'un jeune garçon en culottes courtes, Georges, courant dans tous les sens et sautillant sur le canapé où était assis son père, qui le regardait sans manifester trop de rigueur. J'eus l'occasion, beaucoup plus tard, de constater combien André aimait ses enfants.

Très vite André s'intégra activement à la vie administrative de la Faculté de droit de Lyon au sein de l'université Lyon II, issue des événements de mai 1968, et œuvra en 1973-1974 pour la scission de Lyon II en deux universités, afin de créer Lyon III, centrée sur le droit, y compris l'Institut de droit du travail, la gestion, la philosophie et les langues étrangères. C'est aussi lui, sous la présidence d'Henri Roland, flamboyant professeur de droit privé, qui participa au processus du baptême de Lyon III du nom de ce grand résistant que fut Jean Moulin. J'étais alors membre du Conseil de l'université Lyon III (au titre du collège des assistants) et avais été très sensible aux propos tenus par André en cette séance mémorable pour soutenir la proposition de ce baptême : d'une part, parce que ce choix illustrait la volonté de Lyon III de résister aux assauts centralisateurs et destructeurs de ceux qui avaient voulu mettre le Droit sous la coupe d'autres disciplines ; d'autre part, parce que le nom de Jean Moulin m'était physiquement plus évocateur que pour d'autres membres du Conseil, dans la mesure où il fut arrêté dans la maison du docteur Frédéric Dugougon, le médecin de famille de mes parents qui suivit mon parcours de santé de 1946 à 1969 (de ma naissance à ma visite médicale pré-nuptiale). Il m'arrive de revoir en pensées, cette maison du drame, ce salon d'attente prélude à l'enfer de l'arrestation, de la détention, de la torture, de la déportation et de la mort. Beaucoup plus tard, en mai 1993, à Sydney en Australie, au cours d'un congrès sur les transports urbains, auquel nous participions tous les deux en tant qu'élus (au troisième degré) de l'organisme gestionnaire des transports en commun de la Communauté urbaine de Lyon (le SYTRAL), j'eus l'occasion de m'entretenir avec le docteur Dugougon des raisons de ce choix pour la dénomination de Lyon III, mais pas de l'arrestation de Jean Moulin. Il me fit comprendre qu'il avait approuvé ce choix vingt ans plus tôt.

Lorsqu'en 1974, André fut élu Doyen de la Faculté de droit de Lyon III, il me demanda de devenir son assesseur, toujours au titre du collège C des assistants, ce que j'acceptais bien volontiers. Ce furent mes débuts dans la vie administrative d'une structure universitaire, sous l'œil bienveillant d'André, qui m'initia aux méandres de cette vie, à ses embûches, mais aussi à ses satisfactions lorsqu'on pouvait débloquer un dossier, progresser dans la mise sur pied de nouvelles méthodes pédagogiques et de bien d'autres choses encore.

Je restais son assesseur jusqu'à la fin de l'année 1975, car c'est à cette époque qu'André fut élu à Paris II et que, jeune agrégé (par un jury présidé par Jean Carbonnier), je choisis d'être rattaché à Lyon III, mais en détachement au ministère de la coopération pour exercer mes fonctions de professeur au Sénégal, à Dakar. C'est en raison de ce départ que je lui rendis visite à Assas au tout début de l'année 1976, pour lui dire au revoir. Il m'enlaça comme lui seul savait le faire, et me répondis par un talentueux « à bientôt dans cette maison » (Assas). J'attendis tout de même 12 ans pour répondre positivement à son invitation.

De ces années passées ensemble à gérer, à batailler contre ceux qui n'acceptaient pas nos valeurs, je garde le souvenir, au-delà de l'ombre majestueuse du juriste éminent, ancien secrétaire de la Conférence du stage des avocats aux Conseils, d'un homme empreint d'une profonde humanité, du sens d'une amitié indéfectible, d'une loyauté totale et d'un soutien sans faille, y compris et surtout dans les phases délicates, voire difficiles de notre existence.

Que ce modeste propos résume, si cela est possible, les liens qui nous unissaient et perdurent au-delà de la mort.

Merci de m'avoir écouté.

André Decocq, pénaliste et directeur de thèse

Yves Mayaud¹

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

La direction de ma thèse par le Doyen André Decocq est l'histoire d'une amitié, doublée d'une crainte révérencielle.

I. L'amitié

André m'a de suite accueilli avec la spontanéité qu'il réservait à ceux qu'il voulait bien gratifier de son estime et de son affection. Il n'était pas homme à se lier facilement, mais lorsque la relation lui paraissait acceptable, il dotait les « élus » d'un statut inégalable : la sympathie du regard, de solides et chaleureuses étreintes (confinant parfois à l'étouffement), de passionnants échanges, et quelques confidences. Je me souviens notamment d'avoir eu accès à une très belle collection de soldats de plomb, et André se plaisait à me rappeler toutes les campagnes que ces figurines avaient menées, voire les défaites qu'elles avaient subies.

J'ai eu le privilège et le bonheur de vivre tout cela. André m'a adopté, alors que rien ne me destinait à le rejoindre. Nous sommes en 1971-1972, à Lyon (!), et, candidat au doctorat, je n'avais pas de penchant particulier pour le droit pénal. Le droit civil m'attirait beaucoup plus, et je croyais avoir trouvé un compromis en acceptant de travailler sur la « faute du salarié », ce qui m'avait été proposé par le professeur Jean Pelissier, avec l'ambition de ramener le sujet aux dimensions de la responsabilité civile. Bien vite, j'ai compris que je faisais fausse route, et que, par tempérament, j'aspirais à une thématique plus neutre, disons moins engagée, surtout avec une connotation philosophique et morale plus prononcée. Je m'en suis ouvert à mon très cher ami Serge Guinchard (mon porte-parole aujourd'hui)..., et je peux dire qu'il est à l'origine d'un tournant décisif. Il m'a de suite parlé d'un professeur arrivant du Liban, précédé d'une réputation de pénaliste « révolutionnaire », avec un ouvrage de Droit pénal général à l'appui, publié aux éditions *Armand Colin*, dont il m'a vivement conseillé la lecture, me confiant que c'était pour moi l'homme providentiel ! Je peux dire aujourd'hui qu'il l'a été...

Je me suis procuré son manuel. Je l'ai lu en quelques heures comme un roman policier ! Ce fut une véritable « découverte ». Jamais le droit pénal ne m'avait été présenté de la sorte : toutes les grandes théories étaient reprises, « révélées » dans leur substance profonde, avec une articulation telle, que rien n'était perdu de la logique propre à la matière, et que tout s'enchaînait au tempo de la rigueur cartésienne. Cet ouvrage, je le conserve précieusement dans ma bibliothèque, non dans les rayons ouverts au « tout venant », mais dans la partie vitrée, à l'abri de l'érosion du temps, réservée à ce qui est le plus précieux à mes yeux : André y côtoie quelques rares juristes, dont je tairai les noms..., et surtout Jean-Sébastien Bach, présent dans une collection quasi complète de ses compositions, avec la fameuse Cantate 147 qu'il affectionnait tout particulièrement.

La suite est facile à deviner. Je me suis présenté au Professeur, je lui ai soumis le sujet auquel j'entendais livrer mon destin, et, après avoir reçu son aval, chaleureux et cordial, je me suis immédiatement mis au travail. C'est ainsi que je suis passé – que les travaillistes me pardonnent ! – de la démagogie à la répression...

Mais la crainte révérencielle ne m'a pas quitté.

II. La crainte révérencielle

L'expression entend traduire une relation à base d'admiration et de reconnaissance, avec le sentiment de ne pas la mériter, voire d'en usurper le principe.

Il faut dire qu'André était impressionnant, à la fois physiquement et intellectuellement. Il avait une force incroyable et une pensée redoutable. À cela s'ajoutait le fait que nos rencontres avaient lieu chez lui, face à la Saône, en général le samedi, ce qui n'était pas un terrain neutre pour le jeune étudiant

1. Intervention lue par Serge Guinchard.

que j'étais, étant également accueilli par son épouse, tout comme j'étais présenté à ses enfants, dont un devenu notre collègue, que j'ai eu le privilège de voir en culotte courte !

Les images sont bien vivantes de ces moments d'exception, qui feront peut-être sourire nos étudiants d'aujourd'hui, nettement plus à l'aise avec leur directeur de thèse. Pour ma part, une rencontre avec André était un évènement, que je préparais plusieurs jours à l'avance, afin de vivre pleinement les étapes d'une progression que je souhaitais la moins décevante possible.

Aucune ne le fut, grâce à sa bienveillance. André avait l'art de l'encouragement, par des invitations discrètes à du mieux, tout en le présentant habilement comme « l'ennemi du bien ». Il avait le don de la restitution, habité qu'il était par une forte intuition, ce qui lui permettait d'entrer dans la pensée de son interlocuteur, tout en l'améliorant en prolongements et en compléments, ce que je ne manquais pas d'intégrer dans mes développements. Sa direction n'était pas « directive », au sens autoritaire ou contraignant du terme. Elle procédait de l'élégance : une élégance incitative. Elle portait rarement sur le détail, non qu'il fût systématiquement bon, loin de là, mais parce que le débat se voulait supérieur, surtout sur un sujet empruntant à la pluridisciplinarité, et à une pluridisciplinarité extra-pénale. Il faisait confiance sur la forme, s'attachant davantage au fond, afin d'en assurer la cohérence, et de le conduire vers des horizons exploitables, qui souvent m'avaient échappé. Là est le point fort de la direction d'André, du moins concernant mon travail. Son amitié faisait partie du contrat, ce qui avait valeur d'un pacte entre nous : il me revenait de corriger mes faiblesses, qu'il connaissait fort bien, malgré les avalanches de compliments, et il m'accompagnait dans la conception et le montage de la thèse, afin d'en livrer la meilleure version, avec les mots les plus justes et une progression rigoureuse. Le dialogue pouvait durer des heures, souvent agrémenté de nombreuses et longues parenthèses sur les sujets les plus divers, tout se prêtant à rebondir sur une culture phénoménale.

Il me faut dire autre chose sur cette direction. Nos séances de travail étaient toujours agrémentées, selon l'heure, d'un bon whisky, ou d'une excellente eau-de-vie. André savait joindre l'utile à l'agréable, même si parfois l'agréable l'emportait sur l'utile, par les effets secondaires que j'en ressentais. Souvent, en prenant congé de lui et de Mme Decocq, j'avais pour préoccupation, plus de franchir la porte avec dignité, que d'assimiler avec intelligence les précieux conseils qui m'avaient été prodigués.

Voilà, chers amis, le trop court témoignage que je tenais à faire sur la direction de ma thèse par André Decocq. Un témoignage que je veux à la hauteur de l'hommage rendu ce matin. Il a été un Maître, Le Maître incontesté pour toute une génération, un immense théoricien du droit, sur lequel nous nous appuyons encore, par le bel héritage qu'il nous a laissé. Mais il fut aussi, à sa manière, un poète rêveur, un philosophe passionné, un contemplatif retranché, épris sans concession d'authenticité, de vérité et de beauté, et rejoignant ainsi ce qui ne s'éteint jamais.

* * *

Édouard Verny

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Codirecteur de l'Institut d'études judiciaires

Directeur-adjoint de l'Institut de criminologie et de droit pénal

J'ai prévu de vous parler pendant quelques minutes du doyen André Decocq en tant qu'éminent pénaliste et merveilleux directeur de thèse. En réalité, l'essentiel de ce que j'ai à dire tient en une phrase et je sais que d'autres ici pourraient la cosigner avec moi : comme étudiant j'ai beaucoup respecté André Decocq, inscrit en thèse sous sa direction, je l'ai beaucoup admiré, devenu professeur à mon tour, au-delà du respect et de l'admiration, je l'ai aussi beaucoup aimé.

Parmi les travaux les plus magistraux du doyen Decocq, en droit pénal, il convient d'abord de se référer à son magnifique ouvrage de *Droit pénal général*, publié en 1971. La vision du droit pénal d'André était lumineuse. Sans complaisance certes, elle ne montrait cependant aucune tolérance envers une sévérité inutile ou une justice expéditive. André fut avocat avant d'être professeur de droit. Il rappelait qu'autant que les droits de la personne poursuivie, la justice devait aussi reposer sur les

devoirs de l'autorité et il ne tolérait pas les défaillances de l'autorité. Tel était l'un des principaux reproches qu'il adressait à l'école de la défense sociale nouvelle, étant précisé qu'il citait toujours, dans le texte et avec une grande précision, les auteurs dont il critiquait les travaux (cette politesse ne lui fut pas toujours rendue). Il ne les critiquait pas seulement à cause de leur laxisme mais aussi et principalement à cause de leur individualisme faussement protecteur et qui n'avait d'humaniste que l'apparence : mais de quel droit, observait André, pourrait-on se permettre de resocialiser une personne en ce qu'elle aurait commis un acte que l'on refuserait de blâmer ?

Sa critique de l'élément légal était tout aussi limpide : un élément fait partie d'un tout et la proposition selon laquelle la loi ferait partie de l'infraction est inadmissible : une norme ne peut s'intégrer à un fait, au surplus illicite. La loi est une condition essentielle, non un élément de l'infraction.

Sa conception de l'infraction complexe par exemple, que l'on a cru à tort pouvoir remettre en cause, reste sans faille et conforme au droit positif en ce que cette complexité ne procède pas seulement d'un résultat dissociable, dans le temps ou l'espace, d'un premier acte mais bien d'un acte véritablement nouveau. L'escroquerie est un délit complexe, pas l'abus de confiance.

Lorsqu'il s'oppose à une doctrine, jadis majoritaire, pour contester que l'*animus naecandi* puisse constituer un dol spécial, il est encore une fois aussi concis que décisif : le résultat du meurtre étant la mort de la victime, cette intention de tuer n'est rien de plus que le dol général appliqué à ce crime.

D'autres articles bien sûr méritent d'être cités : ceux de Droit pénal international par exemple à une époque où la doctrine s'intéressait trop peu à ces questions dont il avait pourtant perçu que l'importance serait croissante. Dans les *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc* en 2007, il démontre que ni le droit français interne ni le droit international ne permet le jugement, par les juridictions d'un État, d'un chef État étranger. Seule la justice pénale internationale, avec évidemment ses lacunes et limites toujours actuelles, peut avoir cette prétention. Il observe et je le cite : « Le droit international classique consacre la souveraineté de tous les États, qu'il reconnaît égaux entre eux. Ces principes ont fait leur preuve. Y déroger en attribuant à l'un quelconque d'entre eux le pouvoir de juger le chef d'un autre n'aurait que des inconvénients ». La Cour de cassation, dans un arrêt du 2 septembre 2020, n'a d'ailleurs pas dit autre chose. La pensée d'André nous éclaire : derrière la fausse audace qui consiste à prôner le jugement des chefs d'État étrangers par des juridictions nationales, se cache en réalité l'inégalité entre les États avec le droit pour un État puissant de se montrer souverain sur un État plus faible. Quelle leçon ou plutôt, hélas, quelle prémonition...

Dans un autre registre, son article publié à la *Semaine Juridique* en 1983 sur « Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance », à quelques arrêts près plus récents évidemment, reste absolument décisif et suffit encore aujourd'hui à nous donner un parfait éclairage sur cette question.

D'autres publications d'André sont bien sûr également très marquantes. Comment ne pas citer sa contribution aux *Mélanges offerts à Jean-Claude Soyer*, à partir des travaux de Saint-Simon. Je cite de nouveau André : « notre institution judiciaire n'a pas plus de légitimité démocratique que le Parlement de l'Ancien Régime n'avait de légitimité monarchique. Le Président de la République, les assemblées parlementaires, le gouvernement, ont la légitimité, qu'ils ont reçue du peuple souverain. La magistrature n'a qu'une légitimité dérivée, que les institutions de la République, seules, lui ont conférée. Elle n'est pas leur égale ». Dans cette même contribution, il observait toujours avec Saint-Simon que les Parlements n'avaient concurrencé la Monarchie que lorsqu'elle était trop faible pour assumer elle-même ses prérogatives légitimes.

André fut également le co-directeur scientifique du *Juris-Classeur* de Procédure pénale et il convient évidemment de mentionner aussi son ouvrage de *Droit de la police*, rédigé avec Jean Montreuil et Jacques Buisson, qui fit longtemps autorité. Auteur d'ouvrages donc et parrain en quelque sorte de bien d'autres, en ce qu'il dirigea avec Jean-Claude Soyer puis Yves Mayaud la *Bibliothèque de sciences criminelles* de la LGDJ. Il m'avait demandé de lui succéder dans cette tâche, ce que je fais avec plaisir et toujours avec émotion.

Bénéficier de l'encadrement doctoral d'André Decocq était un immense privilège car il ne cessait d'élever son étudiant (l'autorité est ce qui fait croître). Pour André, une maîtrise irréprochable du droit positif n'était pas l'aboutissement d'une thèse mais le point de départ, le socle – évidemment indispensable – sur lequel devait être construite la réflexion d'un auteur. Sur ce fondement, qu'il voulait une

nouvelle fois très solide, devait surgir une comparaison originale, une perspective historique, une confrontation philosophique, un point de vue personnel... Je ne peux oublier le jour où je lui dis, car c'était en lien avec mon sujet de thèse, que j'avais lu avec passion *Le zéro et l'infini* d'Arthur Koestler, grand ouvrage sur les purges stalinienne. Le visage d'André s'éclaira et il me dit qu'il s'agissait de l'une des œuvres qui l'avaient le plus marqué et influencé depuis des décennies, depuis sa jeunesse. Et pendant une demi-heure, il m'emmena au cœur de ces procès monstrueux, là où l'homme est zéro et le communisme l'infini. Aux côtés d'André, on avait toujours l'impression d'être plus savant, plus grand, qu'on ne l'était vraiment.

Son sens incomparable de la formule... Je critiquais devant lui un arrêt de la Cour de cassation selon lequel seuls pouvaient être à l'époque jugés en France comme crimes contre l'humanité ceux commis pendant la seconde guerre mondiale pour le compte d'un pays européen de l'Axe. Encouragé par ses hochements de tête approbateurs, je me voulais sévère. Vint le tour d'André et j'appris ce qu'était vraiment une critique cinglante : « Vous avez bien raison me dit-il car le crime contre l'humanité est le plus évident et le plus grave des crimes et il ne serait donc punissable que s'il est commis du lundi matin au mardi soir, dans certains quartiers et pas dans d'autres et il dépendrait ainsi de la couleur du veston de son auteur ! »

Bien sûr, ses propres publications étaient empreintes de sa culture impressionnante. Je me réfère volontiers à ses contributions aux *Mélanges* car ces ouvrages sont ceux des amis et on sait tous l'importance de l'amitié pour André : sa famille d'abord, ses amis ensuite, sa patrie toujours et que le reste du monde prenne garde s'il prétend leur faire du mal ! Dans les *Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, sa contribution sur le mensonge en procédure pénale était bien sûr nourrie par une parfaite connaissance du droit positif mais aussi par bien plus que cela, par une comparaison entre le droit de se taire et le droit de mentir, un rejet du droit au mensonge comme prétendu droit subjectif ou encore, au-delà des derniers arrêts publiés, par le rappel des nombreux faux qui avaient, de façon funeste, nourri l'accusation lors du procès du capitaine Dreyfus. Et que dire des *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, avec ce dialogue évidemment imaginaire et tellement savoureux entre juristes de l'Ancien Régime et de notre temps sur le maintien ou la suppression du juge d'instruction.

La dernière contribution doctrinale d'André Decocq, partiellement consacrée au droit pénal, fut publiée un mois avant son décès, dans les *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié*. Quel beau sujet que celui qu'il avait choisi : « La vie humaine et la loi ». C'était naturellement un écho à sa thèse, soixante ans plus tôt, sur les droits sur la personne. L'alpha et l'oméga. Et voici ses deux dernières phrases : « L'idéologie libertaire l'emportera peut-être. Qu'il soit permis au moins de lui opposer un *non possumus* ». Quelle leçon, j'oserais dire quelle grâce pour lui : quitter la scène doctrinale par ces deux mots *Non possumus*. Car derrière ces deux mots se trouvent ceux que tant d'autres grandes personnalités ont laissé à leur famille, à leurs amis, à leurs élèves, ces mots qu'André nous répète encore et qui lui ressemblent tant car il n'a cessé de se les appliquer d'abord à lui-même : N'ayez pas peur !

* * *

Carole Hardouin-Le Goff

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Lorsque le professeur Georges Decocq m'a contactée il y a quelques semaines pour me convier à ce bel évènement en mémoire du Doyen André Decocq, j'ai été particulièrement touchée et émue. Cette émotion ne m'a pas quittée lorsque j'ai préparé ces quelques lignes.

Autant vous dire que la « pression » est montée à son maximum et je crains encore, à l'instant où je vous parle, de ne pas être à la hauteur de ce qui m'a été demandé. Aucun colloque, ni table ronde ou séminaire auxquels j'ai pu participer ne m'ont autant intimidée. Car comment trouver les mots justes pour décrire, en quelques minutes, ce que le Doyen André Decocq nous a apporté, à nous ses

étudiants, pendant de longues années parsemées de nombreuses embûches, j'entends nos années de thèse et même après pour certains d'entre nous.

Même parti, André Decocq nous réunit encore, le moment présent l'atteste et je félicite de tout cœur Didier Rebut et Édouard Verny pour l'organisation d'un tel hommage. André Decocq a indéniablement fédéré autour de lui, nous conduisant à développer des amitiés fidèles entre nous, amitiés dont il est et restera le liant. Il y a quelques jours, c'est donc naturellement, que je me souvenais de lui avec d'autres dont il était aussi le directeur de thèse. Tous semblaient, au fil des mots, touchés comme moi par une même nostalgie et je peux attester de ce que tous nos témoignages se recoupent dans un sens unanime que je vais tenter ici de refléter au mieux.

Kaltoum Gachi, en particulier, me disait combien elle avait été « subjuguée », c'est son mot, lorsqu'André Decocq s'adressait à elle dans un parfait arabe. Elle qui réfléchissait dans sa thèse sur la dignité humaine, a voulu souligner combien le Doyen André Decocq savait s'adapter à chacun, quelle que soit son origine, quelle que soit sa position sociale. Et Kaltoum de me dire qu'il était un homme des plus ouverts sur autrui et sur le monde.

André Decocq nous a tous accueillis chaleureusement chez lui, toujours avec un respect inouï et une indéfectible écoute. José Delfont qui avait travaillé sur la politique et le droit pénal me confiait quant à lui, avoir, à chaque fois, eu le sentiment d'être reçu comme un « sultan », comme un « invité de marque », « tout petit étudiant qu'il était », là encore ce sont ses mots.

Son immense culture, pas seulement juridique, son insatiable curiosité intellectuelle nous intimidaient. Que d'heures partagées et riches, confortablement assis dans un des fauteuils rouges de son grand bureau avenue de Wagram, lui nous faisant souvent lecture de passages puissants des mémoires de guerre de de Gaulle sinon de l'Henri IV de Babelon et de bien d'autres pages... Tout cela donnait lieu bien entendu à des discussions et réflexions montrant un grand esprit philosophique et un tel recul sur les choses. Comme Claudia Ghica-Lemarchand qui a travaillé sur le compte bancaire en droit pénal et qui a insisté auprès de moi sur le caractère bon, profondément humain et éminemment sensible d'André Decocq qui, pour elle, n'a pas été qu'un directeur de thèse, j'ai beaucoup évolué aussi non seulement juridiquement mais encore personnellement, en réfléchissant quant à moi sur l'oubli et sur le pardon avec lui. Iris venait parfois animer ces moments, ce qui était loin de me déplaire car nous partagions, lui et moi, cette affection pour les chiens.

Le Doyen André Decocq était protecteur. Il nous armait de son charisme. Il nous donnait de l'importance et respectait notre liberté de pensée. Je lui avais avoué, lors d'un moment difficile de ma thèse, qu'il incarnait parfaitement cette fonction du « *Doktorvater* » qui existe Outre-rhin. Père de doctorat... André Decocq était indubitablement bienveillant et paternel avec nous. L'on pouvait, comme l'a souligné à juste titre William Roumier qui a écrit sa thèse sur le jury criminel, assurément compter sur lui, sur son soutien et sa loyauté tant lors des soutenances que face à des commissions de recrutement, ou lorsqu'il fallait publier dans des revues prestigieuses, ou encore lorsqu'il fallait préfacer un de nos écrits. C'était un homme entier, droit, franc, courageux, et fidèle. En lui, nous avions confiance. Line Teillot qui a rédigé une thèse sur *Religion et droit pénal*, soulignait l'extrême gentillesse d'André Decocq. Elle me confiait que n'ayant pas obtenu d'allocation de recherche, il avait beaucoup œuvré pour qu'elle obtienne le poste d'Assistant de justice à Nanterre, chose qu'elle a obtenue grâce à lui. Cette profonde considération qu'il a eue pour Line a d'ailleurs perduré ensuite lorsqu'ils ont travaillé ensemble pour le *Juris-Classeur* de Procédure pénale avec le Doyen Henri Angevin.

Alors aujourd'hui, nous avons perdu un grand professeur, quelqu'un de rare, d'une très grande humanité associée à son expertise juridique des plus fines. En somme, un homme complet qui a laissé une impression forte unanimement partagée par ceux qui ont eu le privilège d'étudier avec lui comme guide. Il continuera, invisiblement, de nous unir au sein d'une même grande école, la sienne.

André Decocq, la science et l'épée

Bernard Teyssié

Professeur émérite à l'Université Paris-Panthéon-Assas
Président honoraire de l'Université

Un souvenir. Une voix. Une voix grave. La voix de l'orateur aux fermes convictions sur la vie en général et sur la vie universitaire en particulier. La voix d'un homme porté à conjuguer la France et le monde, à embrasser les deux rives de la Méditerranée. Par la grâce d'une mise à disposition auprès du ministre des Affaires étrangères, André Decocq rejoint le Liban. Nous sommes en 1964. Pendant six ans il exerce les fonctions de Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Beyrouth. Mais son regard et son savoir, pendant cette période, iront au-delà des frontières du Liban. Damas l'accueille comme Professeur visiteur dès son arrivée à Beyrouth et jusqu'en 1969. Il est au Caire, la même année, en cette même qualité. De ces séquences d'outre-Méditerranée, en un temps où la France n'avait pas encore cédé la place au Hezbollah, à l'Iran, à la Russie ou aux États-Unis, où elle avait foi en sa parole et sa culture, André Decocq a ramené une brassée d'amitié, celle à laquelle les Mélanges qui lui furent offerts donnèrent écho, avec une prime au Liban, attentif à accompagner celui à qui avait été décerné par la Faculté de droit et des sciences économiques de Beyrouth le titre de Professeur honoraire : Pierre Gannagé, Fayez Hage-Chachine, Ghaleb Mahmassani, Ibrahim Najjar étaient là. Mais Damas aussi, avec Jacques El Hakim, accompagnait André Decocq. Alger également avec Ammar Guesmi.

Mais l'universitaire d'outre-Méditerranée fut aussi un talentueux universitaire lyonnais. Lyon l'avait déjà administrativement accueilli avant qu'il n'y revienne, riche de ses souvenirs libanais, en un temps de turbulences post-soixante huitardes. Si l'Université est souvent un lieu de tensions et de passions, la séquence ouverte par les événements de 1968 et la loi portée sur les fonts baptismaux par Edgar Faure a nécessité beaucoup d'énergie, de vigueur et de rigueur de la part de ceux qui avaient la charge de donner traduction à un texte qui détruisait beaucoup et transformait l'Université en un champ clos de débats électoraux propices aux affrontements et à la transfusion dans l'Université d'oppositions politiques qui n'auraient jamais dû recevoir la place qui leur fut donnée en ce temple où seuls devraient importer l'accès à la connaissance et la diffusion du savoir.

De ces turbulences lyonnaises, André Decocq s'éloigne lorsqu'en 1976 il rejoint l'Université Panthéon-Assas qui, à la vérité, était encore l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Paris, ce qui, au demeurant, n'était pas nécessairement moins pertinent qu'un nom fruit de l'addition d'une place et d'une rue. De la séquence lyonnaise, il garde cependant un souvenir : celui d'après combats pour la science et de la difficulté qui s'attache au pilotage du navire universitaire, quelle qu'en soit la taille. Tous ceux qui ont eu à conduire l'Université Panthéon-Assas ont ainsi bénéficié de son indéfectible soutien. Patrick Ouart avait un jour qualifié son amitié de « bourrue ». Je ne saurais, à vrai dire, en témoigner ayant toujours été l'heureux bénéficiaire d'une amitié attentive, chaleureuse et souriante de la part d'un universitaire qui avait par ailleurs un sens aigu de la dignité qu'appelle l'exercice de cette fonction. Au respect de l'exigence de dignité les universitaires doivent être attentifs. André Decocq savait la nécessité de la préserver en permanence. Il savait qu'il est vain d'espérer exercer un quelconque magistère, d'attendre l'expression d'un quelconque respect de la part de ceux que nous avons mission de guider si nous ne nous attachons pas à la préserver, si nous cédon à la tentation de l'excès de familiarité, à celle du dialogue frénétique par réseaux sociaux interposés avec les étudiants.

Professeur d'Université, André Decocq enseigne. Mais il explore aussi maints compartiments de l'ordre juridique. Il est l'homme des chemins multiples. Pourfendant souvent, proposant toujours, il a beaucoup emprunté ceux qui conduisent à l'exploration des mille facettes du droit pénal, écho d'un mode d'organisation de la société, des valeurs qu'elle entend défendre, des protections qu'elle entend accorder. Il a emprunté celui, peu pratiqué, qui l'a conduit à s'intéresser de près au droit de la police, appendice du droit pénal, au croisement de l'ordre public et des libertés publiques, de l'exercice de fonctions régaliennes et de l'indispensable défense de l'individu face à la puissance publique.

Mais André Decocq n'est point demeuré dans la seule contemplation des sciences criminelles. Il savait l'importance de l'entreprise dans la Cité, parfois appelée à combler les défaillances de l'État. Il savait aussi l'importance d'un droit européen qui, au fil du temps, a colonisé tous les pans du droit des affaires, singulièrement celui dévolu au droit de la concurrence. Ses manuels de droit européen des affaires et de droit de la concurrence interne et communautaire en témoignent.

Mais ni le droit pénal, ni le droit des affaires n'avaient été les passions scientifiques initiales d'André Decocq. Elles doivent être recherchées dans le droit des personnes. Le thésard André Decocq consacra ses premières recherches à cette discipline. De là vint sa thèse : « Essai d'une théorie générale des droits de la personne ». Et parce que le cycle de la science ramène souvent ses serviteurs sur les rives d'où ils partirent quelques décennies plus tôt, à la personne il consacra son ultime étude, « La vie humaine et la loi ». Elle exprimait le regard d'un homme sur l'homme, d'un citoyen sur la loi, de l'homme, du citoyen et du juriste sur les manipulations de la vie auxquelles la loi, aujourd'hui, accorde place. L'œuvre illuminait des Mélanges destinés à celui à qui le souvenir de l'amitié des temps passés et la force de l'amitié des temps présents ont valu l'honneur d'évoquer l'action d'un universitaire à qui n'aurait pas déplu l'idée de rejoindre le corps des mousquetaires. Avec eux il aurait aimé ferrailler, avec l'épée sans doute, le verbe et le cœur assurément, au nom de l'Homme, de la Justice, de la passion, celle de la Liberté, dans le cadre ordonné où elle respecte celle d'autrui, de l'Égalité, conquise par l'effort, le travail, le labeur de chaque jour, de la Fraternité, car tu aimeras ton prochain comme toi-même...

André Decocq, l'universitaire aguerri

Pierre-Yves Gautier

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

J'ai d'abord connu André Decocq non pas en tant que collègue, mais de tout jeune avocat à la Cour. En effet, mes deux patrons successifs, auxquels je rends aussi hommage, Jean-Marc Varaut, puis Georges Kiejman, avaient pour consultant exclusif en matière de droit pénal, droit pénal général, droit pénal spécial, procédure pénale – toutes les questions les plus compliquées que nous avions à lui soumettre – le professeur Decocq. J'étais ainsi de toutes les visites, « avenue de Wagram ».

Ce simple fait, Jean-Marc Varaut, qui était considéré comme très à droite, Georges Kiejman, considéré comme à gauche, montre à la fois l'ouverture d'esprit et l'intérêt qu'ils pouvaient avoir à utiliser l'intelligence de notre ami et qu'en dépit de la réputation qui lui a été parfois faite, j'y reviendrai tout à l'heure, il était totalement indifférent aux bords politiques des uns et des autres. Et respectivement : seule l'intelligence, l'intérêt de la question de droit, l'enjeu pratique du procès, animaient les uns et les autres.

Nous allions le voir, nous lui posions les questions-clé. J'en ajoutais encore quelques-unes à la dernière minute, après avoir effectué des dizaines d'heures de recherche. Il avait ce geste, accompagné de cette formule que beaucoup d'entre vous devez avoir en mémoire : il prenait son menton dans sa main et proférait : « *Voyons voir...* »

Et il voyait ! Et il trouvait, nous donnant les pistes les plus claires et utiles. Ce sont des souvenirs très forts. Voilà une des racines de la décision que j'ai rapidement prise de présenter le concours d'agrégation et rejoindre le corps des professeurs.

À la fin du rendez-vous, il y avait le fameux whisky dont plusieurs d'entre nous se souviennent. Nous en profitons pour parler des uns et des autres, notamment de nos sujets préférés : les avocats et les professeurs. Certains avaient une cote importante chez André Decocq, c'est le cas de Jean-Michel Darrois, ici présent ; en revanche d'autres n'avaient pas grâce chez lui. De même, chez les professeurs. Il y a une autre formule qu'il utilisait avec le timbre de sa voix très caractéristique, pour ceux qu'il goûtait peu : « *c'est un imbécile* ». Celui-là était ainsi absolument exécuté, et André avait parfaitement raison.

Par la suite, après avoir passé le concours d'agrégation, quitté le Barreau et mon maître Kiejman, ce qui fut pour moi un déchirement, je retrouvai quelques années plus tard, peu en vérité, car j'étais encore tout jeune, André au jury d'agrégation, sous la présidence de Philippe Malaurie. Tous ceux qui ont été au jury savent à quel point c'est à la fois une épreuve physique et morale pour ses membres ; mais aussi un exercice fantastique, d'ordre aussi bien intellectuel qu'affectif. C'est une année complète que les sept membres du jury passent ensemble, absolument épuisante, mais tellement stimulante. S'y noue une fraternité considérable, forgée par les tensions, la succession des épreuves, la passion du droit, du métier, des hommes².

Avec André, cette fraternité fut exceptionnelle. Ce qui m'a marqué également, c'est que précisément du fait des enjeux pour les candidats qui jouent leur carrière, il se produit parfois pour les membres du jury des moments difficiles, de colère, de frustration, d'excès. Eh bien des sept membres du jury, celui qui fut parmi les plus modérés, apaisant les éclats quand il y en eut, ce fut André Decocq, manifestant son caractère équilibré et le sens de la responsabilité morale qui était le sien.

Nous voilà sortis du jury d'agrégation ; l'année suivante, je me présentai aux élections à l'Université Paris-Panthéon-Assas. Ce fut une élection très dure. Il y avait à mon sujet sans que je parvienne à comprendre pourquoi, des voix très hostiles. Mes chances étaient limitées, outre la présence de plusieurs concurrents importants, pour obtenir le poste. Heureusement, il y eut l'action constante et chaleureuse de mon « frère » André, associé pour mon soutien à Philippe Malaurie, Bernard Audit et d'autres électeurs, dont certains ici présents, en lesquels je plaçais ma confiance. André, dans une stratégie véritablement napoléonienne, a organisé avec la plus grande méthode, la façon de remonter le courant, voix par voix, homme par homme, femme par femme ; il faisait des comptages et recomptages, pratiquement tous les deux jours. C'est ainsi qu'avec peu de chances, dans des conditions vraiment difficiles, mes amis, mes frères, m'ont fait vaincre et avoir l'honneur d'entrer dans notre Université. J'ai essayé depuis lors de ne pas démeriter et leur en suis reconnaissant, comme au premier soir de la victoire.

La politique, j'y reviens : pour André, ce n'est pas être de gauche ou de droite qui importait, c'est le courage, la détermination, la fermeté dans les idées et les combats qui doivent être menés, quels que soient leur nature et les risques encourus. Il y a des lâches à gauche, des lâches à droite, il y a des gens merveilleux et des héros dans tous les bords. Au fond la politique, c'est extrêmement relatif et c'est une autre leçon qu'André nous laisse méditer.

Et puis il y a sa pensée juridique. André, comme tout professeur de droit et en vérité comme tout juriste, avait une pensée de généraliste. Au fond, les divisions droit public/droit privé, droit civil/droit pénal/droit du travail, etc., sont des segmentations artificielles. *Jus unum*. Il y a une réflexion, un raisonnement, une culture – d'où les « Voyons voir » de notre ami et c'est cela qui compte³.

Dans le volume d'hommages qui lui ont été rendus, j'avais choisi un portrait d'Émile Garçon, le père du fameux avocat Maurice Garçon⁴. Émile, grand pénaliste, glorieux prédécesseur historique d'André dans notre Université, possédait lui aussi cette culture. Ce choix, je le fis, me souvenant de mes années chez Georges Kiejman et Jean-Marc Varaut : en effet, les questions que nous posions à André, notamment de droit pénal spécial, avaient pratiquement toutes des racines de droit civil, qu'il connaissait et nous livrait. Sa carrière, ses publications, montrent que oui, il fut ce brillant généraliste. Le droit de la concurrence, sa dernière passion scientifique, montre à l'envi qu'il fut à l'intersection de toutes ces disciplines. Ce qui compte dans la pensée juridique et on revient au courage – il y a aussi un courage intellectuel de la part du professeur comme de l'avocat – c'est de ne pas faire de compilation, ne pas suivre les autres sans au préalable tout remettre à plat⁵. Ce n'est pas parce qu'un arrêt de la chambre criminelle a pris telle position discutable qu'on ne doit pas chercher à remonter le courant et tenter de

2. V. P.-Y. Gautier, « Le concours d'Agrégation au plus intime : *Institutes* coutumières », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses Univ. Toulouse, 1996, p. 221 et s.

3. V. P.-Y. Gautier, « Pourquoi le bon juriste en tient-il pour les traditions du droit objectif », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 253 et s.

4. V. P.-Y. Gautier, « Émile Garçon et le droit civil », in *Mélanges offerts à André Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 267 et s.

5. V. P.-Y. Gautier, « Penser par soi-même en droit : l'exhortation de Philippe Malaurie », D. 2020, p. 990.

provoquer un revirement de jurisprudence. Pas plus qu'on devrait prudemment s'abstenir d'entrer en controverse avec d'autres professeurs, fussent-ils plus gradés que vous, sur le point envisagé. La pensée juridique, c'est ainsi un mélange de bravoure et d'innovation. Quand j'accompagnais mes patrons, nous allions voir André Decocq parce que nous avions besoin d'être éclairés, alors même que nous avions déjà réfléchi au dossier, que les manuels nous étaient utiles pour défricher les points de droit, mais que nous avions besoin d'une pensée individuelle, adaptée à notre cas : c'est cela, le juriste.

Enfin, il y a ses livres et en dernier lieu, son ouvrage avec son fils Georges⁶ ; je voudrais dire, pour en avoir été témoin, à quel point il était fier d'avoir son fils à ses côtés, pour œuvrer ensemble dans la pensée intellectuelle de cette matière devenue essentielle et radicale.

Aller jusqu'au bout de la réflexion, du métier de professeur et de juriste, tel fut notre ami. Honneur à André Decocq, opprobre sur les (quelques) « imbéciles » et couards !

Beyrouth et Lyon

Adrien-Charles Dana

Agrégé des Facultés de droit

Doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon

Avocat honoraire à la Cour

Ancien Bâtonnier du Barreau de Lyon

Ancien Président de l'École des Avocats Rhône-Alpes

Comment vous parler d'André Decocq ?

Vous en parler en tant que collègue, ou en tant qu'ancien étudiant ? Je suis – si l'on peut dire – la création d'André Decocq et d'ailleurs Serge Guinchard ne disait-il pas à tous : « Adrien Dana est venu dans la valise d'André Decocq » ?

J'ai connu André Decocq en 1965.

Imaginez une salle profonde, toute en longueur, lambrissée, avec une allée au milieu ; j'étais au premier rang et je m'attendais à ce que le professeur annoncé, André Decocq, entre par la porte qui était à la hauteur de l'estrade. D'un seul coup, on entend comme le ronflement d'un train traversant une gare, un souffle, et des battements cadencés, ses pas. Tout le monde se retourne : le professeur André Decocq, entré par la porte du fond, traversait la salle en se dirigeant vers l'estrade. C'était en octobre, salle 32 au 3^e étage de l'université Saint Joseph à Beyrouth. Je me souviens encore du bruissement de sa toge, du bruit et de la cadence de ses pas et de cette magnifique stature qui s'installait à la chaire...

Il commence à nous regarder, nous qui avons tous la tête penchée sur nos feuilles, prêts à prendre des notes. Il faut imaginer ce que représentait alors pour nous un professeur agrégé, ayant choisi de venir à Beyrouth, et pas n'importe quel professeur, André Decocq *in personam* ! Nous voyant commencer à gratter, il s'interrompt et nous dit : « Écoutez, il faut que vous reteniez quelque chose... Je suis là pour vous apprendre à penser le droit, vous permettre d'acquérir une méthode, vous inciter à réfléchir et non pas uniquement à prendre des notes pour les reproduire ».

Se forger une méthode pour réfléchir et non pas simplement prendre des notes pour les reproduire : une leçon pour toute une vie de juriste.

Il me raconta d'ailleurs bien plus tard : « vous savez, à l'occasion d'une réunion de travail chez nous, avec cinq ou six juristes de grand talent, il y avait Keep mon chien, "un bâtard de la Croix-Rousse", allongé sous la table. Lors de cette réunion je leur ai asséné : "vous savez, de nous tous c'est lui qui a dit le moins de bêtises" ».

C'est vous dire l'autodérision et l'humour d'André Decocq. Et retenez cela : une méthode pour réfléchir et non pas des notes à reproduire. C'est exactement la pensée profonde d'André Decocq.

6. A. et G. Decocq, *Droit de la concurrence*, 9^e éd., LGDJ, 2021.

André Decocq, c'est bien sûr le professeur, le doyen que tout le monde connaît et apprécie. Mais pour moi, c'est aussi un homme unique que j'ai eu le bonheur et l'honneur de côtoyer de près et si longtemps, et qui m'a inspiré et formé.

Nous sommes en 1^{re} année de licence, toujours en 1965 ; il enseignait le droit civil et assurait certaines séances de travaux pratiques. Lors d'une d'entre elles, expliquant la théorie de la preuve, il passe dans les couloirs en disant « est-ce que c'est clair ? ». Il y a un insolent qui lui dit « et bien... non ! je n'ai pas encore bien compris ». Surpris par cette remarque, le professeur Decocq le regarde d'un air interloqué, et se frottant le menton comme à son habitude lorsqu'il réfléchit, lui dit « Ah bon ! Seriez-vous aveugle ? » L'insolent lui rétorque : « Peut-être ! Mais vous êtes là pour m'ouvrir les yeux ». « C'est bien vrai cela, c'est bien vrai... » me répondit-il alors en reprenant l'explication. Mon histoire avec André Decocq a commencé là.

En 2^e année, lors de l'affichage des résultats, je le vois sortir de la salle des délibérations et me dire « Venez avec moi ». « Mais j'attends mes résultats », lui dis-je. « Venez avec moi », répète-t-il. Il ne conduisait pas. J'avais ma petite Volkswagen, « on va chez moi et on prendra un whisky » ; et on a bu un whisky... on en a beaucoup bu ! Et c'est là, en m'annonçant les résultats, qu'il m'a fortement suggéré de venir continuer mes études à Lyon pour rédiger une thèse et tenter de passer le concours d'agrégation.

André Decocq est resté quelques années à Beyrouth, entre 1965 et 1970 ; j'étais à Lyon depuis un an quand il est arrivé et ce fut un réel bonheur de l'y retrouver.

Mais parlons plutôt de son séjour à Beyrouth puisque tel est le thème de mon intervention ! De quels souvenirs de ses années à Beyrouth puis-je parler ? Il y a noué des relations absolument extraordinaires, qui perdurent jusqu'à maintenant. La preuve en est que certains de ses anciens étudiants, qui ne pouvaient pas être présents aujourd'hui, suivent cette cérémonie en visioconférence.

Il a été professeur invité à Damas pour y faire rayonner la science juridique française. Mon collègue Jacques Hakim pourrait en témoigner : avocat, docteur en droit... et premier et seul agrégé syrien.

On ne peut pas imaginer toute l'énergie qu'il déployait dans ses interventions ; un véritable ouragan, et c'était très communicatif. Nous nous sentions tous transportés, devenus intelligents (ou pensant l'être devenus !), et prêts à suivre ses traces, tout présomptueux que nous étions !

Il fut également invité au Caire, pour y assurer des enseignements, et il mit à profit son séjour pour apprendre l'arabe, ce qui témoigne de sa curiosité intellectuelle. C'est à cette occasion qu'il rédigea son cours sur la structure de la qualification pénale, une étude brillante, prélude de son ouvrage magistral de droit pénal.

Je suis allé au Caire en 1997, j'étais doyen de la faculté de droit de Lyon, et je fus reçu par le président de l'Assemblée nationale, un grand pénaliste, le docteur Sourour. Sa première question fut : « Comment va le professeur Decocq ? » Et pendant près d'une heure, il me parla de ses souvenirs et des discussions et moments partagés avec André qu'il avait rencontré au Caire.

Sur le plan humain, voici une anecdote qui résume pleinement son charisme. Au fond de la salle de l'USJ où André Decocq nous enseignait le droit pénal, il y avait un étudiant, en complet cravate, trentecinq ans environ, en train de lire le journal. Le pauvre voit arriver vers lui une tornade : André Decocq traversant la salle comme une flèche, lui arrache le journal des mains et lui demande de sortir sur le champ. À la fin du cours, l'étudiant, resté dehors, lui explique qu'il était marié, père de famille, qu'il travaillait pour entretenir sa famille, qu'il suivait les cours autant qu'il le pouvait et que malheureusement il avait cru pouvoir profiter d'un petit moment de répit pour lire le journal. De ce jour jusqu'à la fin de l'année, André œuvra pour lui faciliter le suivi des cours, lui transmettre les photocopiés et lui permettre de continuer ses études. C'est André Decocq, l'homme de cœur.

Voilà le vécu et les amitiés d'André Decocq au Liban, entretenus à Lyon puisque parmi les libanais venus le rejoindre, il y eut trois mariages dont il fut pour chacun le témoin.

À Lyon, André Decocq a été un véritable initiateur pour les pénalistes, avec toute la largeur d'esprit qu'on lui connaît. Ainsi, sa rencontre avec Antoine Jeammaud mérite d'être relatée. Travailiste et notoirement de gauche, Antoine Jeammaud faisait sa thèse sur « L'opposition de normes en droit privé interne » ; à la suite de graves difficultés avec son directeur de thèse, il va le voir et lui signale que son travail est fortement compromis. André Decocq lui répond alors textuellement : « Nous n'avons pas les

mêmes idées, mais je vais vous aider autant que faire se peut pour que vous puissiez terminer votre thèse ». André Jeammaud termina sa thèse et fut agrégé à son premier concours. Nous connaissons tous ses écrits en droit du travail.

À Lyon, et je le dis en présence des pénalistes, avant André Decocq, quand on soutenait une thèse de droit pénal, on prenait un risque pour passer le concours d'agrégation : c'était en effet une matière considérée comme secondaire. C'est quoi le droit pénal ? Une multitude d'infractions. C'est fait pour le tribunal correctionnel.

C'est André Decocq qui a fortement relancé le droit pénal : thèses d'Yves Mayaud, « le mensonge en droit pénal », d'Yves Reinhard, « l'acte du salarié et la responsabilité pénale du chef d'entreprise », de Jacques Bernasconi, « le juge pénal et la légalité », de Jacques Buisson devenu conseiller à la Cour de cassation, « l'acte de police », et la mienne sur la notion d'infraction pénale. Ce mouvement, cette floraison du droit pénal ont donné à cette discipline ses lettres de noblesse. Ce fut le renouveau de l'école lyonnaise.

À Lyon, André Decocq a enseigné aussi le droit processuel. Son cours dans cette matière fit date, et il me semble même qu'Hervé Croze l'a gardé en souvenir.

Pendant son séjour lyonnais de quelques années, André Decocq fut le doyen de la faculté de droit, un mandat que l'on évoque jusqu'à nos jours avec nostalgie. Son engagement au profit et dans l'intérêt de l'Université a fait de lui l'un des fondateurs en 1973 de l'Université Lyon III.

On dit qu'une seule main ne peut pas applaudir. André Decocq seul ne pouvait pas réussir tout ce qu'il a réalisé. Il l'a fait grâce à la présence de Thérèse auprès de lui : « tous les deux, ensemble ! » Il le disait et le reconnaissait souvent.

Mais à vrai dire, le véritable chef d'œuvre d'André Decocq, au-delà de tout ce que l'on a pu dire, c'est la famille qu'il a fondée avec Thérèse. Je remercie d'ailleurs Georges d'entretenir la flamme pour que le nom de Decocq continue de rayonner.

Je vous remercie.

PARTIE II

Mot d'introduction

Barthélémy Mercadal

Agrégé des Facultés de droit

Président du Centre de recherche du droit des affaires
en Afrique (CRDAA)

Ancien secrétaire général de l'Institut du droit d'expression
et d'inspiration françaises

Madame,
Monsieur le Premier ministre,
Mesdames, Messieurs,

Ce ne sont ni le droit pénal ni la proximité d'une présence commune dans une même université qui me valent de présider cette seconde séquence de l'hommage à André Decocq.

C'est tout simplement le fort attachement qu'André avait à la France, qui s'est manifesté en 1963 à travers la bienveillance qu'il avait pour les Français d'Algérie de retour, dont j'étais.

Malheureux au concours de cette année-là, André Decocq, rencontré fortuitement, m'a proposé spontanément de m'introduire auprès de Jean-Claude Soyer pour envisager une nomination de chargé de cours à la Faculté de droit de Caen, avec résidence à Rouen et logement procuré par la préfecture.

Ce fut une aide inestimable pour moi dont je lui suis profondément reconnaissant.

J'essaie de m'y montrer fidèle en coopérant désormais avec Georges Decocq à la vie de l'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises (IDEF).

André Decocq, le spécialiste du droit de la concurrence

Louis Vogel

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Membre de l'Institut de France

Président honoraire de l'Université

Je voudrais tout d'abord vous remercier, vous Madame et Georges bien sûr, ainsi que Didier Rebut et Édouard Verny, d'avoir organisé cette matinée qui me permet à la fois de rendre hommage à la mémoire d'André et de retrouver de nombreux amis.

Avant d'aborder le sujet que vous m'avez proposé (André Decocq, le spécialiste du droit de la concurrence), je voudrais dire quelques mots de l'homme dont j'ai été l'assistant pendant plusieurs années.

D'abord, bien qu'il fût surtout connu comme pénaliste, il s'intéressait à toutes les matières. Et la nouveauté ne lui faisait pas peur. C'est ainsi qu'à la surprise générale, il a décidé un beau jour de faire valoir ses droits (à Paris II les cours étaient traditionnellement répartis en fonction de l'ancienneté dans la maison) pour enseigner ces matières nouvelles qu'étaient alors le droit de la concurrence et le droit européen des affaires. Et c'est ainsi que je devins son assistant : j'avais eu la chance de rédiger ma thèse en droit de la concurrence. Nous ne nous connaissions pas. Je me souviens encore de notre première rencontre : André était physiquement très impressionnant, il était grand et n'avait pas l'air commode (je me souviens surtout de ses grandes mains qui vous enveloppaient et dont on se disait qu'elles auraient tout aussi bien pu servir à donner un coup de poing). Mais sous cette armure se cachait un cœur d'or : quand il vous accordait son amitié et sa confiance, il vous les donnait entièrement et vous le sentiez : c'était physique. Dès le premier jour, nous nous sommes entendus (et cela a duré aussi longtemps qu'il a été parmi nous) et je ne sais pas pourquoi : « parce que c'était lui, parce que c'était moi ». Patrick Quart a parfaitement résumé cet aspect de la personnalité d'André, en évoquant, dans les *Mélanges* qui lui ont été offerts, « cette amitié des Picards, bourrue et indéfectible, sans fioriture ni restriction ».

André Decocq était aussi un homme de conviction qui avait une certaine idée du droit, à la fois homme d'ordre (il a participé à l'élaboration de la loi sécurité et liberté auprès d'Alain Peyrefitte garde des sceaux) et grand libéral. Son libéralisme, il a pu le mettre en œuvre très concrètement en participant au groupe d'experts institué par M. Édouard Balladur, alors Premier Ministre, pour préparer ce qui deviendra l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Le recours à des professeurs de droit pour élaborer des projets de textes législatifs, très courant dans la plupart des pays, est suffisamment rare chez nous pour mériter d'être souligné. Et le résultat est là : l'ordonnance Balladur, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aura été un texte visionnaire qui a marqué une véritable rupture avec la conception dirigiste du droit et de l'économie qui avait cours jusque-là. Avant l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le droit de la concurrence était surtout conçu comme un instrument de la politique des prix au service de l'administration. C'est l'ordonnance de 1986 qui a conféré au droit de la concurrence ses lettres de noblesse et au conseil de la concurrence son autonomie. C'est l'ordonnance de 1986 qui a donné la parole aux entreprises et définitivement fait passer notre pays d'une économie administrée à une économie de marché. Et ce n'est pas un hasard si ce sont des professeurs de droit qui ont initié le mouvement : il fallait un certain courage intellectuel et beaucoup d'ouverture d'esprit pour faire prendre ce virage à la France.

Je ne voudrais pas conclure ce bref propos introductif sans citer un autre professeur de Paris II, Michel Pédamon, membre du groupe d'experts et compère d'André, dont j'ai été l'élève, qui a fait bénéficier les rédacteurs de sa profonde connaissance du droit allemand pour introduire pour la première fois dans notre droit des règles relatives à l'abus de dépendance économique.

Il est assez naturel qu'un esprit libéral s'intéresse au droit de la concurrence. Mais l'on aurait pu s'attendre, de la part d'un spécialiste de droit pénal, qu'il défende une vision répressive de la matière, à l'instar du droit antitrust américain, modèle de tous les droits de la concurrence, qui est un droit pénal. Or il n'en a rien été : le libéralisme d'André Decocq l'a non seulement conduit à libérer l'écono-

mie de l'emprise de l'État, mais paradoxalement, l'a aussi conduit à libérer le droit de la concurrence de l'emprise du droit pénal.

I. André Decocq libéral

A. Le libéral français

Comme l'a parfaitement exprimé M. Édouard Balladur, l'ordonnance de 1986 a permis de jeter « les bases d'une économie de liberté » dans laquelle l'État n'est plus le gérant de l'économie mais le garant de la liberté de l'économie.

Deux dispositions essentielles de l'ordonnance ont permis d'atteindre cet objectif. D'abord, l'article 1^{er} qui « a valeur de symbole » et qui proclame le principe de la liberté des prix : désormais, « les prix des biens, produits et services [...] sont librement déterminés par le jeu de la concurrence », sous la seule responsabilité des entreprises. Ensuite, le titre II de l'ordonnance qui instaure une véritable autorité indépendante, le Conseil de la concurrence, qui reçoit compétence, aux lieu et place du Ministre de l'Économie, pour statuer à l'égard des pratiques anticoncurrentielles et qui verra plus tard les recours contre ses décisions soumis à l'ordre judiciaire, conformément au dessein initial du groupe d'experts.

Il s'agissait là d'une « véritable rupture », comme l'ont souligné André Decocq et Michel Pédamon¹ : jusque-là, la Commission de la concurrence ne bénéficiait que d'un pouvoir d'avis en matière d'ententes et d'abus de position dominante et ne pouvait être saisie que par des autorités gardiennes de l'intérêt général ainsi que par des institutions représentants des intérêts collectifs. Désormais, le Conseil de la concurrence se voit doté d'un véritable pouvoir de décision et la saisine s'ouvre à toutes les personnes que peuvent léser directement et personnellement les pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire aux entreprises.

B. Le libéral européen

Dans son ouvrage consacré au droit européen des affaires², André Decocq décrit la construction européenne en élaborant une distinction très fine entre libéralisme de stratégie et libéralisme de conviction. Pour lui le Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) n'avait pas véritablement pour objet d'établir une économie de marché mais plutôt de transférer la direction de la politique industrielle dans ces secteurs des États membres à une institution supranationale.

L'Europe, à ses débuts, n'était pas libérale. Ce n'est qu'après les échecs de la Communauté européenne de défense et l'abandon du projet de Communauté politique européenne que le libéralisme économique s'est imposé. Mais pas en tant que tel : seulement au titre d'instrument stratégique. Selon André Decocq, dans cette première phase, « il serait le moyen de réalisation de l'intégration économique sans que les États fussent consentir à des abandons trop ouverts de souveraineté ; l'intégration politique en résulterait par la force des choses ». Ce n'est que dans un second temps que l'Europe s'est convertie au libéralisme.

Le libéralisme de conviction s'est exprimé pour la première fois dans l'article 4 du Traité de Maastricht : « [...] l'action des États membres et de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité, l'instauration d'une politique économique fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des États membres, sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ».

Mais le mouvement libéral a très vite connu un coup d'arrêt avec la non-ratification de la Constitution pour l'Europe et l'adoption d'un traité dit simplifié pour mettre fin au vide juridique qui sera signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. L'article 3.3 du Traité de l'Union européenne ne mentionne plus la concurrence mais « une économie sociale de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social ». À la différence des articles 3 et 4 du Traité CE, le texte n'emploie plus le mot concurrence et substitue à la mention qui figurait à l'article 3.1 du Traité de Rome selon laquelle il

1. A. Decocq et M. Pedamon, *L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, Litec, 1987.

2. A. et G. Decocq, *Droit européen des affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2010.

fallait mettre en place « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur » la disposition, beaucoup plus sobre, de l'article 3-1 TFUE, selon laquelle relève des compétences exclusives de l'Union « l'établissement de règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ».

Au terme de l'évolution, le libéralisme de conviction apparaissait donc bien affadi. Mais André Decocq n'a pas perdu espoir et cet espoir il le fondait notamment sur l'article 119 TFUE qui comporte toujours la formule qu'il a qualifié de « correctif », d'« économie de marché ouverte où la concurrence est libre ».

II. André Decocq paradoxal

A. L'héritage paradoxal d'André Decocq

André Decocq a toujours milité en faveur de la dépénalisation des règles de concurrence. S'agissant des pratiques anticoncurrentielles tout d'abord, il importe de rappeler que les ordonnances du 30 juin 1945 incriminaient comme délits assimilés à la pratique de prix illicite l'entente prohibée et l'abus de position dominante. Les pratiques anticoncurrentielles étaient ainsi passibles d'une peine d'emprisonnement de quatre mois à quatre ans et d'une amende de 120 F à 400 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement³. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a abrogé ces incriminations et leur a substitué l'article 17 (actuel article L. 420-6 du Code de commerce) qui sanctionne désormais seulement la participation frauduleuse d'une personne physique à l'organisation et la mise en œuvre de pratiques d'entente et d'abus de domination.

André Decocq a également plaidé en faveur d'un assouplissement des peines relatives aux infractions aux règles applicables aux relations entre professionnels : l'article 31 de l'ordonnance de 1986 supprimera ainsi la peine d'emprisonnement applicable aux manquements à l'obligation de communication de facture et l'article 34 adoucira le délit de prix imposé en supprimant la peine d'emprisonnement de deux ans.

B. Plaidoyer pour la défense de l'héritage : contre la repénalisation

L'héritage d'André Decocq est depuis quelques temps remis en cause par différentes tentatives de repénalisation du droit de la concurrence.

Les dispositions pénales issues de l'ordonnance de 1986 continuent d'être peu appliquées compte tenu du caractère strict des éléments constitutifs, des difficultés d'interprétation du délit et de l'incertitude quant à l'issue des procédures. En 2016, il n'y a eu ainsi que deux applications de l'article L. 420-6 du Code de commerce.

Pourtant, en 2018, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence mettait en avant les avantages que pourrait présenter l'utilisation de l'article 40 du Code de procédure pénale, selon lequel « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». Selon le rapporteur général, une procédure pénale peut être ouverte sur le fondement de cet article dès lors que celui-ci transmet certains éléments au Procureur de la République. Ce dernier peut alors décider soit de classer le dossier sans suite, soit de diriger une enquête préliminaire ou désigner un juge d'instruction. Dans ce dernier cas, et seulement si les aspects concurrence du dossier lui paraissent importants, le juge peut désigner sur commission rogatoire des rapporteurs de l'Autorité de la concurrence. L'innovation majeure de cette approche réside dans la possibilité d'utiliser l'article 40 dès le stade de l'enquête par les services d'instruction.

3. Article 41 de l'ordonnance n° 85-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique : « Les infractions visées au 4° de l'article 1^{er} ci-dessus et à l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix sont punies d'une peine d'emprisonnement de quatre mois à quatre ans et d'une amende de 120 F à 400 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement ».

Le législateur a quant à lui étendu la compétence du Parquet National Financier (PNF) aux délits prévus à l'article L. 420-6 du Code de commerce⁴ : cette extension serait motivée par le fait que le Parquet National Financier aurait déjà été amené à enquêter sur des pratiques anticoncurrentielles à titre connexe, à l'occasion de procédures portant sur des faits de favoritisme.

Cette repénalisation larvée du droit de la concurrence n'apparaît pas justifiée. D'une manière générale, les sanctions pénales présentent dans le domaine de la concurrence beaucoup d'inconvénients sans apporter de véritables avantages. La procédure pénale est stricte et les garanties offertes aux personnes mises en cause ralentissent considérablement la procédure pour un résultat souvent incertain. En outre, la coexistence d'une procédure pénale et d'une procédure de concurrence risque de bloquer la procédure compte tenu des liens entre elles, ne serait-ce qu'en matière d'utilisation de pièces. Plus fondamentalement, la répression pénale n'apparaît pas adaptée aux spécificités du droit de la concurrence, dont l'interprétation dépend de la casuistique de chaque espèce. Le droit pénal est d'interprétation stricte, alors que l'interprétation du droit de la concurrence est quant à elle souple : comment qualifier en droit pénal une pratique de prix imposé dans le cadre d'une relation verticale, alors que la Commission européenne ne cesse de faire évoluer ses tests de qualification ?

Quant au recours à l'article 40 du Code de procédure pénale, il semblerait que l'Autorité de la concurrence se saisisse de cette opportunité pour disposer d'une procédure plus souple que la procédure commerciale et la procédure applicable aux opérations de visites et de saisies. Le rapporteur général a souligné l'existence d'avantages substantiels à recourir à ce moyen, tels que le bénéfice du recours aux interceptions téléphoniques, la vidéosurveillance ou la garde à vue. Or, les garanties procédurales offertes par le droit de la concurrence sont déjà très restreintes : recours à l'avocat limité, impossible consultation des pièces saisies, interprétation moins protectrice du secret professionnel, phase contradictoire différée. L'exclusion de la répression pénale en droit de la concurrence apparaît d'autant plus justifiée que des procédures administratives alternatives et des actions indemnitaires en réparation des préjudices ont été mises en place. L'article 23 de la directive du 11 décembre 2018 dite ECN + précise ainsi en son paragraphe 22 que les « États membres veillent à ce que les actuels et anciens directeurs, gérants et autres membres du personnel des entreprises sollicitant une immunité d'amendes auprès des autorités de concurrence soient protégés contre les sanctions infligées dans le cadre de procédures pénales relatives à leur participation à l'entente secrète faisant l'objet de la demande d'immunité d'amendes, concernant des violations de dispositions législatives nationales qui poursuivent principalement les mêmes objectifs que l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union [...] ». Le législateur a lui-même reconnu que l'arsenal de la répression administrative des personnes morales était beaucoup plus dissuasif que celui dont dispose le parquet et le juge pénal.

Un retour en force de l'action pénale, alors que l'action administrative a largement prouvé son efficacité, apparaît donc superflu. Plus que jamais, l'héritage d'André Decocq mérite d'être défendu.

4. Article 705 du Code de procédure pénale modifié par la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée : « Le procureur de la République financier, le juge d'instruction et le tribunal correctionnel de Paris exercent une compétence concurrente à celle qui résulte de l'application des articles 43, 52, 704 et 706-42 pour la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions suivantes : [...] 9° Délits prévus à l'article L. 420-6 du code de commerce ».

Mot de conclusion

Georges Decocq

Professeur à l'Université Paris-Dauphine, PSL

Monsieur le Premier ministre,
Mesdames et messieurs les hautes personnalités,
Chères et chers collègues,
Mesdames et messieurs,
Chers amis,
Chers membres de la famille,
Maman,

Merci du fond du cœur à Didier Rebut et à Édouard Verny, à l'Institut de criminologie et à l'Université Panthéon-Assas d'avoir organisé cette matinée d'hommage à papa.

Mille mercis aussi à tous ceux qui, présents ou à distance, sont intervenus ce matin pour raviver le souvenir de celui qui fut un maître, un collègue, un ami, un compagnon, un parent.

Toute la famille d'André Decocq vous dit son immense gratitude pour tous ces témoignages d'affection, ces pensées bienveillantes ou ces anecdotes savoureuses.

Les universitaires, sans doute parce qu'ils sont au cœur du processus de transmission, ont à côté de leur famille au sens propre, une famille spirituelle.

Les universitaires s'inscrivent dans une généalogie doctrinale.

Papa a eu un maître, Georges Levasseur, dont je porte le prénom. Ce qui prouve la porosité entre les familles. Il a eu aussi de nombreux élèves. Certains se sont exprimés ce matin. Yves Mayaud, Édouard Verny, Carole Hardouin-Le Goff, Adrien-Charles Dana ont, chacun à leur façon, décrit ce maître exigeant et bienveillant.

Papa a transmis une haute idée du droit et des valeurs qui l'irriguent.

Mille mercis pour ces portraits.

Mais la famille universitaire, c'est aussi des amis et des alliances. Serge Guinchard, Bernard Teyssié, Pierre-Yves Gautier, Barthélemy Mercadal, Adrien-Charles Dana et Louis Vogel ont retracé admirablement l'itinérance et les évolutions de la carrière de papa. Caen, Beyrouth, Lyon, Paris sont à la fois des lieux d'exercice, mais aussi les symboles des évolutions de sa pensée, et de ces actions.

Les matières qu'il a enseignées, sa production scientifique, les multiples fonctions qu'il a exercées ont varié au cours du temps. Mais dans toutes ses activités universitaires, papa combinait deux ingrédients : la réflexion et l'action. L'action sans réflexion est inefficace. La réflexion sans l'action est stérile.

Puisque nous sommes à l'Institut de criminologie de l'Université Panthéon-Assas, il me faut évoquer deux anciens directeurs de ce temple du droit pénal qui furent les amis de papa : Jacques Léauté et Jean-Claude Soyer. Je voudrais associer leurs mémoires à celle de papa, parce qu'ils ont œuvré ensemble et dans des registres différents aux mutations du droit pénal à partir de la fin des années 1970.

Mais à côté de ces derniers il faudrait rappeler ses liens amicaux avec de nombreux autres collègues, magistrats, avocats, et d'autres non-juristes : Selim, Jean-Baptiste, Philippe, Jean-Pierre, Michel, Jean, Marcel. Je ne peux les citer tous et le regrette, mais ils sont présents dans nos pensées.

Mille mercis aussi à Patrick Quart d'avoir évoqué les services éminents que papa a rendu à la France. Toute sa vie son engagement gaULO-pompidolien fut sans faille. Il avait la France chevillée à l'âme. Il fut de tous les combats. Il refusa tous les compromis médiocres, les habiletés des courtisans et les lâchetés opportunes.

C'est dans le terreau de cet engagement en acier inoxydable et dans l'ambiance militante qui en découle que notre vie familiale s'est développée. Pour paraphraser Josiane Balasko, je dirais que : « Tout le monde n'a pas eu la chance d'avoir des parents gaullistes ».

Mais André Decocq, pour nous membres de sa famille, était avant tout un mari, un père, un grand-père, un arrière-grand-père, un frère, un oncle, un cousin.

Il a été à nos côtés dans les bons jours pour partager nos joies, mais aussi nous a soutenus sans hésiter dans les mauvais. Sans sa force et sa bonté nous sommes aujourd'hui démunis.

Pour terminer, je vais lire ce que papa m'a demandé de prononcer à ses obsèques. Il lui appartiendra donc de clôturer cette matinée.

*« Seigneur, endormez-moi dans votre paix certaine
Entre les bras de l'espérance et de l'amour.
Ce vieux cœur de soldat n'a point connu la haine.
Et pour vos seuls vrais biens a battu sans retour. »*

Projet

Dans chaque numéro, la *RDA* permet de faire connaître un projet – en gestation, sur le point ou récemment acté – dans un entretien ou un texte rédigé par une personne intéressée à ce projet.

Zola, peintre de la justice et du droit

Sophie Delbrel

Maître de conférences HDR à l'Université de Bordeaux

À l'occasion de la sortie en novembre dernier chez Dalloz de *Zola, peintre de la justice et du droit* (445 p.), **Karl Lafaurie**, Professeur de droit privé à l'Université de Limoges, a rencontré l'auteur, **Sophie Delbrel**, Maître de conférences HDR en histoire du droit à l'Université de Bordeaux. Voici l'entretien, réalisé le 1^{er} février 2022, à destination des lecteurs de la *Revue de droit d'Assas*.

Karl Lafaurie (K.L.) – Vous placez en exergue de votre ouvrage une très belle citation de Zola « Il n'est de justice que dans la vérité, il n'est de bonheur que dans la justice », qui mériterait une réflexion à part entière. Comment l'avez-vous choisie ? La sélection a-t-elle été ardue ?

Sophie Delbrel (S.D.) – Cette phrase, à dire vrai, s'est imposée d'elle-même. C'est l'une des lignes ultimes de *Vérité*. Lorsque je l'ai découverte, je l'ai trouvée sublime si bien qu'il m'était impossible de ne pas la mettre en avant. À elle seule elle résume toute la complexité de Zola, ce qui fait sa grandeur et explique sa place dans notre mémoire collective. Le sens de la formule, le choc de mots qui font mouche, voilà déjà naturellement un premier élément de son succès. Mais la quête de vérité ne doit pas être sous-estimée. Il s'agit d'un moteur essentiel pour Zola, qui permet de relier sa démarche littéraire à ce qu'il faut bien appeler sa démarche politique. Les deux procèdent de la même envie, celle de faire société. En ce sens, la justice implique de reconnaître à chacun sa place, sans autre considération que son humanité. Zola synthétise ici plus de trois décennies de réflexions personnelles qui se sont concrétisées dans ses livres et dans ses engagements. Cette nécessité de l'engagement s'affirmait au fil du temps, d'abord en s'intéressant à des sujets jusque-là délaissés. Celui des besoins matériels de l'écrivain en constitue un bon exemple : il n'est guère possible de vivre de l'amour des lettres et d'eau fraîche, ce que *La Confession de Claude*, production de jeunesse, souligne, et ce que *L'Œuvre* évidemment précise. La même préoccupation se retrouve chez Zola président de la Société des Gens de Lettres, qui entreprend de défendre *urbi et orbi* le droit d'auteur. Ensuite, l'engagement se traduit bien sûr de façon éclatante avec l'Affaire Dreyfus. La force qui est celle de Zola provient de sa sincérité et de convictions très ancrées, sur lesquelles il ne saurait transiger. Dans son esprit, la justice est indissociable de la vérité quelle qu'elle soit. La vérité n'a pas à être arrangeante ou dérangeante, elle est une et indivisible parce qu'elle repose sur des faits dûment établis. Aussi faut-il s'incliner devant elle. En même

temps Zola a parfaitement conscience du caractère presque enfantin de son raisonnement, mais il le revendique parce que pour lui droiture et simplicité vont de pair et parce que s'écarter d'une telle conception rendrait impossible la vie en société.

K. L. – La vie en société est mise à mal par l’Affaire, qui apparaît comme une véritable déchirure dans le tissu national. Zola estime-t-il que celle-ci puisse être refermée ?

S. D. – La société française traverse effectivement avec l’Affaire une tempête dont les effets se prolongeront dans le temps, et au milieu de laquelle les multiples procès de Zola pourraient presque passer pour des épiphénomènes. Quant à la possibilité de refermer la plaie, la seule solution pour Zola est et demeurera la (re)connaissance de la vérité. La cicatrice ne saurait aucunement se former sur le mensonge ou le silence, tel que le législateur l’a voulu par la loi d’amnistie fin 1900. Cette loi censée apaiser les relations franco-françaises renvoie en définitive dos à dos les protagonistes de l’affaire Dreyfus, comme si tous, au fond, encouraient les mêmes reproches. Or ceux qui ont menti ou fomenté contre Dreyfus n’ont d’évidence pas agi en citoyens respectueux de la loi. Il y a ici pour Zola un manquement manifeste à un respect élémentaire des citoyens, ou, plus exactement, des justiciables. Quant au Salut national, il ne pourra résulter que de la capacité à rechercher, et, partant, à recueillir tous les éléments établissant objectivement les faits, uniquement les faits. Alors que les antidreyfusards lui reprochent de ne pas aimer la France pour la traîner ainsi dans les égouts de l’armée, Zola justement a une trop haute idée de son pays pour tolérer une atteinte à son honneur de patrie des droits de l’homme. Les rencontres internationales qu’il a pu faire tandis qu’il était au sommet de sa gloire littéraire ont au demeurant conforté ce sentiment national très fort. Zola a une vision de la France pays des Lumières qui irrigue toute sa pensée ; cette vision alimente depuis longtemps un sentiment inaltérable de fierté face au patrimoine intellectuel français. Adolescent, il a été profondément marqué par les écrits de Michelet qui l’ont transporté et l’ont convaincu du potentiel extraordinaire de la Révolution française. Devenu adulte, il en conserve une fascination pour la conquête des libertés fondamentales et croit en la République pour rendre effectifs des droits qui ont été méconnus jusque-là. C’est pourquoi, dès avant l’Affaire, le caractère politique de son approche des faits sociaux est sensible, alors même que rapidement il ait décidé de se limiter à ce qu’il maîtrisait, à savoir la littérature.

K. L. – Précisément, en quoi la littérature constitue-t-elle un outil d’étude pour l’historien du droit ? La question pourrait être étendue aux juristes privatistes et publicistes. La floraison de publications sur la thématique « droit et littérature » peut rendre perplexes ceux qui attendent des facultés de droit une formation étroitement liée à la pratique, même si évidemment le juriste amateur de lettres s’en réjouit !

S. D. – L’historien du droit semble à première vue particulièrement bien placé pour considérer la littérature comme un terrain intéressant d’investigations. Le fait de se pencher sur le fait juridique à des époques révolues oblige à s’interroger sur le contexte, tout simplement parce qu’il n’est plus présent dans nos esprits, même si nous pouvons en avoir une certaine idée. Dès lors, la littérature est susceptible d’apporter des éléments utiles de compréhension d’une société donnée à un moment précis. Mais la littérature peut évidemment servir, en tant que telle, à identifier des questions dont la résolution apparaît importante à bien des égards, qu’elles relèvent du droit privé ou du droit public. Il suffit de constater, ces dernières années, combien la parution de certains ouvrages directement ou indirectement autobiographiques a généré des débats pour se convaincre du lien intime entre droit et littérature. Droit et littérature sont les deux versants d’une même nécessité humaine, celle de mettre un mot sur les choses pour survivre et pour avancer malgré le tragique de certaines situations. Sur ce point, il faut indiquer que le drame se trouve aussi là où on ne l’attend pas : ainsi ce n’est pas parce que le sujet soulevé ne relève que du droit civil que la personne concernée le vit bien, ou mieux qu’une victime objective. La littérature donne corps potentiellement aux tourments du quotidien et ce faisant rend plus sensibles des réalités échappant légitimement à ceux qui ne traversent pas les mêmes affres. Du point de vue de la pratique, il est à n’en pas douter utile d’avoir une approche aussi humaine que possible des questions juridiques, car elle seule permet de répondre de la façon la plus adéquate aux attentes individuelles, sociales, mais aussi institutionnelles : quel législateur oserait affirmer aujourd’hui

que l'application de la norme est mécanique par essence ? En outre, il n'est pas anodin de constater que le mouvement « droit et littérature » a pris son essor des États-Unis, où pourtant *time is money*. De façon significative l'on y estime que la connaissance des sciences sociales est de nature à enrichir la pratique professionnelle. Voilà qui mérite réflexion dans notre pays où la spéculation intellectuelle a souvent tendance à être dévalorisée sous l'argument de l'inutilité, l'inutilité étant comprise comme ce qui n'est pas immédiatement évaluable.

K.L. – Revenons à la prise de conscience que permettent parfois des ouvrages ayant un fort retentissement dans les médias. On vous suivra aisément pour se laisser convaincre la force des écrits autobiographiques en la matière. Mais quid des fictions ? Qu'est-ce qui fait la force d'un Zola ? Le juriste ne risque-t-il pas de s'égarer en s'engageant dans la voie de ce qui n'existe que dans l'imagination d'un auteur, si talentueux soit-il ?

S.D. – La force de Zola en matière de fictions est hors du commun, car il est parvenu à faire croire à tout le monde qu'il s'agit de la réalité. Bien entendu, il ne s'agit pas ici d'affirmer que Zola serait un artiste du mensonge. Non, Zola est bien un artiste de la réalité – donc de la vérité – mais de sa réalité, c'est-à-dire de celle qu'il perçoit en toute bonne foi. C'est un artiste à tous les sens du terme, car pour avoir beaucoup fréquenté les peintres, notamment les impressionnistes, il peint avec des mots en employant des techniques picturales. Il est amusant de constater que l'un de ses premiers « contes » s'intitule *Les Repoussoirs*, terme familièrement usité pour désigner des faire-valoir, mais terme procédant aussi du vocabulaire des peintres. Et Zola sera un champion des contrastes de personnages comme des situations. Dans le même esprit, Zola n'hésite pas à jouer de la polysémie, ce qui permet d'ailleurs de réitérer la lecture de son œuvre sans craindre l'ennui. Or il n'est pas rare que l'homme rationnel, chez Zola, s'efface devant l'amateur de bons mots et de contrastes, cela allant jusqu'à faire douter de la vraisemblance de certaines situations. Pour autant, même si aujourd'hui il est établi que Zola s'est affranchi plus d'une fois de la logique, le passage obligé concernant son œuvre est généralement de se positionner par rapport à la réalité historique, scientifique, géographique ou juridique. Cela veut bien dire qu'il est parvenu à établir dans la mémoire collective l'idée qu'il se comportait en révélateur de la vérité. Un tel prodige vient du concept de *naturalisme* qu'il forge et qui soutient son succès, même si assez rapidement l'école qui en est issue tourne court. À ce renfort doctrinal il faut ajouter une production littéraire riche de sujets très différents les uns des autres, le conduisant à accumuler de la documentation. Zola n'en fait pas mystère, au contraire, et au fil du temps nombreux sont ceux qui vont jusqu'à lui proposer leur aide pour étoffer cette documentation et donc aider à la création du nouveau roman. Du reste, le terme de roman ne plaît guère à Zola qui lui préfère celui d'« étude », plus propre à faire ressortir le lien étroit avec la réalité. En tout état de cause, les écarts entre la fiction et la réalité, s'ils ont bien sûr leur importance, ne suffisent pas à balayer l'intérêt d'une œuvre littéraire en général et l'intérêt de cette œuvre en particulier. En effet, ce qui est digne d'attention ce sont bien les rouages d'une œuvre, la façon dont la pensée s'y organise et ce à quoi elle permet de réfléchir. C'est pourquoi toute littérature mérite attention, car elle dit, consciemment ou non, beaucoup sur notre représentation du monde et le cas échéant sur notre représentation des relations juridiques et judiciaires. Bref la dimension structurelle importe, plus que la dimension conjoncturelle qui, elle, périclète à la faveur du renouvellement des générations. C'est bien la raison pour laquelle les *Évangiles*, dernier cycle zolien, sont susceptibles d'intéresser le juriste, de même que les contes de fées dans un autre registre.

K.L. – Puisque vous parlez des Évangiles, comment expliquez-vous que cette dernière partie de l'œuvre de Zola ne soit guère connue de nos jours ? La série des Trois Villes qui prend place entre les Rougon-Macquart et les Évangiles semble d'ailleurs assez peu connue également.

S.D. – Un premier élément puissant a empêché les *Évangiles* de demeurer dans notre mémoire collective : l'Affaire Dreyfus, encore elle, et l'engagement de Zola qui déplaît à une part non négligeable du public. Il s'agit de romans très longs, dont le style diffère sensiblement de celui des *Rougon-Macquart* qui a fait le succès de l'auteur. Et puis les *Évangiles* déstabilisent tout le monde, les contemporains de

Zola comme les générations suivantes dans la mesure où ils s'éloignent du réel ; ils se rapprochent plutôt de contes philosophiques, mais Zola n'est pas attendu sur ce terrain-là. Aussi même ceux qui ont été conquis par le panache du dreyfusard le plus célèbre au monde ont-ils du mal à se satisfaire de cette évolution. Cela explique un deuxième élément puissant de méconnaissance des *Évangiles* actuellement : la fameuse édition de La Pléiade, pour Zola, exclut ainsi toute l'œuvre postérieure aux *Rougon-Macquart*. Cela signifie que *Les Trois Villes*, à l'image des *Évangiles*, sont des volumes jugés inférieurs sur le plan littéraire. Des rééditions relativement récentes ne sont dues qu'au travail acharné de passionnés tels que le grand spécialiste de Zola, Henri Mitterand. La difficulté, au demeurant, de se procurer la dernière partie des productions zoliennes m'a conduite à adopter comme texte de référence l'édition des Œuvres complètes illustrées de 1906, disponible sur Gallica. Pour en revenir à cette sorte d'opprobre ayant frappé les *Évangiles* et les *Trois Villes*, il me semble que ces deux cycles d'écriture sont fondamentalement desservis par leur dimension ouvertement politique. Car paradoxalement, plus Zola se détache des impératifs du réel – il faut que les trajets de tel personnage, ou que l'exercice de telle profession soient vraisemblables – plus il se concentre sur la façon d'appréhender la société française. Que peut-on attendre des élections lorsque le pain manque ? Comment regardons-nous l'Autre ? S'agit-il d'un autre soi-même ou d'un autre que soi et donc éventuellement un danger ? Quelle valeur reconnaissons-nous au travail ? Autant de questions potentiellement dérangeantes, surtout sous un régime républicain devant obéir à l'injonction du mieux-être pour le plus grand nombre. Bref, la question posée sous diverses formes, spécialement dans *Paris* et les *Évangiles* est celle du projet politique, singulièrement obscurci par l'affaire Dreyfus. Reste que Zola, conformément à son habitude, montre les plaies ; il n'indique pas la voie à suivre. La recherche d'une quelconque théorie politique dans ses écrits quelle que soit leur nature est vouée à l'échec car cela ne correspond pas à sa démarche. D'abord l'homme ne se voit certes pas comme un théoricien, mais plutôt comme un travailleur du livre, un honnête citoyen qui observe le monde et en dépeint les aspérités ou les dysfonctionnements. Ensuite il a pu se frotter, jeune, aux questions politiques voire au personnel politique, mais il n'en a pas conservé de souvenir positif, si bien qu'il se gardera de toute tentative de systématisation de ces aspects. En sorte que le caractère parfois déconcertant de ses références – pourquoi par exemple se focaliser sur Fourier et négliger d'autres penseurs – provient surtout d'un rejet épidermique de tout carcan théorique. Il faut souligner ici que le naturalisme lui-même, quoiqu'ayant été popularisé par Zola, ne l'empêchera d'aucune fantaisie, ce, dès les *Rougon-Macquart*.

K.L. – La question politique appelle nécessairement celle de l'économie. Vos propos me laissent penser qu'au fond le Zola de *Germinal* et celui des *Évangiles* ne font qu'un, c'est-à-dire celui qui agit en défenseur de la cause populaire et veut redonner de la valeur au travail face au capital. Cependant je ne peux m'empêcher de songer qu'il existe une forme de contradiction entre ce Zola qui est probablement le plus connu après celui de l'Affaire Dreyfus et celui d'Au Bonheur des Dames qui salue l'avènement des grands magasins. S'agit-il, pour reprendre votre mot, d'une fantaisie supplémentaire d'un auteur prolifique, ou bien Zola serait-il, avant l'heure, un adepte du « en même temps », donc en l'occurrence un partisan de l'État social et d'un libéralisme débridé ?

S.D. – Je suis intimement persuadée que malgré l'évolution stylistique importante du romancier, malgré l'écart qui se creuse entre le jeune homme admirateur de Thiers et l'homme mûr ami de Jaurès, les éléments fondateurs de sa personnalité demeurent. Mieux, ils deviennent de plus en plus saillants comme si, la notoriété acquise, il n'avait plus à prêter attention à l'image qu'il pouvait renvoyer et à ses contradictions apparentes. Non que son image soit quelque chose qui lui importe ; simplement le succès ne se démentant pas, Zola a acquis une légitimité à s'exprimer pleinement. Il faut rappeler qu'il n'a pas décroché le baccalauréat et que cela l'empêche de se considérer comme un intellectuel. Dans cette perspective, sa ligne de conduite est avant tout pragmatique : observer, toujours consigner ses observations et comprendre, retenir le détail qui caractérise le génie ou au contraire précipite la chute. Comme lui-même a non seulement vécu le traumatisme de la disparition de son père mais encore subi la déchéance sociale qui l'accompagne, il n'est que plus sensible à ce qui a trait à la place de chacun dans la société et à l'enchaînement des événements dans les destins individuels. Bref, si Zola aime les

contrastes, c'est probablement parce que c'est ce qui lui saute immédiatement aux yeux. Or au premier rang de ces contrastes il y a la pauvreté, celle du travailleur et du laissé-pour-compte d'une société industrielle dont les vitrines annoncent celles de notre société de consommation. Le Parisien que Zola est devenu ne parvient pas à faire disparaître de sa vue les cohortes qui vont tenter de gagner difficilement leur vie et dont une grande partie est assignée au malheur, notamment en période de crise économique. Les masses populaires, à titre principal ou secondaire, sont donc présentes d'un bout à l'autre de son œuvre, *Paris* sonnait à cet égard comme un plaidoyer et faisant prendre conscience de la précarité des situations au-delà du cas spécifique du prolétariat minier de *Germinal*. À côté de cela, peut-être parce que Zola a idéalisé à travers son père la figure du concepteur de grands projets innovants et qu'il veut, dans son propre domaine de compétence, l'imiter, il admire ceux dont les idées et les réalisations font avancer le monde. C'est pourquoi il retient surtout d'Octave Mouret, orchestrateur du grand magasin dans *Au Bonheur des Dames*, le talent de découvrir ce qui plaira aux femmes et, mieux, de leur faire croire qu'il détient le secret de ce qui les rendra désirables. Au demeurant, en matière commerciale comme en matière industrielle – il suffit ici de lire *Travail* –, Zola a la conviction que le progrès, qui passe par l'amélioration continue des techniques, impliquera à long terme le soulagement du salariat. Le paternalisme à l'œuvre dans *Au Bonheur des Dames* ne montre-t-il pas que tout le monde gagnera à l'amélioration des conditions de travail et des salaires ? C'est le capital, parce qu'il recherchera de plus en plus des compétences, qui s'autolimitera pour retenir le salariat, parce que dans le cas contraire il courra à sa perte. En ce sens les institutions auxquelles Zola songe n'appellent pas nécessairement plus d'État, là n'est pas son état d'esprit ; elles appellent en revanche plus de responsabilité morale chez les décideurs économiques.

K. L. – Si Zola a confiance dans la prise de conscience des décideurs économiques, cela veut-il dire qu'il serait optimiste, contrairement aux idées reçues ? Cela vaut-il pour l'homme en général ou pour l'homme d'affaires en particulier, parce qu'il aurait une vision claire de ses intérêts à long terme ?

S. D. – Absolument. Ce n'est pas parce que Zola montre ce qui ne va pas dans la société qu'il suppose cette situation indépassable. Il croit profondément en l'humanité, en ses capacités d'adaptation et donc de rebond. Constaté le comportement contestable voire répréhensible des individus ne signifie pas qu'il n'existe pas une intelligence collective capable du meilleur. La Révolution française l'a montré, toute la difficulté réside en réalité dans la volonté de changer, et de changer plus précisément les mentalités. Il s'agit, à un moment donné, de créer une pression sociale suffisamment forte pour qu'elle soit audible et puisse se concrétiser par des actions significatives. Même *Germinal* dont la noirceur interpelle porte ce titre en raison de la germination printanière à l'issue des drames traversés par la population ouvrière. La germination, pour Zola qui a toujours été attaché à la notion de cycle, a une portée symbolique importante : elle signifie que du mal peut sortir un bien et que le renouveau est inhérent à la vie. Comment ce renouveau va-t-il s'opérer ? Là se situe l'interrogation, alors que la violence sourd, « à faire éclater la terre » : ce sont les derniers mots de *Germinal*. Une écriture optimiste serait-elle celle qui présenterait un tableau gai des rapports sociaux et des relations entre individus ? Une telle écriture, loin de se réduire à ses propriétés lénifiantes, serait stérile. Suffit-il de disserter sur la beauté du monde ou de la bienveillance pour que ces considérations imprègnent la vie quotidienne ? Rien n'est moins sûr. En revanche, exposer le laid et le mauvais secoue le lecteur et provoque le débat, d'autant que cela n'exclut aucunement l'ironie, l'humour, sans oublier l'autodérision. Voilà des aspects souvent laissés de côté et qui cependant sont indissociables du Zola qui joue avec les mots. Dans ces conditions, tout individu, quels que soient son sexe et son âge, dispose d'un potentiel de joies et de peines, d'actions et de soumissions et non pas seulement bien sûr l'homme d'affaires ; toute personne est susceptible de devenir un personnage à part entière chez Zola et, partant, d'évaluer plus ou moins intelligemment ses propres intérêts à court, moyen et long terme. L'attrait littéraire pour le brasseur d'affaires résulte de l'imbrication d'intérêts qu'il peut générer et pour son potentiel d'action, considérations de nature à rendre plus complexe la trame de l'histoire.

K.L. – Mais l'homme d'affaires, pour important qu'il soit, n'est pas toujours un décideur dans l'âme. C'est aussi quelqu'un qui a pu se contenter d'hériter d'une entreprise plus ou moins florissante, qu'il tente à minima de garder à flot. La considération de Zola pour ce type de personnage peut-elle être du même ordre que celle vouée à un Octave Mouret ? Zola a-t-il une approche déterminée de la transmission d'entreprise ?

S.D. – Effectivement, deux catégories de chefs d'entreprise coexistent dans l'imaginaire zolien, ceux qui ont une vision d'avenir, qu'elle soit heureuse ou non, et les autres, ceux qui disposent d'une rente de situation. Sans surprise, seuls les premiers intéressent profondément Zola, car ils tentent à tout le moins de conduire leur entreprise sur la voie du succès en dépit des difficultés. *La Terre* en fournit un bon exemple avec Hourdequin qui souhaite moderniser son exploitation agricole. Quant aux seconds, dans le meilleur des cas ce sont d'honnêtes travailleurs qui sauvegardent l'existant. L'avenir, donc le progrès pour Zola, suppose une vision que tous n'ont pas. Quant à la transmission d'entreprise dans la pensée zolienne, elle ne heurterait pas le législateur d'aujourd'hui : Zola considérant le travail comme une valeur à part entière, il s'agit de le préserver, si bien que le préalable du succès est de stabiliser une équipe compétente. Songez au *Bonheur des Dames* qui n'accède à la suprématie commerciale qu'en ayant apporté une certaine sécurité à son personnel, dont une part non négligeable était remerciée à l'occasion de la morte saison. À cet égard, tout concourt à la réussite de la maison : la conservation d'une réputation de longue date, la fidélité du personnel, et, bien entendu, la création de nouveaux marchés.

K.L. – Je rebondis sur la question de l'héritage, dont les résonances sont d'actualité, même si aujourd'hui, compte tenu de l'allongement de la vie, le plus souvent il ne sert plus concrètement à l'établissement des enfants. Au-delà du cas spécifique de l'entreprise, les successions intéressent manifestement Zola au plus haut point. Il est vrai qu'elles sont autant d'occasions de tensions permettant à l'homme de plume d'exprimer son talent. Toutefois, Zola, dans la mesure où son appétence va à l'action, n'est-il pas déconcerté par les inégalités engendrées par le principe même de la succession ? Adopte-t-il un positionnement clair en la matière ? La fiscalité successorale à son époque est-elle aussi mal vécue que de nos jours ?

S.D. – Vous posez là une question complexe, en même temps qu'essentielle, quant au rapport de Zola à l'héritage. Pour commencer par l'aspect le plus simple de la réponse, je dirais s'agissant de la fiscalité des successions qu'elle n'inspire pas particulièrement Zola, pas plus que la fiscalité tout court. Il ne s'empare *a priori* d'éléments matériels de cet ordre qu'en fonction de leur utilité directe pour l'histoire qu'il entend raconter. Sur ce plan la fiscalité visiblement n'attire pas son attention, à moins que ce ne soit son ami Gabriel Thyébaud, le « grand jurisconsulte des *Rougon-Macquart* » qui ne se comporte pas en courroie de transmission en la matière. S'agissant de l'héritage d'une manière générale, oui, le sujet travaille Zola, probablement à plusieurs égards. Tout d'abord, en observateur averti du monde qui l'entoure, il ne lui échappe pas que l'héritage est un véritable pivot des relations humaines. Dans une société où le mode de vie bourgeois est la référence, disposer de l'aisance matérielle implique le plus souvent d'hériter, avec ce que cela suppose d'espoirs et de déceptions, de bassesses et de supplications. Aussi la succession tend-elle à devenir l'alpha et l'oméga de la conquête du pouvoir sur ses proches et sur la place reconnue dans la société. Bien entendu, l'héritage est aussi susceptible de conférer un pouvoir dans la sphère économique et financière. Zola promène d'autant plus aisément son regard dans cette direction qu'elle lui est largement étrangère. En effet, la disparition prématurée de son père a sonné le glas de l'aisance familiale et Zola, non bachelier donc peu susceptible de décrocher un emploi bien rémunéré, ne peut compter que sur sa force de travail pour vivre et faire vivre sa mère, puis sa femme. Il ne faudrait pas cependant conclure, de façon hâtive, que Zola ne dispose d'aucun héritage : il en est un essentiel à ses yeux, l'héritage intellectuel. Le souvenir de son père, ingénieur hors pair, le pousse à emprunter à toute force le chemin de la réussite. Dans cet esprit l'héritage est indispensable pour Zola et commence par le nom, italien, dont la connaissance par un nombre de plus en plus grand de Français indique la valeur. L'héritage appelle ainsi la transmission, notion acquérant une résonance particulière pour celui qui va devenir père tardivement. Il écrit des

lignes très senties sur le sujet dans *Le docteur Pascal*, ouvrage témoignant des inquiétudes d'un homme vieillissant dont le legs le plus important sera l'accumulation patiente de réflexions d'ordre scientifique. L'héritage idéalement se prépare et doit servir à affronter l'avenir, notion participant de l'essence de la vie. Dès lors Zola semble tiraillé entre le caractère traditionnel, naturel en quelque sorte du principe successoral et sa croyance profonde dans l'intelligence et le libre-arbitre de chacun pour réaliser ses projets et conquérir une place dans la société. Dans son cas, la croyance s'ancre d'autant plus aisément que ses enfants, adultérins, ne jouiront pas *a priori* de droits successoraux de son côté et que leur mère ne dispose guère d'un patrimoine. Aussi Zola évangéliste paraît-il se détacher de la question successorale proprement dite, en en récusant l'utilité, pour s'attacher plutôt à l'héritage, au sens intellectuel et culturel. Est-ce à dire que c'est une certaine idée de l'égalité qui le fait écrire en ce sens ? Il sera probablement plus juste de voir dans les *Évangiles* une société rêvée, ayant dépassé le traumatisme de l'Affaire, qu'une véritable aspiration à la disparition des successions.

K.L. – Vous dites que Zola se préoccupe de l'avenir, notamment à travers le sort de ses proches. Ayant entretenu une relation adultère dont sont issus ses enfants, la question de la protection du conjoint survivant ne se pose-t-elle pas pour lui de façon aiguë ? Est-ce quelque chose qui le taraude ? Comment envisage-t-il la matière ?

S.D. – Vous avez raison de souligner combien la question du conjoint survivant est susceptible, dans la seconde partie de sa vie, de tarauder Zola. D'une part, il demeure marié et conserve de l'affection pour son épouse Alexandrine, qu'il a rencontrée dans sa jeunesse. Ensemble ils n'ont pas procréé, et cependant leur lien restera fort puisque c'est Alexandrine qui, au décès d'Émile, effectuera toutes les démarches pour que les enfants portent le nom de leur père. D'autre part, Jeanne, la mère de ses enfants, occupe une place non moins importante, car Zola entretient avec elle à partir de l'âge de 49 ans une relation quasi-conjugale. Sur le plan juridique, la maîtresse naturellement n'existe guère. Mais cela n'empêche pas Zola de s'inquiéter de son devenir s'il venait à disparaître, d'autant que la différence d'âge entre les deux amants est importante. Surtout, l'homme n'a pas attendu la maturité pour constater combien la situation des femmes se retrouvant seules au foyer pouvait se détériorer. Cela a été le cas de sa propre mère qui a dû batailler, encore jeune, face aux créanciers de son mari. Aussi bien, plus que la situation du conjoint survivant à proprement parler, c'est sans doute plutôt celle de la femme infériorisée dans cette société patriarcale du XIX^e siècle qui lui pose problème. Zola, sa vie durant, a vu autour de lui des femmes courageuses, mettant toutes leurs forces dans la sauvegarde du bien-être au sein de leur foyer, alors que leurs moyens matériels et juridiques étaient dérisoires. Il en conservera toujours une admiration pour les combattantes / travailleuses, même s'il éprouve plus de difficultés à croquer des personnages complexes de femmes que d'hommes. Cela explique que le « féminisme » de Zola ait pu apparaître mièvre par rapport à d'autres lignes de force de son œuvre. Cela explique aussi que les personnages de veuves plus ou moins attachants mais souvent très déterminés jalonnent sa production littéraire, le plus célèbre étant certainement celui d'Adélaïde Fouque, dite tante Dide, celle qui fait le lien entre les deux branches de la famille, les Rougon et les Macquart. Et, en toute logique, des personnages forts de veuves se retrouvent dans *Les Trois Villes* et les *Évangiles*, leurs luttes s'opérant plus sur le terrain social que sur celui de la préservation de leurs droits de conjoint survivant.

K.L. – Avant de clore cet entretien, j'aurais deux curiosités à satisfaire : quelle était, selon vous, la profession judiciaire préférée de Zola ? J'ai vu qu'il n'appréciait pas beaucoup les huissiers, mais s'agissant des autres professions, où irait son cœur ? Enfin, avez-vous un livre préféré entre tous, au sein de cette œuvre si profuse de Zola ?

S.D. – D'évidence, le cœur de Zola balance entre la profession d'avocat et celle de notaire. Jeune, il a un temps projeté de devenir avocat ; à l'avocat la beauté du geste et de la parole, la place dans l'espace public. Le notaire pour sa part tend à figurer la France provinciale, la stabilité du bourgeois tranquille, autres caractéristiques qui plaisent à Zola. Sans vouloir délibérément formuler une réponse mi-chèvre mi-chou, je dirais que sa préférence va à la profession d'avocat dans la première partie de sa vie, et à celle de notaire dans la seconde partie. Car si Zola se comporte en avocat de la cause dreyfusarde, il ne

faut pas douter que son envie profonde alors, s'il n'y avait pas de scandale, serait de se cantonner paisiblement à ses activités habituelles : travailler et s'occuper de ses enfants.

Quant à mon livre préféré dans l'œuvre du maître, il s'agit de *Thérèse Raquin*. C'est l'ouvrage par lequel je suis « entrée en zolisme » dès l'adolescence. Le relire plus tard m'a confortée dans l'impression première qui était forte, comme si j'ouvrais une malle aux trésors. *Thérèse Raquin* est une œuvre de jeunesse et elle en présente les défauts, mais aussi les qualités, celles d'un auteur foncièrement original et qui le reste, même s'il fait partie désormais de nos grands classiques.

Variétés autour du droit

Dans chaque numéro, la RDA donne à tous – étudiants, doctorants, docteurs, universitaires, praticiens, juristes, non-juristes – la possibilité de rédiger une contribution autour du droit, des études en droit, de la vie universitaire, etc.

L'irrésistible ascension des « bars à »

Raphaël Galvao

Doctorant à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Comment ignorer ce phénomène nouveau, d'une ampleur saisissante, d'une ferveur grandissante, consistant dans le pullulement, la prolifération des « bars à »¹ ? « La liste pourrait être longue à dresser, quelques exemples suffiront »² :

Bar à millefeuilles, bar à jeux de sociétés, bar à vinyles, bar à macarons, bar à houmous, bar à chouquettes, bar à chats, bar à fromage, bar à mousse au chocolat, bar à méditation, bar à croque-monsieur, bar à plantes, bar à brioche, bar à pâte à cookie crue (?), bar à sardines, bar à avocado toasts, bar à céréales, bar à maille, bar à chemises, bar à sieste ont été méticuleusement répertoriés par l'auteur de ces lignes.

Ah, certes, l'écumeur nocturne de troquets interlopes s'était déjà, sans doute, étonné de devoir connaître à l'avance le flacon de son

ivresse à venir. Bar à vin, à cocktails, bar à bière ou à cidre lui étaient, certainement, des pignons familiers. Mais nul n'aurait su prévoir tel foisonnement. Le phénomène, autant culturel que sémantique, n'est guère nouveau mais il s'est accéléré de manière exponentielle. Pour preuve, nos Éternels continuent à définir le bar comme un « débit de boissons », ne laissant place, ainsi, qu'au « bar de ». Force est de constater que cette approche objective est, désormais, soit désuète, soit réfractaire.

C'est que les bars à « sont représentatifs d'une époque et d'une société, les nôtres³ ». Leur multitude serait abondance, comme une arborescence des « désirs et aspirations⁴ » des citoyens, comme une « conséquence logique de la démocratie⁵ ». Nos moindres envies s'incarnent. « Il serait, sans doute, désirable que

1. L'auteur doit se fendre d'emblée d'un hommage bibliographique aux inspirations de ces libres propos, dans cette note et les suivantes, à commencer par M. Borgetto, « L'irrésistible ascension des droits à », *Informations sociales* 2000, n° 81, p. 4 et M. Pichard, *Le droit à ... Étude de législation française*, Paris, Economica, 2006.

2. M. Gobert, préface à M. Pichard, *Le droit à ... Étude de législation française*, op. cit.

3. D. Cohen, « Le droit à ... », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, éd. Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 395.

4. M. Borgetto, « L'irrésistible ascension des droits à », préc.

5. *Ibid.*

toutes les matières pussent être réglée »⁶ ainsi, par des bars idoines.

Cependant, le tableau d'une société de « bars à » est, à bien y regarder, plus sombre. C'est celui d'un reflux, reflux d'un projet commun et d'une ambition collective. C'est celui d'un déclin du lien social qui voyait se côtoyer, sans distinction, sur la surface grasse et bosselée du zinc, les tasses des uns, les ballons des autres, les flûtes, les choppes, les carafes, les cacahuètes et les cajous. L'institution en ressort émietlée, atomisée en autant d'injonctions individuelles, si ce n'est de revendications individualistes – c'est d'ores et déjà une antienne. Le bar à « agace »⁷.

Nous irons plus loin encore : le « bar à » menace. Sa subjectivité – plus proche du caprice que du parti-pris – est étiollement. Elle appauvrit l'institution au lieu de l'enrichir. Le « bar à » s'amalgame dans son objet, de sorte que le

déclin de celui-ci ne peut qu'entraîner la chute de celui-là. C'est tout le bar qui est ainsi ébranlé, sa supériorité symbolique amoindrie. Que se passe-t-il lorsque le risque de salmonellose conduit au désintérêt pour la pâte à cookie crue ? Lorsque le riz-au-lait finit par détrôner la mousse au chocolat ? C'est un bar qui ferme. C'est le bar qui souffre. Il faut cesser de faire du bar le moyen de réaliser toute lubie ou toute fougade. Il faut demeurer sobre de nouveauté et se garder de tout prévoir⁸. Il faut réhabiliter ce bar ancestral et nucléaire qui a toujours fait bien ce que d'autres ont cru pouvoir mieux faire, qui constitue une ressource précieuse et multiple autant qu'une source intarissable. Loin d'être figé ! Au contraire, il a toujours survécu aux activités nouvelles des hommes. Qu'on le nomme bar, bistrot, troquet, comptoir, café ou brasserie, il saura résister à l'ascension des « bars à ».

6. Portalis, *Discours préliminaire*, 1801.

7. M. Gobert, préface à M. Pichard, *Le droit à ... Étude de législation française*, *op. cit.*

8. Portalis, *Discours préliminaire*, *op. cit.*

Variétés autour du droit

Remerciements : esquisse d'une épistémologie

Simon Husser

Docteur en droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Les thèses en droit sont longues, parfois très – trop ? – longues. Cela peut contraindre le chercheur consciencieux à parcourir rapidement certains travaux, du moins ceux qui gravitent à la périphérie de son sujet de recherche. Mais avant de se précipiter vers les conclusions de parties, titres, chapitres ou sections, et après avoir lu avec attention la préface de la thèse, si celle-ci en comporte une, l'attention du lecteur sera systématiquement aimantée vers une page au magnétisme certain : celle des remerciements.

Comment expliquer que la lecture de ces derniers semble constituer un passage obligé, alors que leur valeur scientifique paraît *a priori* nulle ?

Un premier élément d'explication tient évidemment à la brièveté de ces mots de gratitude, ceux-ci ne dépassant jamais une page, quand ils ne sont pas inexistants. Cette brièveté contraste avec la prolixité dont font preuve certains docteurs d'autres disciplines, en particulier dans le champ des sciences dites « dures », si bien qu'on serait tenté d'émettre l'hypothèse que la longueur des remerciements est inversement proportionnelle à celle des travaux réalisés¹. Plusieurs facteurs pourraient expliquer la concision du juriste : la volonté du doctorant de réduire la

voilure avant d'imprimer ses travaux, une possible pudeur constitutive de celui-ci, voire toute simplement la loi d'imitation. Il n'en demeure pas moins que cette plongée dans l'intimité du chercheur demeure très partielle, ce qui renforce d'autant plus la curiosité du lecteur, souvent contraint de lire entre les lignes.

En effet, sur le fond, les remerciements s'opposent souvent en tout point au corps de la thèse. Au cœur de ses travaux, le chercheur s'applique à tout expliquer avec rigueur, s'efforçant de faire preuve de pédagogie. À l'heure des remerciements, il s'autorise des sous-entendus, des expressions elliptiques, des traits d'humour compréhensibles uniquement par ceux à qui ils sont destinés, voire du lyrisme ou encore de la poésie. Dans le même ordre d'idées, le directeur de thèse sera cité comme un auteur parmi d'autres à compter de l'introduction ; lorsque le chercheur lui exprime sa gratitude – de façon plus ou moins appuyée –, une faible lueur est projetée sur ses qualités humaines et sur la relation si particulière qui l'unit à son doctorant durant de nombreuses années. De même encore, le « on » ou le « nous » impersonnels parcourent la thèse, manifestant la neutralité axiologique du

1. Que nos collègues de ces fameuses « sciences dures » nous pardonnent d'emprunter ainsi un de leur concept. Quant aux chercheurs de toutes disciplines confondues, qu'ils nous pardonnent de n'étayer ces propos d'aucune référence précise, mais une chose est certaine : tout docteur préfère que l'on évoque l'originalité de ses travaux plutôt que celle de ses remerciements. V. toutefois, M. Luras, *Méthodes de diagnostic et d'évaluation de performance pour la gestion de chaînes logistiques*, École des Mines d'Albi-Carmaux, 2014 : « Personne ! Je ne remercie personne ! C'est mon travail à moi et rien qu'à moi. C'est mon problème, mon analyse et mes résultats. Je l'ai fait tout seul, dans mon coin, avec mes petites cellules grises et mes petites mains. Et globalement, je suis très content de moi... » Bien entendu, l'auteur ponctue chaque affirmation de notes de bas de page au sein desquelles il exprime longuement sa gratitude, illustrant par la même occasion que ces notes constituent un outil très précieux pour nuancer – voire contredire – une idée exprimée dans le corps du texte, mais c'est là un autre sujet...

chercheur, qui s'exprime avec l'autorité inébranlable de l'auteur qu'il aspire à être. À l'inverse, le « je » est exceptionnellement admis dans les remerciements, accompagné de pronoms possessifs singuliers, ce qui révèle l'humain derrière l'auteur, vulnérable et dépendant de ceux qui l'ont entouré pendant de longues années : conjoint, famille, amis, collègues, le plus souvent.

Cela étant, on ne saurait forcer le contraste entre les remerciements et la suite de la thèse. Avoir une meilleure compréhension des convictions de l'auteur, lesquelles se manifestent parfois – plus ou moins explicitement – à la lecture des premiers, ne permet-elle pas d'apprécier certaines parties de la seconde sous un jour nouveau, en particulier dans le domaine des sciences sociales où il y a bien souvent question de débats d'idées ? Plus précisément, le lecteur, ayant cru déceler au sein des remerciements une orientation politique, philosophique, ou même religieuse de l'auteur ne s'attèlera-t-il pas à déceler l'influence d'une telle orientation sur l'argumentaire juridique ? Bien entendu, si de telles convictions se laissent repérer, le lecteur positiviste

n'en tirerait pas les mêmes conséquences que celui davantage porté vers les approches idéalistes du droit². Pour le premier, le juriste n'a pas plus de légitimité qu'un mathématicien lorsqu'il exprime un avis non juridique sur le droit. Cela amènera ce lecteur à dévaluer la thèse lorsque le chercheur se sera manifestement laissé influencer par ses conceptions personnelles, ou à la valoriser s'il perçoit que l'auteur est parvenu à s'en détacher. Pour le second, au contraire, le chercheur en droit devrait irriguer son analyse juridique de ses opinions personnelles, si bien que ledit lecteur appréciera favorablement la prise de position courageuse de celui qui aura refusé de se réfugier derrière la prétendue objectivité du droit positif.

En somme, on comprend que les remerciements participent, au moins pour certains lecteurs, à l'appréhension d'écrits scientifiques, d'où la possibilité d'esquisser leur épistémologie. Faut-il pour autant qu'un chercheur s'attèle à en tracer plus nettement les contours ? Rien n'est moins sûr, mais l'on serait curieux de lire les remerciements précédant un tel travail !

2. Sur la question de la distinction entre positivisme et tendances idéalistes du droit, v. not. le dossier « Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique », *RDA*, n° 21, juin 2021, p. 31 et s.

Variétés autour du droit

Concours d'adages juridiques

La *Revue de Droit d'Assas* organise son grand concours d'adages juridiques !

Pour participer, rien de plus simple : il suffit d'imaginer un nouvel adage du droit et de l'adresser à la *Revue* qui publiera, dans son prochain numéro, les meilleures contributions.

Ratione materiae

Votre adage doit être, à la manière de Loysel, court et percutant, en langue française et, évidemment, original et issu de votre imagination. Il peut évoquer une règle de droit existante.

Ex. En mariage, trompe qui peut. L'accessoire suit le principal.

Il peut encore prendre la forme d'un commandement plus général adressé à l'ordre juridique de manière abstraite, ou à ses acteurs.

Ex. Force n'est pas droit. La plume est servie mais la parole est libre.

Ratione personae

Tout lecteur peut participer au concours en proposant son propre adage du droit. Il suffit d'envoyer sa contribution avant le 12 septembre 2022 à l'adresse suivante :

concoursadagesRDA@gmail.com

À vos plumes !

Dossier

Droit et culture

Dans chaque numéro, la *RDA* rassemble les contributions d'universitaires ou praticiens consacrées à une problématique particulière.

Le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle	p. 41	L'appréhension juridique des notions d'origine et provenance des biens culturels, éléments de comparaison	p. 107
Europeana : une plateforme réalisant le droit d'accès au patrimoine culturel européen	p. 62	Faut-il consacrer le dommage culturel en matière de responsabilité civile ?	p. 126
Le droit pénal à l'épreuve des droits culturels	p. 70	Pour un élargissement de la catégorie des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques	p. 132
Droit culturels, minorités, identités	p. 85		
Droit de la communication et des médias et droit de la culture et à la culture	p. 92		

Dossier

Droit et culture

Le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle

Céline Romainville

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Camille Trioleyre-Escanez

Doctorante et chargée de travaux dirigés à l'Université Grenoble Alpes

« La réaction immédiate est le plus souvent de disqualifier les pratiques observées : "Ceci n'est pas du droit". [...] C'est pourquoi il faut faire appel aux forces imaginantes du droit, non pour augmenter la densité normative, mais pour l'adapter aux dynamiques sociales actuelles en élargissant nos représentations des systèmes juridiques. »

Mireille Delmas-Marty

Introduction

Si, sur le plan des principes, l'accès et la participation à la vie culturelle sont des droits fondamentaux, la réaction des gouvernements à la Covid-19 a jeté une lumière crue sur l'importance réellement conférée à ces enjeux. Presque partout, l'accès et la participation à la vie culturelle ont été considérés comme une variable d'ajustement dans la réponse politique à la pandémie. Les gouvernements ne paraissent même pas toujours avoir conscience que, lorsqu'ils fermaient les lieux de culture, ils portaient atteinte à un droit fondamental. En outre, il ne semble pas qu'une attention particulière ait été accordée aux titulaires du droit de participer à la vie cultu-

relle dans la prise de décision; en particulier, il n'apparaît pas que l'on ait à aucun moment rendu présente la réalité de certains publics pour qui la culture représente un enjeu décisif en termes d'égalité et de non-discrimination.

Cet état des choses tranche avec l'importance accordée à l'accès à la culture et à la participation à la vie culturelle dans certaines analyses récentes du monde social. Ainsi, une petite enquête menée par *Le Monde diplomatique* auprès de personnes issues des classes populaires révélait récemment que, parmi les préoccupations principales de ces personnes, on retrouve, après l'encadrement strict du prix des produits de première nécessité, deux enjeux relatifs à l'accès et à la participation à la vie culturelle : d'une part, le coût de l'école, et notamment des sorties extrascolaires, et, d'autre part, celui des activités de loisir, jugées « hors de prix »¹. Dans son dernier livre *Les épreuves de la vie*, Pierre Rosanvallon souligne également toute l'importance de l'accès et de la participation à la vie culturelle. Il défend la thèse selon laquelle les individus doivent faire face à des épreuves particulières du lien social, dont celle du mépris de distinction. Ce mépris individualiste est alimenté par des méca-

1. P. Souchon, « Si les classes populaires étaient écoutées », *Le Monde diplomatique*, janv. 2022, p. 18. L'auteur relate que les personnes font le lien avec « l'omniprésence des écrans » : « on ne peut pas sortir, c'est trop cher. Donc on prend un écran plat, on abonne les gamins à des jeux et à Netflix... », *ibid.*, p. 18.

nismes de distinction culturelle, dans lesquels se jouent l'accès et de la participation à la diversité de la vie culturelle. Ce mépris constitue une « reproduction inversée et dégradée du sentiment artiste à l'égard de la platitude bourgeoise »². Certes, ce mépris ne repose plus sur un lien mécanique entre classe sociale et consommation culturelle³ mais les mécanismes de distinction subsistent, avec davantage de dissonances individuelles⁴. Ces mécanismes s'expriment désormais sous la forme d'un « mépris de condescendance » et d'un « mépris d'indifférence », qui nourrissent le ressentiment. Or, ce mépris, ce ressentiment, posent d'importants défis à nos systèmes démocratiques⁵.

Dans un tel contexte, il importe d'analyser l'enjeu de l'accès et de la participation à la vie culturelle. Le sujet est vaste ; la présente contribution se limite à poursuivre trois objectifs. Premièrement, il s'agit de décrire, d'expliquer et d'évaluer dans quelle mesure le droit européen et international des droits et libertés intègre la préoccupation de l'accès et de la participation à la vie culturelle. Nous analyserons successivement le droit des Nations-Unies, de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne. Deuxièmement, on cherchera à expliquer et à évaluer l'écart existant entre les développements – principalement onusiens – sur cet enjeu et la portée toute relative conférée au droit d'accéder et de participer à la vie culturelle. L'imprécision de l'objet du droit de participer à la vie culturelle et des prérogatives qu'il implique constitue une première explication de la faiblesse de ce droit sur le terrain du droit. L'explication de la distance séparant le *law in books* et le *law in action* tient également au fait que les politiques publiques restent les principales garanties du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle. Ainsi, le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle n'a qu'une faible autonomie par rapport aux politiques publiques. La définition de l'objet et du contenu de ce droit évolue au rythme des hésitations des politiques culturelles nationales. L'imprécision de ce droit reflète également la difficulté d'identifier un

dénominateur commun aux paradigmes animant des politiques culturelles nationales parfois contradictoires, souvent décrites comme étant en crise, en recherche de précision, voire de sens. Ainsi, l'interprétation du droit de participer à la vie culturelle oscille une approche universaliste, promotrice de l'accès de tous à une culture commune, ou communautarienne, soucieuse de la protection des identités culturelles de communautés culturelles particulières. Les hésitations dans l'interprétation concernent également le rapport aux marchés. Troisièmement, nous analyserons l'accès et la participation à la vie culturelle dans les droits français et belge. Partant du postulat que le droit des temps de crise peut révéler les fragilités du droit des temps ordinaires, nous nous limiterons, dans les limites de la présente contribution, à une analyse de la jurisprudence rendue sur les décisions de fermeture des secteurs culturels. Nous analyserons la question de savoir si le choc provoqué par la pandémie de Covid-19 a permis de préciser les contours du droit de participer à la vie culturelle.

Pour déplier ces différentes hypothèses, nous esquisserons dans une première partie les grands paradigmes des politiques culturelles menées depuis le milieu du xx^e siècle (I). Dans une deuxième partie, nous déplierons l'évolution du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle dans une analyse multi-niveaux, en l'articulant avec l'évolution des politiques culturelles (II). Dans une troisième et dernière partie, nous analyserons certaines décisions des juridictions belges et françaises, rendues dans le contexte de restrictions, voire de suspensions, du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle (III).

I. Les paradigmes de l'accès et de la participation à la vie culturelle, au gré des mutations des politiques culturelles

La « démocratisation de la culture » constitue la première politique culturelle développée dans la seconde moitié du xx^e siècle (A). Cet objectif de promotion de la disponibilité de la Haute culture est contesté à la fin des années 1960, et concur-

2. P. Rosanvallon, *Les épreuves de la vie. Comprendre autrement les Français*, Paris, Seuil, 2021, p. 21.

3. V. pour l'exploration de ce lien mécanique, qui a subsisté jusque dans les années 1960-1970 : P. Bourdieu, *La Distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1979.

4. B. Lahire, *La Culture des individus. Dissonances culturelles et distinction de soi*, Paris, La Découverte, 2004.

5. P. Rosanvallon, *Les épreuves de la vie. Comprendre autrement les Français*, p. 22-56.

rencé par une politique de « démocratie culturelle » (B). Dans les décennies suivantes, d'autres objectifs émergent : la promotion de la diversité culturelle, la protection des identités culturelles

A. La démocratisation de la culture : la disponibilité de la « Haute culture »

Dans sa version classique, cette politique est réputée être « centrée sur la valeur esthétique des œuvres jugées les plus significatives » et poursuivre l'objectif de « promouvoir leur fréquentation par le plus grand nombre »⁶, considérée comme un des éléments d'une formation démocratique des citoyens. Concrètement, la démocratisation de la culture se traduit dans des politiques visant à « soutenir les artistes et multiplier les lieux de diffusion des créations artistiques pour les mettre à disposition de tous »⁷. La démocratisation de la culture repose sur une définition relativement restrictive de la culture. Elle se déploie dans « le domaine de l'art », s'articulant presque exclusivement dans les enceintes « institutionnalisées » de sa diffusion⁸. Elle vise ainsi à garantir le droit de chacun d'accéder à une « Haute culture » rendue disponible.

Nombreux sont ceux qui ont insisté sur l'« ambiguïté originelle »⁹ de cette mission politique et sociale de démocratisation, qui oscillerait constamment entre une politique réduite à la simple « invitation » à la culture (impliquant

essentiellement un combat contre les inégalités géographiques et financières par la décentralisation) et une politique ouverte à l'« initiation » à cette culture au travers de médiations culturelles et d'une éducation à la culture. Ainsi, André Malraux, premier Ministre français de la Culture, entendait surtout rendre la culture « disponible », d'un point de vue géographique, et non pas « accessible »¹⁰. Une telle conception excluait l'idée d'une démocratisation fondée sur la « contamination par contiguïté » de formes artistiques moins sélectives et sur l'apprentissage¹¹. Alors que les entreprises de démocratisation amorcées antérieurement¹² reposaient sur la conviction d'une autonomie relative de la médiation de la culture par rapport au public, la politique de démocratisation proposée par André Malraux formule cette médiation en termes absolus et quasi exclusifs¹³, en mettant en valeur le caractère cognitif de l'expérience artistique¹⁴. La valorisation de l'autonomie de la médiation qu'implique l'expérience artistique permet, sur un plan institutionnel, de justifier l'existence du Ministère de la Culture à côté des Ministères de l'Éducation, de la Jeunesse et des Sports et le refoulement corrélatif à l'extérieur de l'entreprise de démocratisation culturelle et du Ministère de la Culture des modes de médiation par la pratique, par les savoirs et par la mise en perspective à l'Éducation populaire, aux pédagogies actives,

-
6. L. Santerre, « De la démocratisation de la culture à la démocratie culturelle », in G. Bellavance (dir.), *Démocratisation de la culture ou démocratie culturelle ? Deux logiques d'action publique*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2000, p. 48.
 7. H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, Volume I de 1830 à 1970, p. 97-98.
 8. J. Caune, *La démocratisation culturelle : une médiation à bout de souffle*, Grenoble, Presses de l'Université de Grenoble, 2006, p. 97.
 9. O. Donnat, « La démocratisation à l'heure des bilans : le cas de la France », in G. Bellavance (dir.), *Démocratisation de la culture ou démocratie culturelle ? Deux logiques d'action publique*, op. cit., p. 31.
 10. *Ibid.*, p. 32.
 11. P. Urfalino, *L'invention de la politique culturelle*, Paris, Hachette, 2004, p. 117-141.
 12. Nous nous référons ici aux initiatives menées par l'association des Maisons de la culture et des Foyers culturels dans laquelle Malraux était impliqué et qui deviendra par la suite l'étendard de sa politique culturelle, par les associations de l'éducation populaire et par les militants de la décentralisation théâtrale, dont notamment Jeanne Laurent et Jean Vilar.
 13. Vilar, notamment, estimait qu'il n'y avait qu'une autonomie relative de la culture dans son rapport avec le public. Son projet de démocratisation de la culture s'attachait donc non seulement à la diffusion des œuvres elles-mêmes mais également à la globalité de l'expérience théâtrale et de ce qu'elle représentait. Vilar s'opposait sur cette question à Sartre, qui considérait qu'il n'y avait pas réellement de pouvoir autonome de l'art « élitiste » d'entrer en relation avec les publics (v. not. : J. Vilar, *Le Théâtre, service public*, éd. Delcampe, Paris, Gallimard, 1976 ; J.-P. Sartre, « Théâtre populaire et théâtre bourgeois », in J.-P. Sartre, *Un théâtre de situations*, Paris, Gallimard, 1973).
 14. M.-C. Bordeaux et F. Deschamps, *Éducation artistique, l'éternel retour ? Une ambition nationale à l'épreuve des territoires*, Toulouse, éd. de l'Attribut, 2013, p. 33.

à la jeunesse ou aux sports¹⁵. En Communauté française de Belgique, s'il est vrai que le développement des politiques culturelles dans les années soixante s'est accompagné d'une séparation entre culture et éducation – malgré le transfert conjoint des compétences en matière de culture et d'enseignement aux « Communautés culturelles » – et que c'est l'école qui a principalement été chargée de l'éducation artistique¹⁶, la démocratisation de la culture portée par les politiques culturelles n'a pour autant pas été totalement « a-pédagogique ». En témoigne l'émergence « de la fonction d'animateur socio-culturel », pivot de la médiation culturelle, et le rattachement de la Jeunesse, des Sports et de l'Éducation permanente au Ministère de la Culture. Néanmoins, ce rattachement n'a pas empêché un cloisonnement important entre les politiques qui y sont menées.

B. La démocratie culturelle : la participation à la vie culturelle (et à sa définition)

L'entreprise de démocratisation a rapidement montré ses limites¹⁷ et fait l'objet de critiques, notamment de la part des acteurs socio-culturels exclus de l'entreprise. Dès 1966, un certain nombre d'études sociologiques révèlent les postulats et les effets pervers de la politique publique de démocratisation, en particulier sa construction en référence à une définition restrictive de la

culture, et sa focale sur « l'offre » et sur la stimulation de la création artistique professionnelle. En 1966, Pierre Bourdieu et Alain Darbel avancent la thèse selon laquelle le « besoin de culture » est construit socialement. Ils montrent que la théorie de la « révélation » repose sur une idéologie du don, qui permet aux classes dominantes de naturaliser leur état de dominants culturels sans s'interroger sur les privilèges qui leur ont permis de bénéficier d'un certain capital culturel¹⁸. La même année, Pierre Bourdieu écrit « [...] que le déchiffrement d'une œuvre de culture savante suppose la possession du chiffre selon lequel elle est codée [...] la maîtrise du code ne peut être acquise qu'au prix d'un apprentissage méthodique et organisé par une institution [l'école] expressément aménagée à cette fin »¹⁹. L'auteur poursuit en établissant que « seule une institution dont la fonction spécifique est de transmettre au plus grand nombre, par l'apprentissage et l'exercice, les attitudes et les aptitudes qui font l'homme cultivé, pourrait compenser (au moins partiellement) les désavantages de ceux qui ne trouvent pas dans leur milieu familial l'incitation à la pratique culturelle »²⁰. Par conséquent, « [on] ne peut que douter de l'efficacité de toutes les techniques d'action culturelle directe, depuis les Maisons de la Culture jusqu'aux entreprises d'éducation populaire, qui, tant que se perpétuent les inégalités devant

15. Dans son interprétation traditionnelle, la démocratisation de la culture n'est ainsi ni une médiation culturelle s'opérant par une pratique – souvent en amateur – dans un cadre collectif, en tant qu'acteur, se centrant sur l'expérience artistique et permettant, par l'expression, une appropriation de la culture (médiation par les pratiques artistiques), ni une médiation reposant sur « la mise en relation des œuvres avec des cultures » et sur « la formation de l'esprit critique », permettant « la culture d'un art, la distance critique, la réflexivité, la mise en relation avec d'autres expériences culturelles et d'autre champs du savoir ». Elle ne participe ainsi que très partiellement à la démarche globale de l'éducation artistique telles que définies par M.-C. Bordeaux et F. Deschamps, *Éducation artistique, l'éternel retour ? Une ambition nationale à l'épreuve des territoires*, op. cit., p. 32-34.

16. J.-L. Genard, « Les politiques culturelles de la Communauté française de Belgique : Fondement, enjeux et défis », in C. Audet et D. Saint-Pierre (dir.), *Tendances et défis des politiques culturelles. Cas nationaux en perspective*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2010, p. 205.

17. G. Saez, « Mythes et limites de la politique culturelle », *Revue Projet* 2019, vol. 372, n° 5, p. 32-38.

18. P. Bourdieu et A. Darbel, en collaboration avec D. Schnapper, *L'Amour de l'art. Les musées d'art européens et leur public*, éd. de Minuit, 1966.

19. P. Bourdieu, « L'école conservatrice. Les inégalités devant l'école et devant la culture », *Revue française de sociologie*, 1966, n° 7-3, p. 345.

20. L'auteur poursuit en indiquant que « [s]i l'action indirecte de l'école (fabricatrice de cette disposition générale devant tout type de bien culturel qui définit l'attitude cultivée) est déterminante, l'action directe, sous la forme de l'enseignement artistique ou des différents types d'incitations à la pratique (visites organisées etc.) reste faible : en omettant de donner à tous, par une éducation méthodique, ce que certains doivent à leur milieu familial, l'école sanctionne donc des inégalités qu'elle seule pourrait réduire » (p. 343). Dans ce contexte, il lui paraît que « [p]arler de « besoins culturels » sans rappeler que, à la différence des « besoins primaires », ils sont le produit de l'éducation, c'est en effet le meilleur moyen de dissimuler (en se condamnant une fois encore à recourir à l'idéologie du don) que les inégalités devant les œuvres de culture savante ne sont qu'un aspect et un effet des inégalités devant l'école qui crée le besoin culturel en même temps qu'elle donne et définit les moyens de le satisfaire » (p. 343).

l'école, seule capable de créer l'attitude cultivée, ne font que pallier les inégalités culturelles qu'elles ne peuvent réduire réellement et surtout durablement. Il n'est pas de raccourci au chemin qui mène aux œuvres de culture, et les rencontres artificiellement ménagées et directement provoquées ne peuvent avoir de lendemain ». Quant à Alain Touraine, il juge, en 1969, que « la multiplication des spectacles ne transforme pas le spectateur en acteur » et que la réception passive par les spectateurs de ces spectacles doit être considérée comme une « forme appauvrie, mais positive, de contact avec les valeurs culturelles »²¹.

Ces analyses critiques des politiques culturelles de démocratisation sont reconduites, *mutatis mutandis*, par la littérature en sociologie de la culture, notamment par Laurie Hanquinet, Tony Bennett, Bernard Lahire, Mike Savage ou encore Richard Peterson. Même s'ils relativisent le déterminisme de certains travaux de Pierre Bourdieu, ces chercheurs démontrent que l'accès et la participation à la vie culturelle restent influencés de façon déterminante par la possession d'un certain capital culturel, déterminé lui-même par l'origine socio-culturelle des individus²² et par l'éducation. Et ils continuent en outre de souligner la faiblesse de l'« éducation méthodique » de l'attitude cultivée organisée par l'école.

Ces critiques, combinées à celles portant sur la société de consommation²³, ont inauguré un tournant pour les politiques culturelles. Elles ont abouti à remettre fondamentalement en question les postulats théoriques, culturels et idéologiques sur lesquels reposait la version classique de la démocratisation de la culture. Elles ont

mené à la construction d'un nouveau paradigme des politiques culturelles : la démocratie culturelle. Ce nouveau paradigme se nourrit également d'une critique radicale de la consommation culturelle et de la culture « de masse », provenant notamment des philosophes de l'École de Francfort²⁴; cette culture de masse est accusée d'être « passive, purement réceptive, non critique, abrutissante et démobilisante » et ne laissant aucune place à l'action²⁵. À partir de ces critiques de la consommation culturelle de masse et de la démocratisation de la culture, la démocratie culturelle a reconfiguré l'action artistique vers une action socio-culturelle. Elle aboutit à transformer la perception du droit à la culture et à valoriser certains de ses éléments, en particulier le droit de participer dans toutes les vies culturelles, qu'elles soient émergentes ou populaires, au travers principalement de l'animation socio-culturelle.

Les dimensions plus « classiques » de la démocratisation de la culture et leur traduction en termes de droits (liberté de création et accès à la culture) sont largement remises en question. À cette période, en Communauté française de Belgique, on dénonce, par exemple, l'occultation par « l'égalité formelle du droit à la culture » des « infériorités de fait, qu'il s'agisse de la compréhension des valeurs reconnues ou des capacités de recherche, d'élaboration, d'expression et de diffusion d'une culture propre, alternative » et la dissimulation, en dessous du monopole accordé à la « caste » des consommateurs de haute culture et des créateurs, d'un monopole de production²⁶. La « démocratie culturelle » souhaitée trouve, en Communauté française de Belgique, ses sources dans la politique de la jeunesse²⁷

21. A. Touraine, *La société post-industrielle*, Paris, Denoël, 1969, p. 270.

22. T. Bennett, M. Savage, E. Bortolaia Silva, A. Warde, M. Gayo-Cal et D. Wright, *Culture, class, distinction*, Routledge, 2008; B. Lahire, « The individual and the mixing of genres: cultural dissonance and self-distinction », 26 *Poetics*, 2008, p. 166; B. Lahire, *La culture des individus : Dissonances culturelles et Distinction de soi*, La Découverte, 2004; R.A. Peterson, « Problems in Comparative Research : The Example of Omnivorousness », 33 *Poetics*, 2005, p. 257-282; R.A. Peterson, « Understanding audience segmentation: from elite and mass to omnivore and univore », 21 *Poetics*, 1992, p. 243-258.

23. H. Dumont, « Les politiques culturelles et la création en Belgique. Quelques repères historiques et juridiques », in B. Libois et A. Strowel (dir.), *Profil de la création*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997, p. 204.

24. V. not. : W. Benjamin, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, Paris, éd. Allia, 2007.

25. V. de Coorebyter, *Les Centres culturels dans la Communauté française de Belgique*, Bruxelles, éd. du Centre de recherche et d'information socio-politiques, 1988, p. 34.

26. V. de Coorebyter, *Les Centres culturels dans la Communauté française de Belgique*, op. cit., p. 35; à laquelle font parfois écho les travaux de Pierre Bourdieu et notamment dans « L'école conservatrice. Les inégalités devant l'école et devant la culture », préc., spéc. p. 342-343.

27. H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, vol. I, de 1830 à 1970, op. cit., p. 262-267 et p. 327-335.

mise en place dès les années cinquante. Marcel Hicter, chargé dès 1946 de mettre en place le Service national de la Jeunesse, poursuit l'objectif de mettre en place une « stratégie volontariste » poursuivant « une plus forte autonomisation des politiques culturelles par rapport aux politiques artistiques [...] et d'éducation [...] » et reposant sur la nécessité de « contester la notion patrimoniale de la culture pour la remplacer par une conception renvoyant la définition de la culture à la population elle-même »²⁸. Il défend une conception politique du phénomène culturel et de l'action culturelle, qui doit susciter la participation et la critique²⁹. La notion de culture, dans la démocratie culturelle, s'entend désormais de façon large, ouverte à la diversité des formes et des patrimoines, orientée vers la critique et l'expressivité. La culture renvoie à « la pratique responsable à la fois des individus et des groupes dans la cohérence de la société globale par la solidarité des individus et des groupes ». Elle poursuit l'objectif non pas seulement d'affirmer des droits, mais également de créer pour tous les conditions d'exercice et de revendication de ces droits : elle n'est plus tant orientée vers la promotion de l'égalité formelle à travers une politique « de l'offre » que tournée vers « la voie de la participation » active de chacun³⁰.

Ces deux politiques de démocratisation et de démocratie culturelle vont être menées parallèlement. Souvent considérées comme étant contradictoires, elles seront rarement pensées de manière complémentaire. Elles se retrouveront également « dépassées » par de nouveaux objectifs des politiques culturelles.

C. La protection de la diversité culturelle et des identités culturelles

Alors que progresse le mouvement de mondialisation des marchés culturels, l'objectif de garantir la « diversité culturelle » s'impose progressivement dans la grammaire des politiques culturelles,

comme celui de protéger les identités culturelles (à tout le moins au plan international). « *Insofar as it applies to the question of identity (both internal and external), [cultural diversity], it comes back to one of the most fundamental elements of cultural policies: their relationship to national identity* »³¹. Lorsqu'il est mobilisé sur la scène internationale, ce paradigme de la diversité recoupe la grammaire de l'exception culturelle : il s'agit de défendre la légitimité de politiques culturelles visant au maintien du pluralisme. Remarquons néanmoins que la bannière de la diversité culturelle est également brandie pour justifier un vaste ensemble de politiques culturelles qui s'inscrivent dans une logique marchande, de compétitivité, avec l'objectif de développer des industries culturelles.

À partir des années 1980, le processus d'empilement des objectifs des politiques culturelles se poursuit, avec l'essor des objectifs de développement économique et territorial. Il s'agit de stimuler la création nationale et l'économie créative tout en promouvant la diversité culturelle, le multiculturalisme et la coopération internationale³².

Désormais, les politiques culturelles oscillent entre la promotion de « moments partagés d'identité collective »³³, la protection d'identités culturelles multiples, le soutien à une consommation culturelle librement choisie parmi un éventail varié et la poursuite des anciens objectifs de démocratisation et de démocratie culturelle.

II. L'accès et la participation à la vie culturelle en droit européen et international

Après avoir retracé à grands traits l'évolution des politiques culturelles (A), on peut la mettre en relation avec l'évolution dans l'interprétation des droits d'accéder et de participer à la vie culturelle (B).

28. M. Hicter, *Pour une démocratie culturelle*, Rixensart : Direction générale de la Jeunesse et des Loisirs du Ministère de la Communauté française – Fondation Marcel Hicter pour la démocratie culturelle, 1980, p. 338, p. 253.

29. *Ibid.*

30. G. Saez, « Mythes et limites de la politique culturelle », *Revue Projet* 2019, vol. 372, n° 5, p. 35.

31. L. Bonet et E. Négrier, « The end(s) of national cultures ? Cultural policy in the face of diversity », *International Journal of Cultural Policy*, n° 17/5, p. 574-589.

32. V. sur ce dernier « faisceau » d'objectifs, L. Bonet et E. Négrier, « The end(s) of national cultures ? Cultural policy in the face of diversity », *préc.*, *spéc.* p. 578.

33. Extrait du Discours du Ministre Jacques Toubon, « Vers une rénovation de la politique culturelle », *Lettre d'information*, 30 déc. 1993, p. 3.

A. La dilution de l'accès et de la participation à la vie culturelle dans l'interprétation de l'article 15 du PIDESC

L'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) reconnaît le droit de participer à la vie culturelle. Il consacre également l'obligation pour les États de prendre, en vue d'assurer le plein exercice de ce droit, les mesures nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture.

En retraçant l'évolution de l'interprétation du droit de participer à la vie culturelle, on peut constater que, dans un premier temps, le droit de participer à la vie culturelle a été interprété en référence à la démocratisation des « œuvres capitales de l'Humanité ». L'interprétation de ce droit par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a connu, à partir des années 1990, une double ouverture. La première à la diversité des formes, des styles et des contenus culturels, quelle que soit leur origine. Le droit à la culture a conquis le terrain de la participation aux activités culturelles et s'est fait le relais des politiques de démocratie culturelle³⁴. La deuxième ouverture se marque dans certains développements récents où l'objet du droit à la culture consacré à l'article 15 du PIDESC est étendu aux préoccupations liées à l'identité culturelle³⁵. Cette deuxième extension dans l'interprétation de l'article 15 du PIDESC n'est pas consacrée de manière systématique par les

organes de contrôles³⁶. En outre, l'articulation entre la portée de l'article 15 et celle de l'article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), qui consacre le droit des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques d'avoir leur propre vie culturelle, ainsi que de pratiquer leur religion et de parler leur langue, reste indéterminée.

Malgré l'existence de l'article 27 du PIDCP et de la possibilité d'une combinaison des différents droits et libertés en droit international des droits de l'homme, c'est davantage l'objet même du droit reconnu à l'article 15 qui a été redéfini comme impliquant un droit à la protection des identités culturelles au sens le plus large du terme. Cette interprétation n'est pas sans risque. D'abord cette extension de l'objet du droit à la culture à l'identité culturelle implique une dilution de ce droit : celui-ci devient en effet plus un principe d'interprétation de tous les droits humains (voire un droit aux droits de l'homme dans le respect de son identité culturelle) qu'un droit précis et concret. Par ailleurs, les fondements de cette interprétation du droit à la culture restent fragiles et contradictoires³⁷. En effet, cette interprétation repose sur une conception dite « anthropologique » de la culture, qui fait elle-même l'objet de certaines critiques, en particulier en anthropologie culturelle. S'il est nécessaire que l'interprétation du droit à la culture intègre, en tant que *dimension particulière* et en tant qu'enjeux, la protection et la promotion de

34. V., sur ces deux premières extensions, légitimes et nécessaires, de l'objet du droit à la culture, outre les commentaires du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, les « Revised Guidelines » pour la rédaction des rapports et les Observations générales pertinentes, les écrits suivants : Y.-M. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », *Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle*, 9 mai 2008, Genève, E/C. 12/40/13 ; Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », in Y. Donders et V. Volondin (dir.), *Human rights in Education, Science and Culture Legal Developments and Challenge*, Paris, Unesco Publishing Ashgate, 2007, p. 231-272 ; R. Stavenhaegen, « Cultural rights and Universal Human Rights », in A. Eide, C. Krause, et A. Rosas (dir.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Nijhof, 1995, p. 85-109 ; D. McGoldrick, « Culture, cultures and human rights », in M.-A. Baderin et McCorquodale (dir.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 447-473 ; R. O'Keefe, « The right to take part in cultural life », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, n° 4, 1998, p. 905 et s. ; C. Groni, « The right to take part in cultural life », *Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle*, 8 mai 2009, E/C. 12/40/3 ; J. Ringelheim, « Right to participate in cultural life, Integrating Cultural Concerns in the Interpretation of General Individual Rights – Lessons from the International Human Rights Case Law », *Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle*, 9 mai 2009, E/C. 12/40/4.

35. V. not. : P. Meyer-Bisch, « Le droit de participer à la vie culturelle. Contenu et importance pour la réalisation de tous les droits de l'homme », *Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle*, 9 mai 2008, E/C. 12/40/8, p. 5.

36. Y.-M. Donders, *Towards a right to cultural identity*, School of Human Rights Research Series, Intersentia/Hart, Antwerp/Oxford/New York, 2002.

37. V. not. : Y.-M. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, School of Human Rights Research Series, Intersentia/Hart, Antwerp/Oxford/New York, 2002.

la diversité des identités culturelles, cet objectif ne peut être érigé en tant qu'objet d'un seul droit, fragile du point de vue juridique. Il faut du reste veiller à ne pas tomber dans le fétichisme nostalgique véhiculé par une certaine anthropologie, et en étant conscient du caractère mobile, non exclusif et réversible des identités culturelles³⁸. Dans un tel contexte, il serait sans doute plus stratégique de développer une interprétation respectueuse et promotrice de la diversité culturelle de l'ensemble des droits de l'homme tout en admettant la spécificité de l'objet de l'article 15 : la diversité des vies culturelles, c'est-à-dire la diversité des œuvres, des éléments du patrimoine, des pratiques et des initiatives citoyennes qui expriment, de manière critique et créative, ou sous la forme d'un héritage à transmettre, le travail sur le sens des expériences humaines et sociales, opéré par la culture entendue au sens large plus large du terme³⁹. Une telle approche semble poindre dans le dernier rapport de la Rapporteuse spéciale des Nations Unies dans le domaine de la culture – Madame Karima Bennouna. Celui-ci porte plus largement sur la construction de l'identité culturelle et particulièrement sur les identités culturelles mixtes. Elle souligne que ce n'est que lorsque l'accès et la participation à la vie culturelle sont garantis sans discrimination, que les objectifs mentionnés en matière d'identité culturelle peuvent être poursuivis.

Mais cet infléchissement est récent. Le risque induit de la dilution de l'objet du droit consacré à l'article 15 du PIDESC semble se vérifier dans la pratique récente des organes de contrôle internationaux, européen, et leur réception en droit interne, malgré les rappels incantatoires de l'importance de ce droit.

D'une part, l'on ne peut manquer de constater, au plan onusien, que d'importants efforts sont déployés pour souligner l'importance du droit de participer à la vie culturelle et son caractère transversal. Ainsi, l'observation générale n° 25 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de 2020 sur la science et les droits économiques, sociaux et culturels postule que les activités scientifiques font partie de la vie culturelle⁴⁰. Le droit de participer à la vie culturelle recouvre le droit de chacun de participer au progrès scientifique et non pas seulement le droit de bénéficier des retombées matérielles du progrès scientifique. Si les liens entre sciences et arts vivants restent peu développés, une attention soutenue est cependant portée à la protection des connaissances traditionnelles et des peuples autochtones⁴¹ et au principe d'inclusion dans ce cadre. Le travail de la Rapporteuse spéciale des Nations Unies dans le domaine de la culture a poursuivi l'ambition de souligner l'importance du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle pour les grands défis mondiaux actuels, soulignant le caractère transversal des problématiques culturelles. Ainsi, un rapport a été présenté à l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 février 2021⁴² sur le risque d'une « catastrophe culturelle mondiale » si des mesures nécessaires à la protection des droits culturels ne sont pas prises durant cette période de gestion de la crise sanitaire. Le même rapport souligne les potentialités de l'environnement numérique, mais aussi ses risques en termes de fracture sociale. Ce rapport souligne ainsi la nécessité de penser l'accès et la participation à la vie culturelle en lien avec les politiques sociales. La Rapporteuse spéciale a également analysé les liens entre lutte contre le réchauffement climatique et droits culturels, dans son rapport présenté à l'Assem-

38. D. Berliner, *Perdre sa culture*, Zones sensibles, 2018.

39. V. sur cette thèse : C. Romainville, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et international*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

40. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 25 (2020) sur la science et les droits économiques, sociaux et culturels (par 1b), 2, 3 et 4 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 30 avr. 2020, E/C. 12/GC/25, pt. 10.

41. Sont mentionnées la nécessité d'instaurer des régimes de propriété intellectuelle spéciaux afin de s'assurer que la propriété et le contrôle de ces savoirs reviennent aux communautés locales et traditionnelles et aux peuples autochtones, la nécessité pour les États d'assurer l'octroi de moyens éducatifs et technologiques à ceux-ci afin qu'ils puissent participer à un dialogue interculturel mondial pour le progrès scientifique et la nécessité de s'assurer d'un consentement libre, préalable et éclairé quand l'État lui-même ou un autre acteur mènent des recherches, créent une politique ayant une incidence sur les peuples autochtones ou utilisant leurs connaissances.

42. Assemblée générale des Nations Unies, *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, 17 févr. 2021, A/HCR/46/34.

blée générale des Nations Unies le 10 août 2020⁴³. Elle y souligne les enjeux majeurs d'une convergence des politiques climatiques et culturelles : le réchauffement climatique représente une menace pour les droits culturels, alors que ces derniers peuvent constituer un levier, des outils pour lutter contre le réchauffement climatique. Si elle ne cite pas le film *Don't Look Up*, elle mentionne l'utilisation de l'art pour lancer des débats publics sur l'urgence climatique⁴⁴ ou encore l'utilisation des connaissances locales comme options modernes d'atténuation en complément des avancées scientifiques.

D'autre part, force est de constater la rareté des invocations du droit de participer à la vie culturelle dans le droit « dur » : le nombre de décisions dans lesquelles ces droits sont invoqués à l'échelon international reste très faible. En outre, le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle, en lui-même, ne bénéficie que d'une effectivité réduite. Ce n'est que lorsqu'il est « porté » par des normes plus précises et plus effectives qu'il déploie une certaine effectivité. On ne peut donc que constater la relative impuissance du droit de participer à la vie culturelle face à d'autres logiques juridiques, en particulier celle du droit d'auteur. Les préoccupations d'accès et de participation à la vie culturelle ne s'y retrouvent pas traduites (au-delà de quelques exceptions établies au profit du domaine public). Cette faiblesse du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle est particulièrement aiguë dans l'environnement numérique. Les droits culturels, et le droit de participer à la vie culturelle en particulier, n'y reçoivent presque aucun prolongement concret en droit international, sauf à les interpré-

ter comme des libertés de consommation dans le marché mondialisé. Si on peut identifier dans l'univers numérique quelques embryons d'une politique culturelle dématérialisée centrée sur l'accès et la participation à la vie culturelle, au travers d'initiatives ponctuelles comme *Europeana* ou *Universciné*, on ne peut à ce stade pas parler d'une politique structurée et structurante.

B. La protection médiate du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ne reconnaît pas, comme tel, le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle. Les tentatives d'inclusion des droits culturels dans le texte de la CEDH ont toutes échoué⁴⁵. En particulier, les efforts de conceptualisation de droits culturels universels réalisés par le Comité *ad hoc* pour la protection des minorités nationales (CAHMIN) n'ont pas abouti. Le projet de protocole relatif aux droits culturels rédigé par ce Comité n'a donc pas été adopté, en raison de « difficultés juridiques et politiques »⁴⁶.

Dans ce contexte, les droits contenus dans la CEDH offrent une protection médiate pour certains aspects du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle. Le droit à la vie privée et familiale peut inclure certains aspects de la vie culturelle. La liberté de création et la liberté d'accéder à la vie culturelle sont protégées de façon complète par l'article 10. Ainsi, dans l'arrêt *Akdas*, la Cour a reconnu que ce droit à ne subir d'entraves de la part de l'État dans l'accès à l'information s'appliquait en matière culturelle, pour les œuvres du

43. Assemblée générale des Nations Unies, *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, 10 août 2020, A/75/298.

44. V. Projet « culture et changements climatiques : scénarios » lancé à la 21^e session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques tenue à la Paris en 2015.

45. V. not. Assemblée du Conseil de l'Europe, Résolution 838, 1978, *Annuaire de la CEDH*, 1978, vol. 21, p. 61-65; *Déclaration sur les droits de l'homme*, 27 avr. 1978, *ibid.*, vol. 21, p. 83-87. V. également, Sommet de Vienne des chefs d'État et de Gouvernement du Conseil de l'Europe, 8-9 oct. 1993 et Recommandation 1255 relative à la protection des minorités nationales, Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, 1995, §8.

46. Conseil de l'Europe, Groupe de travail européen sur la culture et le développement, *La culture au cœur : contribution au débat sur la culture et le développement en Europe*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 1998, p. 185.

patrimoine littéraire européen⁴⁷. La Cour fait également intervenir des considérations patrimoniales dans l'examen des atteintes portées à certaines libertés, en particulier la liberté de religion⁴⁸. Les politiques culturelles de conservation et de promotion du patrimoine sont reconnues comme des objectifs légitimant des ingérences dans certains droits, dont notamment le droit à la propriété⁴⁹. Par exemple, la Cour européenne a considéré que, malgré l'importance classiquement accordée par la Cour EDH à la protection de l'expression satirique et du discours politique, la condamnation d'un individu pour dégradation d'un monument public, quelles que soient les motivations poursuivies, pourrait être conforme à la Convention⁵⁰.

Dans l'analyse de la proportionnalité de la mesure, la Cour prend en compte la signification sociale du monument en question, les valeurs ou les idées qu'il symbolise et le degré de vénération dont il jouit dans la communauté⁵¹. Ces considérations, entre autres, permettront ici à la Cour EDH de considérer que l'acte commis visait à protester contre le gouvernement, il devait donc bénéficier de la large protection octroyée au débat politique. Elle conclura donc à une violation de l'article 10 de la CEDH. En outre, l'article 10 de la CEDH a également permis à la Cour EDH d'estimer que le déploiement, par un député européen, des drapeaux de minorités nationales sur un bâtiment abritant son bureau relevait du discours politique – et non pas publicitaire – ce qui lui confère une plus large protection⁵². C'est d'ailleurs en matière de protection

du patrimoine que l'on peut identifier les principales avancées au sein du Conseil de l'Europe. Ainsi, en 2020, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe s'est intéressé à la protection du patrimoine culturel. En effet, après avoir mis en exergue tous les dangers menaçant le patrimoine culturel – tels le réchauffement climatique, les conflits armés, la surexploitation touristique ou encore la destruction de l'habitat et le déplacement de communautés – le Comité des ministres a adressé ses recommandations aux États membres. Ces dernières mettent l'accent sur la prévention des risques pour le patrimoine, sur la mobilisation des différents acteurs existants en matière de protection du patrimoine, notamment en permettant à ceux-ci d'avoir des moyens d'actions suffisants, sur la nécessité de promouvoir la coopération internationale en matière de protection du patrimoine mais également de promouvoir la valeur du patrimoine vis-à-vis des propriétaires de patrimoine culturel et du grand public.

Au-delà de la protection du patrimoine, la Cour EDH veille également à garantir le respect de la diversité culturelle et du mode de vie des minorités, à partir principalement de l'interprétation des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention⁵³.

Mais, en ce qui concerne le droit à l'accès et à la participation à la diversité des vies culturelles, la Cour EDH éprouve davantage de difficultés à l'inclure spécifiquement dans le périmètre du champ d'application des articles 10 (liberté d'ex-

47. CEDH, 16 févr. 2010, *Akdas c. Turquie*. V., sur cet arrêt, C. Ruet, « L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence européenne », *RTDH* 2010, n° 83, p. 917-935 ; A. Latil, « La Cour européenne des droits de l'homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale », *RTDH* 2010, n° 83, p. 769-780 ; M. Levinet, « Condamnation d'une entrave à l'accès du public à une œuvre du patrimoine littéraire européen », *JCP G* 2010, p. 261 ; J.-P. Marguenaud et B. Dauchez, « Les onze mille verges fondatrices du patrimoine littéraire européen », *D.* 2010, p. 1051 ; A. Zollinger, « CEDH : nouvel équilibre entre liberté artistique et protection de la morale », *Légipresse*, avr. 2010, n° 271, p. 78.

48. V. notamment les deux décisions rendues dans l'affaire *Lautsi c. Italie*, et la polémique relative aux crèches de Noël.

49. V. not. CEDH, 19 févr. 2009, *Kozacıoğlu c. Turquie*.

50. Il s'agissait en l'espèce d'un individu qui avait placé des accessoires du Père Noël sur le monument d'une figure politique du début du x^e siècle. Dans cet arrêt, la Cour souligne que « *Public monuments are frequently physically unique and form part of a society's cultural heritage. Measures, including proportionate sanctions, designed to dissuade acts which can destroy them or damage their physical appearance may therefore be regarded as "necessary in a democratic society", however legitimate the motives which may have inspired such acts. In a democratic society governed by the rule of law, debates about the fate of a public monument must be resolved through the appropriate legal channels rather than by covert or violent means* » (CEDH, 6 avr. 2021, *Handzhyski c. Bulgarie*, n° 10783/14, §53).

51. *Ibid.*, §55.

52. CEDH, 27 avr. 2021, *Tőkés c. Roumanie*, n° 15976/16 et 50461/17.

53. J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

pression et droit d'accéder à l'information) et 8 (droit à la vie privée et familiale).

Dans certaines affaires concernant des personnes appartenant à des minorités⁵⁴, il est arrivé que la Cour se montre sensible à la question de l'accès à l'information en matière culturelle et à l'accès à certains biens et services culturels. Dans une affaire *Khurshid Mustafa*, concernant une famille d'origine immigrée souhaitant accéder aux chaînes de télévision de leur pays d'origine⁵⁵, la Cour n'a pas hésité à intégrer la question de l'accessibilité des communications culturelles dans la langue d'origine dans le périmètre de l'article 10. En 2012, dans son arrêt *Eğitim Sendikası*, la Cour considère que « l'article 10 englobe la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou idées dans toute langue qui permet de *participer* à l'échange public d'informations et d'idées culturelles, politiques et sociales de toutes sortes »⁵⁶ et qu'à ce titre la dissolution d'une association qui promeut l'échange d'idées dans la langue maternelle ne peut être interdite. Mais l'inclusion de la problématique de l'accessibilité d'une information, d'un bien ou d'un service culturel dans le périmètre de l'article 10 paraît avoir été déterminée, dans ces affaires, par l'appartenance des requérants à une minorité culturelle⁵⁷.

Dans une série d'affaires concernant des détenus, l'accès aux activités culturelles et sportives et à la télévision ont été considérés comme inclus dans le champ d'application de l'article 8 et de l'article 10. Dans l'affaire *Laduna c. Slovaquie*, l'inaccessibilité à Internet fut considérée par la Cour comme une violation de l'article 8 combiné à l'article 14⁵⁸. Dans l'arrêt *Kalda c. Estonie*, la Cour conclut à une violation de l'article 10 en raison de l'impossibilité pour un détenu d'accéder à trois sites internet gérés par l'État et par le Conseil de l'Europe⁵⁹. De même,

dans *Jankovskis c. Lituanie*, la Cour constate une violation de l'article 10 de la Convention en raison de l'impossibilité pour un détenu d'accéder à un site internet du ministère de l'éducation qui fournit notamment des informations, des conseils généraux et personnalisés au sujet des possibilités d'étude et de formation en Lituanie⁶⁰.

Mais d'autres affaires attestent d'un accueil bien plus réservé de la Cour concernant le droit d'accéder ou de participer à la vie culturelle. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'envisager le conflit entre le droit d'auteur et la liberté de diffuser des informations et des contenus culturels et d'y accéder, la Cour EDH n'hésite pas à faire prévaloir le droit d'auteur sur la liberté de recevoir et de communiquer des informations en matière culturelle. Dans l'arrêt *Ashby Donald et autres c. France* du 10 janvier 2013⁶¹, la Cour valide la condamnation de la diffusion de photos de défilé de mode sur internet. Dans une décision d'irrecevabilité *Neij et Sund Kolmisoppi c. Suède*, du 19 février 2013, la Cour a estimé que la protection de la liberté de diffusion de contenus musicaux ne peut atteindre le même niveau de protection « que celle accordée à l'expression politique et de débat ». Elle y déclare compatible avec la CEDH la condamnation des deux requérants, cofondateurs du célèbre site *The Pirate Bay* (sur lequel se partagent des fichiers torrent), par la Suède, pour complicité d'infraction à la loi relative au droit d'auteur. La Cour a considéré que la Suède disposait d'une large marge d'appréciation dans la mise en balance de la liberté d'expression et du droit d'auteur et qu'en l'espèce, cette mise en balance ne posait pas problème.

Dans une décision d'irrecevabilité *Ahunbay et autres c. Turquie* du 21 février 2019, qui concerne l'accessibilité du patrimoine culturel, la Cour refuse de lire dans l'article 10 un droit d'accéder au patrimoine archéologique, qui impliquerait

54. La Cour européenne des droits de l'homme appréhende les minorités principalement en lien avec les notions de minorités linguistiques, religieuses et nationales. V. J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, spéc. p. 390-397.

55. CEDH, 16 déc. 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*.

56. CEDH, 25 sept. 2012, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquie*, §71.

57. Remarquons également que, même dans ces cas de reconnaissance de timides obligations positives d'accessibilité à la culture, la Cour ne se réfère pas, pour construire ces obligations positives, aux interprétations du Comité des droits économiques, sociaux et culturels relatives à l'article 15 du Pacte.

58. V. not. CEDH, 13 déc. 2011, *Laduna c. Slovaquie*, §71.

59. CEDH, 6 juin 2016, *Kalda c. Estonie*.

60. CEDH, 17 avr. 2017, *Jankovskis c. Lituanie*.

61. CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c. France*.

des obligations négatives ou positives. Les requérants se plaignaient de ce que le projet de construction d'un barrage menaçait le site d'Hasankyef, un patrimoine archéologique et culturel datant de plus de 12 000 années. La requête se fondait sur les articles 8 de la Convention et 2 du Protocole 1 de celle-ci : ils estimaient que ce projet portait atteinte à leur vie privée et qu'il constituait également une violation du droit à l'instruction de l'humanité. La Cour observe « que la prise de conscience progressive des valeurs liées à la conservation de l'héritage culturel et l'accès à ce dernier peut passer pour avoir abouti à un certain cadre juridique international et la présente affaire pourrait dès lors être considérée comme relevant d'un sujet en évolution »⁶². « Dans ce contexte, au vu des instruments internationaux et des dénominateurs communs des normes de droit international, fussent-elles non contraignantes [...], la Cour est prête à considérer qu'il existe une communauté de vue européenne et internationale sur la nécessité de protéger le droit d'accès à l'héritage culturel »⁶³. Mais, observe la Cour, « force est de constater que cette protection vise généralement les situations et des réglementations portant sur le droit des minorités de jouir librement de leur propre culture ainsi que sur le droit des peuples autochtones de conserver, contrôler et protéger leur héritage culturel »⁶⁴. Elle estime qu'« en l'état actuel du droit international, les droits liés à l'héritage culturel paraissent intrinsèques aux statuts spécifiques des individus qui bénéficient, en d'autres termes, à l'exercice des droits des minorités et des autochtones. À cet égard, la Cour rappelle d'ailleurs avoir déjà accordé un poids à l'identité ethnique sous l'angle des droits garantis par l'article 8 de la Convention ». Elle finit par observer qu'il n'existe « à ce jour, aucun "consensus européen" ni même une tendance parmi les États membres du Conseil de l'Europe » qui permettrait de déduire de la Convention un droit individuel universel à la protection d'un héritage culturel⁶⁵.

Enfin, dans une décision *Glaisen c. Suisse*, du 25 juin 2019, la Cour européenne des droits de l'homme estime, s'agissant du refus d'un cinéma d'admettre l'accès à une salle à une personne en fauteuil roulant : « [...] qu'il ne découle pas de l'article 8 un droit d'avoir accès à un cinéma particulier pour y voir un film spécifique, aussi longtemps qu'est assuré un accès général aux cinémas se trouvant dans les environs proches. [...] La Cour prend également note des statistiques figurant dans les décisions des instances internes et rappelées par le Gouvernement ci-dessus (paragraphe 26) démontrant que le pourcentage de films uniquement projetés au cinéma en cause dans la présente affaire, à savoir le Pathé Rialto, s'élevait seulement à environ 10 à 12 % en 2009 et 2010. Il s'ensuit que, dans le cas d'espèce, le requérant avait généralement accès aux cinémas de sa région »⁶⁶. Ainsi, la Cour considère que « le refus d'accès au cinéma Pathé Rialto, pour voir le film souhaité (« Vinyan »), n'a pas empêché le requérant de mener sa vie de façon telle que le droit à son développement personnel et son droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur soient mis en cause, dans le sens de la jurisprudence précitée. [...] »⁶⁷ et n'a pas non plus impliqué une violation de l'article 10.

Au terme de ce rapide panorama concernant le droit d'accéder à la culture dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, on peut formuler deux ordres de considérations. D'abord, la protection médiate des composantes du droit de participer à la vie culturelle assurée par la Cour est limitée. En dehors de certains cas liés aux minorités nationales, aux peuples autochtones, et du cas spécifique des détenus, la Cour ne reconnaît que très rarement des obligations positives « universelles » en matière d'accès et de participation à la vie culturelle. On peut poser l'hypothèse que la Cour considère que de telles obligations seraient trop éloignées de l'objet de la CEDH⁶⁸, et que les juges refusent de prendre le risque d'ouvrir ce

62. CEDH, 21 févr. 2019, *Ahunbay et autres c. Turquie*, §22.

63. *Ibid.*, §23.

64. *Ibid.*, §23.

65. *Ibid.*, §25.

66. CEDH, 25 juin 2019, *Glaisen c. Suisse*, §49.

67. *Ibid.*, §50.

68. *Ibid.*, §38 à §40.

qui ressemble à une boîte de Pandore, tant le champ des revendications culturelles peut paraître infini lorsque l'on endosse une définition anthropologique de la culture. Ensuite, la protection (réduite) offerte par la Cour européenne des droits de l'homme au droit d'accéder et de participer à la vie culturelle paraît dépendre de certaines variables, telles que notamment le caractère majeur de l'œuvre en question. Elle paraît justifier, comme dans l'affaire *Akdas*, l'étroitesse de la marge d'appréciation de l'État⁶⁹.

L'exploration de la jurisprudence de la juridiction la plus influente en matière de protection des droits et libertés, conduit à s'interroger sur la question de savoir si la détermination d'un noyau dur à portée universelle mais davantage précis en ce qui concerne l'accès et la participation à la vie culturelle, structuré à partir de la proposition de reconstruction théorique proposée ci-dessous (un resserrement de l'objet du droit de participer à la vie culturelle)⁷⁰, pourrait davantage emporter la conviction de la Cour européenne des droits de l'homme que des normes onusiennes imprécises, dont la portée reste indéfinie, et qu'elle finit par ne même plus citer.

C. La liberté d'accéder et de participer aux biens et services culturels dans le droit de l'Union européenne

Si la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne contient pas une disposition analogue à l'article 15 du PIDESC, elle n'ignore pas pour autant la dimension culturelle. Ainsi, l'article 11 de la Charte consacre la liberté d'expression et d'information, l'article 13 la liberté des arts et de la recherche scientifique, l'article 22 prescrit le respect par l'Union européenne de la diversité culturelle, religieuse et linguistique et l'article 25 consacre explicitement le droit de participer à la vie culturelle, mais uniquement pour les personnes âgées. Quant aux traités, ils reconnaissent une place importante à la diversité

culturelle et au patrimoine culturel commun⁷¹. L'article 167 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), relatif à la compétence culturelle de l'Union, détermine les domaines dans lesquels celle-ci appuie et complète l'action des États membres : l'amélioration de la connaissance et de la diffusion de la culture et de l'histoire des peuples européens, la conservation et la sauvegarde du patrimoine culturel d'importance européenne, les échanges culturels non commerciaux, la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de l'audiovisuel.

Ces dispositions sont assez ouvertes et flexibles pour être interprétées comme autorisant une politique culturelle européenne proactive en matière d'accès à la culture et de participation à la vie culturelle à l'échelle européenne, complémentaire des politiques nationales. Quand on connaît l'activisme des institutions européennes s'agissant de l'interprétation des dispositions en matière de marché intérieur, par exemple, l'on aurait tendance à penser que l'article 167 doit avoir été le fondement d'une politique culturelle européenne forte en matière de mobilité des collections des musées, de création d'un espace public européen, de mobilité des artistes, de traduction, de pluralisme dans les médias, etc. Force est néanmoins de constater que cette disposition a fait l'objet d'une interprétation restrictive. Les évaluations des politiques culturelles européennes soulignent inlassablement la modicité des moyens déployés et le manque de cohérence quant à la perception de la « vie culturelle » comme un bien public⁷².

Dans un tel contexte, le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle dans le droit de l'Union européenne se retrouve surtout consacré sous la forme d'une liberté d'accéder et de participer sans discrimination au marché culturel commun. Cette liberté est principalement consacrée par la Cour de justice, qui a mené une politique jurisprudentielle activiste d'assujettisse-

69. CEDH, 16 févr. 2010, *Akdas c. Turquie*, §30 : « Elle considère que la portée de cette marge d'appréciation, en d'autres termes, la reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe, ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen ».

70. V. sur cette proposition : C. Romainville, *Le droit à la culture, une réalité juridique*, op. cit.

71. C. Romainville, « The right to participate in cultural life under EU law », in *Journal européen des droits de l'homme*, vol. 2, 2015, p. 154.

72. *Ibid.*, p. 156-157.

ment du droit des politiques culturelles à la logique du marché intérieur⁷³.

Mais, au-delà de la protection de cette liberté d'accéder et de participer sans entrave – et sans distinction sur la base de la nationalité – au marché des biens et services culturels, le droit de l'Union européenne reste en peine de définir le contenu plus positif d'un droit d'accéder et de participer à la vie culturelle. D'abord, les obligations pesant sur les États membres du fait de l'application des règles du marché intérieur viennent régulièrement mettre à mal leur politique culturelle, et ce, sans contrepartie efficace d'une politique culturelle européenne satisfaisante⁷⁴. Ensuite, l'intégration culturelle négative n'a nullement été accompagnée d'une intégration culturelle positive. On cherche encore dans ces conditions une définition de la culture comme un « bien public » ou un bien « commun » européen. Ce constat reste d'actualité, malgré les efforts d'éclaircissement des objectifs de l'Union en matière culturelle, notamment avec les programmes successifs *Europe créative* et la protection de certains intérêts généraux en matière culturelle – et particulièrement la diversité culturelle, ce qui nécessite d'adapter la politique de libéralisation⁷⁵.

Lorsque des politiques culturelles positives sont déployées, elles sont marquées de l'ambivalence de la mission de l'Union européenne en matière culturelle. Cette dernière oscille entre protection de la culture des États membres et promotion d'une culture européenne. Cette ambivalence complexifie souvent l'identification de l'objectif à poursuivre au plan européen en matière culturelle : la construction d'une identité culturelle européenne ou la diversité des cultures nationales ou régionales⁷⁶ ? L'Union peut ainsi, d'une part, chercher à promouvoir l'accès à la culture en tant qu'héritage commun aux européennes et, d'autre part, promouvoir l'accès aux biens et services culturels révélateurs de la particularité des États membres⁷⁷.

La définition positive d'un droit d'accéder et de participer à la vie culturelle, qui s'accompagnerait de politiques culturelles européennes fortes, se retrouve entravée par un phénomène de repli qui peut s'observer dans le cadre de l'étude de la protection du droit d'accès à une culture diversifiée. Par exemple, en 2017, la Hongrie a adopté une loi limitant la liberté académique, cette dernière étant considérée comme nécessaire à la réalisation du droit d'accès à la culture en tant que composante du droit à l'éducation. Selon cette loi, l'exercice, en Hongrie, d'une activité de formation diplômante par les établissements d'enseignement supérieur situés en dehors de l'Espace économique européen, est subordonné à l'existence d'une convention internationale liant la Hongrie à l'État tiers dans lequel l'établissement concerné a son siège. Dans le cadre d'un recours en manquement, la Cour de justice a examiné la conformité de cette disposition au droit de l'Union européenne et notamment aux articles 13 et 14 de la Charte des droits fondamentaux consacrant respectivement la liberté des arts et des sciences et le droit à l'éducation. Concernant l'article 13 de la Charte, la Cour de justice s'appuie sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour estimer que la liberté académique « doit garantir la liberté d'expression et d'action, la liberté de communiquer des informations de même que celle de rechercher et de diffuser sans restriction le savoir et la vérité, étant précisé que cette liberté [...] s'étend également à la liberté des universitaires d'exprimer librement leurs points de vue et leurs opinions »⁷⁸. La Cour estime donc que les mesures litigieuses pouvaient priver les universitaires concernés « de l'infrastructure autonome nécessaire à la conduite de leurs recherches scientifiques et à l'exercice de leurs activités pédagogiques »⁷⁹. Concernant l'article 14 de la Charte garantissant la liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, la Cour

73. V. C. Romainville, *European law and cultural policies/ Droit européen et politiques culturelles*, Peter Lang, Oxford, Bern, Berlin, Bruxelles, Frankfurt am Main, New York, Wien, 2015.

74. C. Romainville, « The right to participate in cultural life under EU law », in *Journal européen des droits de l'homme*, p. 159-163.

75. C. Romainville, « Le droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel comparé », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, op. cit., p. 588-589.

76. *Ibid.*, p. 589.

77. *Ibid.*, p. 589.

78. CJUE, 6 oct. 2020, *Commission c. Hongrie*, ECLI:EU:C:2020:792, pt. 225.

79. *Ibid.*, pt. 228.

constate également une ingérence du fait des raisons susmentionnées. Nous l'aurons compris, le repli identitaire de plusieurs États membres auquel l'Union européenne doit faire face comporte un risque pour le droit d'accès à une culture diversifiée.

À ce bilan en demi-teinte, il faut néanmoins ajouter quelques notes plus positives. D'une part, l'Union européenne apparaît comme un rempart qui peut être efficace contre le risque de repli, si elle endosse son rôle de gardienne du droit d'accéder et de participer à la diversité des cultures présentes sur le sol européen. D'autre part, la crise sanitaire paraît avoir provoqué une prise de conscience auprès des institutions de l'Union de l'importance de la culture. Ainsi, la Commission européenne a souligné l'importance de la culture pour le bien-être des individus⁸⁰. La Commission reconnaît que les secteurs et industries de la culture ont largement permis aux individus de faire face aux contraintes du confinement par le biais d'outils virtuels. Le Conseil sur la relance a ainsi attiré l'attention sur les difficultés posées par l'environnement numérique pour le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle ; il mentionne en particulier celles des artistes, créateurs et professionnels de la culture ayant eu recours aux solutions en ligne « à s'assurer des sources de revenus durables, tandis que de très grandes plateformes en ligne ont vu leur trafic et leurs recettes augmenter »⁸¹. Le même rapport exprime d'importantes inquiétudes quant à l'impact de la crise sanitaire sur les secteurs de la culture, mais aussi quant à l'impact sur la diversité culturelle des importantes restrictions ayant affecté la mobilité des professionnels de la culture et la circulation des œuvres⁸². Pour faire face à ces enjeux, l'Union européenne a souhaité affirmer son soutien au secteur culturel en recommandant aux États membres de consacrer

2 % des aides leur étant accordées dans le cadre du plan de relance à la culture⁸³, afin de gérer au mieux la reprise d'activité du secteur culturel, et en augmentant le budget du programme « Europe Créative 2021-2027 ». Ainsi, le budget du programme « Europe Créative 2021-2027 » s'est vu doté d'un budget de 2,4 milliards d'euros contre 1,4 milliard pour la période précédente. De plus, désormais, le soutien accordé au secteur culturel passe aussi par la protection des employés du secteur – sachant qu'ils représentent 7,8 millions d'emplois dans l'Union européenne⁸⁴. Le mécanisme de soutien temporaire mis en place visant à atténuer les risques de chômage en cas d'urgence a permis de soutenir un certain nombre d'acteurs culturels lorsque les aides étaient inaccessibles au niveau national⁸⁵. Néanmoins, si l'on peut observer une augmentation de la part du budget de l'Union consacrée à sa compétence culturelle, celle-ci reste faible. Le premier programme « Culture 2000 » représentait 0,03 % du budget global, là où son successeur, pour la période 2007-2013 représentait 0,052 %⁸⁶. Le passage au programme « Europe Créative » marque une nouvelle augmentation puisque le budget accordé au programme représente 1,4 % du budget global de l'Union européenne ; il convient cependant de rappeler que ce programme regroupe différents sous-programmes dont le programme « Culture », mais également les programmes « Média » et « Média mundus ». De plus, même l'augmentation du budget alloué au programme dans sa version 2021-2027 est à relativiser, puisque si l'on ajoute le plan de relance économique au budget global de l'Union, ce programme ne représente que 1,4 % du budget. En outre, la gestion de la crise met également en avant la primauté de la compétence étatique dans le domaine culturel puisque les États

80. Communication de la Commission Lignes directrices de l'UE pour la reprise en toute sécurité des activités dans les secteurs de la culture et de la création – Covid-19, C/2021/4838, JO, n° C 262 du 5 juill. 2021, p. 1-10.

81. Conclusions du Conseil sur la relance, la résilience et la pérennité des secteurs de la culture et de la création, ST/8768/2021/INIT, JO, n° C 209 du 2 juin 2021, p. 3-9.

82. *Ibid.*

83. B. Busson, « La hausse du budget culturel européen », *Le Journal du Palais*, 10 août 2021, disponible en ligne : <https://journal-du-palais.fr/au-sommaire/europe/la-hausse-du-budget-culturel-europeen>.

84. « Relance économique européenne : quelle place pour le secteur culturel ? », *Tout l'Europe*, disponible en ligne : <https://www.touteurope.eu/societe/relance-economique-europeenne-quelle-place-pour-le-secteur-culturel/>.

85. *Ibid.*

86. J.-C. Barbato, *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 415.

membres recevant l'aide européenne n'ont aucune obligation d'en investir une partie dans la culture, alors que c'est le cas concernant d'autres domaines comme l'écologie ou la transition numérique⁸⁷.

III. Le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle en droit interne

En droit international et européen, la protection du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle est fragmentée. Cette protection est traversée de plusieurs tensions : entre l'attention portée à certaines communautés culturelles et la promotion d'une culture commune ; entre une logique de droits individuels et de droits collectifs ; entre le public et le privé ; entre le local et l'universel.

Les lignes qui suivent explorent la manière dont deux droits nationaux – les droits belges et français – protègent le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle. En raison des limites de la présente contribution, l'analyse se concentre sur la protection de ce droit durant la crise provoquée par la Covid-19, dès lors que ce temps de crise constitue un miroir grossissant de certaines caractéristiques du régime juridique du droit de participer à la vie culturelle.

A. En droit français

Si l'on se fonde sur les différentes étapes de la place des droits culturels dans les politiques publiques françaises développées par Laurent Martin⁸⁸, nous observons que c'est entre le paradigme de l'accès et le paradigme de la participation à la vie culturelle que l'on voit apparaître la notion de « droits culturels » au sein de la législation française avec la loi du 7 août 2015 portant sur la Nouvelle Organisation Territoriale de la République (loi NOTRe) et la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine (loi LCAP). Selon Jean-Pierre Saez,

cette insertion serait nécessaire afin de « ne pas baisser la garde face aux menaces qui pèsent sur la culture, et pour continuer de creuser de nouvelles pistes permettant d'élargir la participation des habitants à la vie artistique et culturelle, que ce soit sous la forme d'un accès plus intense à l'offre culturelle ou à travers la possibilité d'exprimer sa propre voix »⁸⁹.

Ainsi, on peut considérer que le droit d'accès à la culture et le droit de participer à la vie culturelle sont affirmés en tant que piliers essentiels à la conduite d'une politique culturelle nationale, malgré l'ouverture du champ des possibles avec l'apparition de la notion de droits culturels dans la législation. Depuis 2017, l'éducation artistique et culturelle a été mise au centre des préoccupations du ministère de la culture et certaines réalisations, comme le « Pass culture », ont pu voir le jour.

Cependant, en analysant la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, nous ne pouvons manquer de constater un certain nombre d'obstacles à la pleine justiciabilité du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle. En effet, si un certain nombre de contentieux sont identifiés comme ayant un objet culturel, l'argument culturel est rarement mobilisé en tant que ressource argumentative, ce qui se justifie par l'absence de consécration d'un droit fondamental à la culture dans la Constitution française. En effet, le juge constitutionnel français s'est toujours refusé à investir l'article 13 du Préambule de la Constitution de 1946 mentionnant l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à la culture notamment dans la décision QPC dite *Wikimédia*⁹⁰. Cette réticence du Conseil constitutionnel s'était déjà illustrée dans une décision de 2011 concernant les langues régionales. Dans cette dernière, le juge constitutionnel estime que l'article 75-1 de la Constitution n'a pas pour effet d'instituer un droit ou une liberté garanti par la Constitution⁹¹. En 2021, le Conseil consti-

87. B. Busson, « La hausse du budget culturel européen », préc.

88. L. Martin, « Les "droits culturels" : nouveau référentiel de la politique culturelle française ou vieilles lunes repeintes à neuf ? », in *Du partage des chefs-d'œuvres à la garantie des droits culturels : ruptures et continuité dans la politique culturelle française*, Genouilleux, éd. La passe du vent, nov. 2020, Actes du colloque organisé à Paris, Auditorium du Louvre, les 19 et 20 déc. 2019, par le Comité d'histoire du ministère de la Culture, en partenariat avec le musée du Louvre, coll. « Faire cité », p. 47-69.

89. J.-P. Saez, « Les dessous des droits culturels », in *Droits culturels : controverses et horizon d'action*, L'Observatoire 2017/1, n° 49.

90. « QPC et droit de la culture », Titre VII, Hors-série, QPC 2020 : les dix ans de la question citoyenne, oct. 2020, disponible en ligne sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/qpc-et-droit-de-la-culture>; Cons. const., 2 févr. 2018, n° 2017-687 QPC, Association Wikimédia France et autres.

91. Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-130 QPC, Mme Cécile L. et autres.

tutionnel a réaffirmé son opposition à une protection active et efficace des langues régionales. Il a considéré qu'une disposition de la loi relative à la protection patrimoniale des langues régionales et à leur promotion, qui rendait possible un enseignement immersif en langue régionale sans préjudice d'une bonne connaissance de la langue française, était contraire à l'article 2 de la Constitution⁹². De son côté, le contentieux administratif en matière culturelle révèle la même difficulté : il est difficile pour les acteurs de trouver des prises efficaces sur le plan juridique pour faire valoir leurs revendications culturelles⁹³.

Dans le cadre du traitement des contestations des mesures prises afin de lutter contre l'épidémie de la Covid-19, l'importance du droit d'accéder à la culture et à la vie culturelle a été soulignée... sans néanmoins que cette considération n'emporte d'effets décisifs. Le droit d'accéder à la culture a été systématiquement mobilisé par les requérants qui ont porté les recours contre les mesures de lutte contre la propagation du virus (qu'il s'agisse des mesures de fermeture des commerces ou des lieux de diffusion de la culture, de l'instauration de jauges d'accès à ces derniers ou encore de l'instauration du *pass* sanitaire). Néanmoins, si les juridictions ont tenu à souligner l'importance de ce droit, cette invocation n'a pas été décisive. Dans son ordonnance du 23 décembre 2020 relative à la fermeture des lieux culturels, si le Conseil d'État reconnaît que « la fermeture au public des cinémas, théâtres et salles de spectacle porte une atteinte grave aux libertés fondamentales que constituent la liberté d'expression et la libre communication des idées, la liberté de création artistique, la liberté d'accès aux œuvres culturelles [...] »⁹⁴, il estime cependant que celle-ci est justifiée par le « caractère très évolutif » et le « risque d'augmentation de l'épidémie à court terme »⁹⁵. Pour ce qui

concerne l'ordonnance du 13 novembre 2021 relative à la fermeture des librairies, le Conseil d'État⁹⁶ ne va pas balayer les arguments présentés pour défendre le livre⁹⁷, en considérant que « [c]ompte tenu notamment du rôle joué par les librairies dans la communication des idées et des opinions et de l'importance de la littérature pour la population, ces biens, s'ils ne peuvent être regardés comme des biens de première nécessité au même titre que les produits alimentaires ou les produits indispensables au maintien de l'activité économique elle-même, présentent un caractère essentiel qu'il convient de prendre en considération »⁹⁸. Toutefois, il estime que la situation sanitaire justifiait la décision de maintenir ces commerces culturels fermés en mettant en avant la possibilité d'achat de livres à distance⁹⁹. Ainsi, comme le constate Nicolas Vermeulen, si les décisions rendues par le Conseil d'État lors de la crise sanitaire ont permis certain « rappel de l'État à ses devoirs »¹⁰⁰, on peut douter de leur portée puisque « malgré le rappel de "prendre en compte dans ses mesures le caractère essentiel joué par les librairies" lors de son arrêt en date du 13 novembre 2020, les principaux concernés n'ont pas fait l'objet d'un traitement différencié et la réouverture a été permise au même titre que les autres commerces non essentiels »¹⁰¹.

B. En droit belge

En droit constitutionnel belge, le droit de participer à la vie culturelle est consacré à l'article 23 de la Constitution, sous la forme d'un droit à l'épanouissement culturel et social. Au contentieux objectif, cette disposition a déjà été mobilisée comme norme de contrôle à la fois par le Conseil d'État mais également par la Cour constitutionnelle.

92. Cons. const., 21 mai 2021, n° 2021-818 DC, *Loi relative à la protection patrimoniale des langues régionales et à leur promotion*.

Il en va de même concernant l'autorisation des signes diacritiques des langues régionales dans les actes de l'état civil.

93. « QPC et droit de la culture », préc.

94. CE, ord. n° 447698, 23 déc. 2020, pt. 8.

95. *Ibid.*, pt. 14.

96. CE, ord. n° 445883, 13 nov. 2020.

97. M.-C. de Montecler, « Les livres sont essentiels... Mais les librairies restent fermées – Conseil d'État 13 novembre 2020 », *AIDA* 2020, p. 2231.

98. CE, ord. n° 445883, 13 nov. 2020, pt. 10.

99. CE, ord. n° 445883, 13 nov. 2020, pt. 13.

100. B. Vermeulen, « L'office du juge administratif face à l'extraordinaire », *D. Actualité* 2021.

101. *Ibid.*

Dans un premier temps, le droit à l'épanouissement culturel a été utilisé pour préciser la portée de la compétence en matière culturelle des deux grandes Communautés. Rappelons à ce stade que le fédéralisme belge n'a aucune difficulté à admettre l'existence de communautés culturelles infranationales ; il s'est même construit sur la base de la reconnaissance de l'existence de trois Communautés, compétentes en matière culturelle, et reconnues dans leurs identités culturelles. Dans ce contexte, le droit à l'épanouissement culturel a permis de préciser la portée des compétences culturelles. D'une part, la Cour a précisé que cette compétence leur permet de prendre « toute initiative [...] pour concrétiser le droit de chacun à l'épanouissement culturel », d'autre part, elle estime qu'en raison « de la nature même » de la promotion de la culture, cette compétence peut emporter des effets extraterritoriaux¹⁰².

Pour le Conseil d'État, le même droit à l'épanouissement culturel implique une exigence de légalité¹⁰³ dans les politiques affectant l'accès et la participation à la vie culturelle et une règle de détermination de la frontière entre compétences communautaires et fédérales en matière d'aide sociale¹⁰⁴. Le Conseil d'État a également tiré de cette règle une obligation de *standstill* (effet cliquet) en matière de protection du patrimoine culturel¹⁰⁵. Cette obligation renvoie surtout à une exigence de justification renforcée des mesures qui impliquent un recul sérieux dans la protection des droits d'accès et de participation à la vie culturelle.

Récemment, les articles 23 de la Constitution et 15 du PIDESC ont été mobilisés par la Cour constitutionnelle dans une affaire relative à l'interdiction de l'abattage rituel. Se référant à l'Observation générale n° 21, la Cour estime que « [l']épanouissement culturel fait référence à toutes les manières dont des individus, des groupes d'individus et des communautés expri-

ment leur humanité, donnent du sens à leur existence et construisent leur vision du monde. Cela comprend notamment la religion ou les croyances et les rites et cérémonies y afférents »¹⁰⁶. Elle conclut néanmoins que l'obligation de *standstill* (ou effet cliquet) induit de l'article 23 de la Constitution n'est pas violé par la mesure contestée, dès lors qu'il existe des « motifs d'intérêt général » justifiant ladite mesure¹⁰⁷. Cette jurisprudence s'inscrit dans le sillon de la patrimonialisation de la pratique religieuse, tracé par la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne manque pas de délicates questions.

Le droit à l'épanouissement culturel et social droit a également été invoqué dans le contentieux suscité par les mesures adoptées pour faire face à la pandémie de Covid-19. Pour faire face aux différentes vagues de la pandémie, les autorités belges ont fermé les lieux de culture, et ce de manière systématique et prioritaire par rapport à d'autres mesures de fermeture. Cette politique des autorités fédérales, qui n'a pu être autrement interprétée que comme impliquant une vision de la culture comme variable d'ajustement, a culminé le 23 décembre 2021, avec une décision ciblée de fermeture d'une grande partie du secteur culturel (cinémas, salles de spectacles, théâtre), qui ne s'est pas accompagnée d'autres mesures de restriction ou de fermeture dans d'autres secteurs (les restaurants, cafés, centres commerciaux, restaient par exemple ouverts)¹⁰⁸. L'analyse des rapports des experts conseillant le gouvernement sur la situation sanitaire révèle en outre que cette mesure de fermeture ne faisait pas spécialement partie de leurs recommandations.

Dans un tel contexte, la décision du gouvernement fédéral du 23 décembre souleva un flot de critiques et de manifestations d'incompréhension, dans la société civile, dans le secteur culturel mais également sur les bancs de la majorité

102. V. not. C.A., 3 oct. 1996, n° 54/96, B. 7.1. et B. 7.2, ou encore CE, 12 févr. 2008, n° 179.511.

103. V. CE, avis, 11 juill. 2006, n° 40.689/AG ; CE, avis, 23 avr. 2008, n° 44.240/4 ; CE, avis, 8 mai 2020, n° 67.348/2 ; CE, avis, 14 juin 2021, n° 69.388/4.

104. CE, avis, 11 janv. 2006, n° 39.527/VR.

105. V. not. : CE, avis, 9 juill. 2013, n° 53.570/4.

106. CC, 30 sept. 2021, n° 117/2021, B. 26.3.

107. CC, 30 sept. 2021, n° 117/2021, B. 27.1-B. 27.3.

108. Arrêté royal du 23 déc. 2021 modifiant l'arrêté royal du 28 oct. 2021 portant les mesures de police administrative nécessaires en vue de prévenir ou de limiter les conséquences pour la santé publique de la situation d'urgence épidémique déclarée concernant la pandémie de coronavirus Covid-19.

parlementaire¹⁰⁹. Plusieurs recours furent introduits en extrême urgence devant le Conseil d'État, tous fondés, en partie, sur le droit de participer à la vie culturelle, reconnu sous la forme d'un « droit à l'épanouissement culturel et social » à l'article 23 de la Constitution belge, mais principalement envisagé dans sa dimension « liberté de création ». La focale placée sur la liberté d'expression et de création s'explique par le fait que la recevabilité des recours en extrême urgence est conditionnée à l'existence d'un préjudice irréparable induit de la mesure, qui est, le plus souvent et le plus aisément, envisagé dans une perspective économique. Dans un tel contexte, le recours devait être plutôt porté par des travailleurs ou des entrepreneurs des secteurs culturels qui encourent un risque important de préjudice financier (comme par exemple une faillite), sauf à considérer, de manière inédite, qu'un préjudice moral, induit par exemple d'une atteinte irréparable à leur bien-être, pouvait être établi pour le public en raison de l'inaccessibilité de la culture. D'emblée, il faut remarquer que les chances de succès de ces recours étaient considérées comme étant minces : au-delà du caractère très strict de l'appréciation des conditions de recevabilité des recours en extrême urgence, la juridiction administrative n'a accueilli qu'à de très rares reprises les recours portés contre les mesures « Covid ».

Malgré ces fenêtres très étroites de la procédure d'extrême urgence devant le Conseil d'État, ce dernier, le 28 décembre 2021, a suivi le requérant, qui avait monté un spectacle sur fonds propres. Le Conseil d'État a raisonné sur le terrain de la liberté artistique et de la liberté d'entreprendre, sans aborder directement l'enjeu des droits du public, en raison de l'obstacle de la recevabilité mentionné ci-dessus. Rappelant que, « en soi, la fermeture des établissements pouvant accueillir, dans des espaces clos, du public peut se justifier lorsque d'autres mesures moins attentatoires ne peuvent avoir pour effet de

ralentir sensiblement la propagation du coronavirus et de protéger la vie et la santé de la population », le Conseil d'État estime que « dès lors que cette mesure de fermeture n'était pas directement préconisée par les experts [...] et que, selon eux, le secteur culturel pouvait continuer à fonctionner selon les protocoles sanitaires mis en place, avec une jauge de 200 personnes maximum, il revenait à l'autorité administrative de motiver particulièrement pourquoi, d'une part, elle s'écartait de l'avis des experts consultés et pourquoi, d'autre part, elle a assimilé le secteur culturel à d'autres secteurs (festifs, événementiels ou récréatifs) alors que les activités qui se déroulent dans ces différents lieux ne sont pas comparables »¹¹⁰. Constatant que « l'acte attaqué justifie la mesure de fermeture en se fondant sur des motifs qui ne sont pas adéquats par rapport aux lieux de culture et surtout par rapport aux mesures qui encadrent déjà ce secteur et qui sont formalisées dans les protocoles sanitaires [...] », le Conseil d'État en conclut que cet acte « n'explique pas en quoi cette mesure de fermeture pour les lieux clos de la culture était, pour ce secteur, la seule nécessaire à pouvoir atteindre l'objectif poursuivi à savoir protéger efficacement la santé de la population contre la propagation du coronavirus »¹¹¹. Pour le juge administratif, l'absence de justification de l'acte attaqué implique une violation de la loi belge applicable en matière de mesures administratives pour faire face au Covid-19, qui prévoit spécifiquement une exigence de proportionnalité et de justification des mesures adoptées.

Le Conseil d'État, dans cet arrêt de suspension en extrême urgence, investit ainsi le droit à l'épanouissement culturel comme un outil de rationalisation de la décision publique. En opérant de la sorte, il rejoint la jurisprudence belge, qui déduit principalement du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle une obligation de justification des mesures affectant ce droit¹¹².

109. V. Doc., Ch. repr., Compte rendu intégral, Séance plénière, CRIV 55 PLEN155, en particulier les p. 11 et 12 et les interpellations très critiques de F. Reuter (MR), J. Briers (CD&V), R. Caluwé (OpenVld), M.-C. Leroy (Ecolo).

110. CE, 28 déc. 2021, n° 252.564, p. 34.

111. *Ibid.*, p. 34.

112. V. not. D. Dumont, « Le principe de *standstill* comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale. Un plaidoyer illustré (Première partie) », *J.T.*, 2019/30, n° 6784, p. 601-611 ; D. Dumont, « Le principe de *standstill* comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale. Un plaidoyer illustré (Seconde partie) », *J.T.*, 2019/31, n° 6785, p. 621-628.

Conclusion

L'accès et la participation à la vie culturelle sont protégés à l'article 15 du PIDESC, mais ces deux enjeux spécifiques sont dilués dans un large ensemble de problématiques, en raison de l'interprétation « anthropologique » de la notion de « vie culturelle » dans le droit onusien et du manque de précision de cette interprétation. La CEDH ne consacre pas expressément le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle et les différentes tentatives visant à intégrer des droits dans le texte de la Convention ont toutes échoué. La Cour européenne protège néanmoins l'accès et la participation à la vie culturelle de manière médiate, principalement dans l'interprétation de la liberté d'expression, de la liberté d'association, du droit à la propriété et du droit à la vie privée et familiale. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre le droit de participer à la vie culturelle mais en réserve le bénéfice aux personnes âgées. La Cour de justice, dans son interprétation des quatre libertés de circulation, a construit une liberté d'accéder et de participer au marché des biens et services culturels sans discrimination; cette intégration culturelle négative n'a été accompagnée, jusqu'ici, que d'une très timide intégration culturelle positive. En bref, sur le plan international, le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle reçoit une protection fragmentée. Il est soit protégé que de manière médiate, indirecte et parcellaire, soit il souffre d'un déficit de précision et de prolongements concrets, qui le rend impuissant dans les conflits avec les régimes juridiques du droit d'auteur, du droit économique ou du droit du marché intérieur (ces conflits sont d'ailleurs, dans la plupart des cas, passés sous silence ou à peine relevés). L'explication de cette imprécision tient principalement à la difficulté de faire converger des visions multiples, parfois contradictoires, des politiques culturelles mais aussi à la difficulté d'identifier au plan international une définition opérationnelle de l'objet du droit consacré à l'article 15 du PIDESC.

Si l'on passe de la scène du droit international au droit national, on constatera que le droit français consacre, au plan constitutionnel et législatif, un droit d'accéder et de participer à la vie culturelle, mais dont la force normative et la portée précise ne sont pas encore nettement identifiées. La Constitution belge reconnaît,

depuis 1994, le « droit à l'épanouissement culturel et social », interprété en miroir du droit de participer à la vie culturelle reconnu à l'article 15 du PIDESC. Cette disposition assume plusieurs fonctions dans la jurisprudence : elle est la source de l'affirmation d'un principe de légalité en matière d'accès et de participation à la vie culturelle; elle contribue à déterminer la portée des compétences des Communautés en matière culturelle; elle implique une obligation de *standstill* (effet cliquet) en matière culturelle et, à ce titre, emporte une obligation de justification des mesures impliquant un recul dans l'accès et la participation à la vie culturelle.

L'analyse du droit européen, international, et des droits nationaux révèle une grande plasticité et une indétermination du droit de participer à la vie culturelle. Certes, tous les droits et libertés ont un certain degré d'indétermination, mais il paraît très élevé pour ce qui concerne ce droit. Cette imprécision s'explique par les nombreuses tensions constitutives du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle : tension entre reconnaissance d'un droit d'accéder et de participer à une diversité culturelle partagée et droit à la protection des identités culturelles; tension entre une définition restrictive et anthropologique de la culture; tension entre reconnaissance d'un droit d'accéder aux marchés culturels sans entrave et protection du droit d'accéder et de participer à une vie culturelle diversifiée soutenue par des politiques publiques; tension entre accès et liberté d'expression...

Les mesures restrictives impliquées par la crise Covid ont souligné les difficultés posées par cette imprécision du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle. En période de crise en effet, cet enjeu de la précision est souligné par la nécessité d'identifier un « noyau dur » aux droits et libertés, auquel il n'est pas possible de déroger, ou à des conditions bien déterminées. La distinction entre le régime des restrictions des temps ordinaires et celui de la suspension des droits repose en effet sur l'identification du noyau dur des droits et libertés, que l'on se représente comme une « deuxième fortification », protégeant l'essence des droits, qui succède à la première, celle qui protège des restrictions en temps ordinaires. Mais, si en guise de « premier rempart », l'on ne trouve que du sable fuyant ou des courants d'air, comment pourrait-on construire à partir de cette première fortification un deuxième rempart, ou

un troisième ? La difficulté de la tâche se lit entre les lignes de l'Observation générale n° 21, dans laquelle le Comité des droits économiques, sociaux et culturels « a tenté d'identifier » le « contenu minimal » du droit consacré à l'article 15 du PIDESC en des termes si lâches que l'on serait bien en peine d'en tirer des lignes rouges infranchissables¹¹³.

Dans ce régime d'imprécision, une large place est laissée à l'expérimentation et à l'autonomie des différents acteurs. D'une part, les autorités publiques sont invitées à justifier les mesures relatives au droit de participer à la vie culturelle,

en particulier les reculs dans la réalisation de ce droit. D'autre part, ce sont *in fine* les institutions culturelles, les acteurs socioculturels, certains publics, qui définissent concrètement l'objet et la portée du droit d'accéder et de participer à la vie culturelle, moyennant le respect de régime juridique des autres droits en jeu (en particulier les droits d'auteur). Dans un tel contexte, l'enjeu décisif reste de garantir le droit de participer à la prise de décision en matière culturelle, la représentativité et l'inclusivité du plus grand nombre dans les processus décisionnels.

113. *Obs. gén. n° 21*, 21 déc. 2009, E/C. 12/GC/21, §55.

Dossier

Droit et culture

Europeana : une plateforme réalisant le droit d'accès au patrimoine culturel européen

Lily Martinet

Chargée de mission patrimoine culturel immatériel
Maison des cultures du Monde-Centre français du patrimoine
culturel immatériel

Afin de comprendre comment un projet de bibliothèque numérique européenne baptisé « Europeana » est devenu un point d'accès public au patrimoine culturel européen, il est nécessaire, dans un premier temps, de présenter de façon concise le contexte de sa création. Cette plateforme numérique est née en réaction à l'annonce faite, en 2004, par l'entreprise Google de son ambition de numériser l'ensemble des connaissances humaines. Ce projet surnommé « *Google Print* », puis « *Google Books* », prévoyait de numériser plus de 15 millions de livres en 10 ans¹. Google avait conclu à cette fin des partenariats avec des universités renommées, comme l'Université Stanford et l'Université Harvard, et des bibliothèques prestigieuses, notamment la New York Public Library et la Bibliothèque Bodléienne d'Oxford, pour numériser leurs fonds. Google prenait en charge l'ensemble des coûts liés à la numérisation. En échange des fichiers numériques, les bibliothèques et les universités offraient à Google le droit exclusif d'ex-

ploiter commercialement les œuvres numérisées pendant une durée pouvant aller jusqu'à vingt-cinq ans².

L'annonce de ce projet a suscité de nombreuses craintes. La première d'entre elles concernait la sélection des éléments numérisés. Il était redouté que Google privilégie les ouvrages en anglais, ce qui aurait contribué à réduire davantage la diversité linguistique et culturelle sur l'Internet³. La méthode choisie pour classer les résultats de recherche pourrait également mettre en avant arbitrairement certaines œuvres pour faire prévaloir les intérêts économiques de l'entreprise. À travers le processus de numérisation, Google privatisait en outre des œuvres appartenant au domaine public et érigeait un monopole sur les connaissances⁴. Le projet était perçu globalement comme une forme d'impérialisme ; une entreprise privée s'accaparant un patrimoine culturel commun⁵.

En réponse à cette annonce, six chefs d'États et de gouvernements ont écrit aux Présidents de

-
1. A. Moatti, « Bibliothèque numérique européenne : de l'utopie aux réalités », *Annales des Mines – Réalités industrielles* 2012, vol. 4, p. 44.
 2. B. Racine, *Google et le nouveau monde*, Plon, 2010, p. 50-51.
 3. J.-N. Jeanneney, *Quand Google défie l'Europe : plaidoyer pour un sursaut*, Mille et une nuits, 2006, 2^e éd., p. 13.
 4. Résolution du Parlement européen du 5 mai 2010 sur « Europeana – Prochaines étapes » (2009/2158[INI]), *JO C 81E du 15 mars 2011*, p. 16-25, §26.
 5. J.-N. Jeanneney, *Quand Google défie l'Europe : plaidoyer pour un sursaut*, op. cit., p. 11.

la Commission européenne et du Conseil européen pour suggérer la création d'une bibliothèque numérique européenne⁶. Ils proposaient la mise en réseau des actions de numérisation engagées par les bibliothèques européennes pour constituer une *bibliothèque numérique européenne*. Il s'agissait de coordonner les initiatives nationales pour éviter notamment les redondances, c'est-à-dire qu'une même œuvre est numérisée plusieurs fois, de coopérer pour mettre au point des outils de recherche et de lancer des actions dans le domaine des techniques de numérisation. Certains de ces enjeux liés à la numérisation avaient été identifiés avant l'annonce faite par Google⁷, mais cette dernière a donné un nouvel élan à la coopération entre les États membres.

La proposition de créer une bibliothèque numérique européenne a été accueillie favorablement et en 2005 une initiative sur les bibliothèques numériques a été lancée⁸. À partir de l'approbation du projet, une multitude de textes : recommandations, conclusions, communications, se sont succédés jusqu'au lancement officiel en 2008 d'Europeana⁹. Le nombre de connexions était d'ailleurs si important au moment de l'ouverture de la plateforme que le site ne put y faire face et dut être fermé jusqu'en 2009¹⁰. Dix ans après son lancement, Europeana est devenue une plateforme culturelle multilingue agrégeant les collections numériques de plus de 3 700 institutions du patrimoine culturel (bibliothèques, musées, archives, cinémathèques). Elle rassemble plus de 51 millions d'œuvres d'art, d'objets, de livres, de vidéos et de sons en provenance de toute l'Europe¹¹.

Europeana ne numérise pas et n'héberge pas les contenus. Elle forme un point d'accès public à des contenus qui sont numérisés et mis en ligne par des institutions du patrimoine culturel contributrices, comme la Bibliothèque nationale de France (BnF) ou encore le Rijksmuseum. Europeana assure par conséquent l'interopérabilité et l'accessibilité transeuropéennes des ressources numérisées en établissant des standards de bonnes pratiques et des normes communes encourageant une coopération plus étroite entre les institutions du patrimoine culturel¹². Elle initie cependant des projets communs comme l'exposition thématique célébrant le centenaire de la Première Guerre mondiale donnant à voir des ressources très diverses telles que des films, des cartes postales, des lettres, des journaux intimes, des photographies. Concernant sa forme juridique, Europeana est une fondation établie en 2007¹³ hébergée par la bibliothèque nationale des Pays-Bas à La Haye. Son financement repose principalement sur des subventions¹⁴.

Europeana a donc été conçue, dès son origine, par la volonté de ne pas laisser au secteur privé la mainmise sur la numérisation et la diffusion en ligne du patrimoine culturel européen. Ce faisant, elle a contribué à la réalisation à l'échelle européenne d'un droit culturel essentiel : le droit de participer à la vie culturelle (I). Mais, la numérisation d'une œuvre constitue aussi, au regard du droit d'auteur, un acte de reproduction et la mise en ligne de l'exemplaire numérisé un acte de communication au public. Une tension se dessine alors entre deux droits culturels : le droit d'accès d'une communauté à

6. Lettre adressée au Président de la Commission européenne par Silvio Berlusconi, Jacques Chirac, Ferenc Gyurcsany, Aleksander Kwasniewski, José Luis Rodríguez Zapatero et Gerhard Schroeder en ligne, 28 avril 2005, disponible sur : http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=5978.

7. V. not. le plan d'action eEurope 2002 proposant la création d'un mécanisme de coordination des programmes de numérisation.

8. Commission, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – i2010 : bibliothèques numériques, COM (2005) 0465 final, 30 sept. 2005.

9. Pour un panorama historique des initiatives européennes de numérisation du patrimoine culturel voir E. Manikowska, « Digitization : Towards a European Cultural Heritage » in A. Jakubowski, K. Hausler et F. Fiorentini, *Cultural Heritage in the European Union*, Brill, 2019, p. 417-444.

10. B. Racine, *Google et le nouveau monde*, op. cit., p. 105.

11. Commission, Rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation d'Europeana et son développement futur, COM (2018) 612 final, 6 sept. 2018, p. 2.

12. *Ibid.*, p. 1 et p. 5.

13. Commission, Communication au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions – Europeana : prochaines étapes, COM (2009) 0440 final, 28 août 2009.

14. COM (2018) 612 final, p. 6.

un patrimoine culturel collectif et le droit des auteurs de protéger leurs œuvres¹⁵ (II).

I. Réaliser le droit de participer à la vie culturelle

Toute mesure qui a pour effet d'accroître l'accessibilité à la culture ou au patrimoine culturel contribue à la réalisation du droit de participer à la vie culturelle¹⁶. En agrégeant les œuvres numérisées par les institutions du patrimoine culturel, Europeana ouvre une nouvelle voie d'accès au patrimoine culturel (A). Cet accès n'est cependant pas à sens unique, car Europeana invite aussi les citoyens à prendre part à la constitution de ses collections en optant pour une gouvernance participative du patrimoine culturel (B).

A. L'ouverture d'un accès numérique au patrimoine culturel européen

Bien que des textes appartenant au champ du droit de la culture le reconnaissent¹⁷, le droit d'avoir accès au patrimoine culturel n'est cité expressément par aucun instrument appartenant au champ des droits de l'homme¹⁸. Ce droit procède du droit de participer à la vie culturelle dans lequel il trouve son fondement. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels considère en effet que l'obligation de respecter ce droit se traduit entre autres par l'accès des individus et des communautés à leur « propre patrimoine culturel et linguistique ainsi qu'aux patrimoines culturels et linguistiques d'autres cultures »¹⁹. Dans un rapport établi en 2011, l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels a qualifié le droit d'avoir accès au patrimoine culturel de droit fondamental²⁰. Ce

droit suppose notamment l'accès des individus aux institutions du patrimoine culturel (musées, bibliothèques, archives, etc.) et à leurs collections. L'objectif étant d'assurer l'accès le plus large possible au patrimoine culturel²¹. Cet accès peut être assuré entre autres par le « recours aux technologies modernes de l'information »²². La mise à disposition d'œuvres numérisées constitue un moyen efficace pour démocratiser la culture. Ce procédé investit les œuvres d'une forme d'ubiquité. Leur double numérique mis en ligne est consultable à tout moment et de n'importe quel lieu, peu importe la rareté ou la fragilité de l'œuvre originale. Ces qualités ont été particulièrement précieuses pendant l'épidémie de Covid-19 qui a provoqué la fermeture de nombreuses institutions du patrimoine culturel. L'accès au patrimoine des publics handicapés ou isolés est aussi promu grâce à la numérisation.

L'initiative i2010 sur les bibliothèques numériques adoptée en 2005 agrandissait la focale du projet de bibliothèque numérique européenne suggéré par les six chefs d'États et de gouvernements en visant au-delà des livres l'ensemble du patrimoine culturel. Cette ouverture singularise Europeana des autres projets existants, car elle englobe non seulement les bibliothèques, mais aussi les musées et les archives. Elle agrège et simplifie ainsi l'accès à des textes, des enregistrements sonores, des images, des objets et des vidéos. Une attention particulière est notamment donnée au multilinguisme pour que la plateforme soit plus inclusive et accessible²³. La philosophie qui sous-tend Europeana est de plus guidée par l'idée d'un accès public et gratuit au patrimoine culturel européen. En finançant cette plateforme numérique, l'Union européenne

15. L'article 27.7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) et l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966) consacrent le droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique.

16. E. Stamatopoulou, *Cultural rights in international law : article 27 of the Universal declaration of human rights and beyond*, Nijhoff, 2007, p. 123 et Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 21 : Droit de chacun de participer à la vie culturelle* (art. 15, §1(a) du PIDESC), 21 déc. 2009, E/C. 12/GC/21, p. 14, §50. 19 p.

17. V. not. la Convention de Faro sur la valeur du patrimoine culturel pour la société (2005).

18. V. cependant les dispositions de l'article 12 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007) relatives à l'accès des peuples autochtones à leurs sites religieux et culturels, aux objets de cultes et aux restes humains.

19. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°21 : Droit de chacun de participer à la vie culturelle* (art. 15, §1(a) du PIDESC), op. cit., §49d).

20. Conseil des droits de l'Homme, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels*, Mme Farida Shaheed, 17^e session, 21 mars 2011, A/HRC/17/38, §3.

21. *Ibid.*, §54.

22. *Ibid.*, Recommandation (j).

23. COM (2018) 612 final, p. 8.

concourent ainsi, d'une façon novatrice, à la réalisation à l'échelle régionale du droit de participer à la vie culturelle.

B. L'adoption d'une conception participative de la gouvernance du patrimoine culturel

Le droit d'avoir accès au patrimoine ne se limite pas à un comportement passif de réception par le public. Il implique effectivement le droit de découvrir le patrimoine culturel, mais aussi celui d'en faire usage, de le mettre en commun, de le développer et de prendre part à son recensement et à son interprétation²⁴. Ces prérogatives attribuent aux individus et aux communautés un rôle d'acteur dans les processus de patrimonialisation, processus qui étaient jusqu'alors dominés par les personnes publiques et les institutions du patrimoine culturel. Cette dimension du droit d'avoir accès au patrimoine s'est traduite dans le champ du droit de la culture par l'affirmation progressive d'un principe nouveau : celui de participation. Ce principe a été érigé notamment comme clé de voûte de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003)²⁵. Dans cet instrument, les communautés, les groupes et les individus déterminent les pratiques, les représentations, les expressions, les connaissances et les savoir-faire qui forment leur patrimoine culturel immatériel²⁶. Au niveau régional, la Convention de Faro sur la valeur du patrimoine culturel pour la société (2005) comporte également plusieurs dispositions relatives à la « participation du public » et à « la participation démocratique »²⁷. La mise en œuvre du principe de participation se traduit en pratique par l'intégration des individus et des communautés aux actions d'identification, d'interprétation, de présentation et de sauvegarde du patrimoine culturel. Dans cette démarche, les processus de

patrimonialisation empruntent une approche ascendante renversant l'expertise patrimoniale.

Europeana étant assise sur une base d'institutions du patrimoine culturel, il était possible de craindre que les citoyens soient appréhendés uniquement comme des destinataires, cantonnés à découvrir le patrimoine culturel qui leur était proposé. Mais Europeana a ouvert deux canaux par lesquels le public peut être associé à la construction d'un patrimoine culturel européen. Le premier canal consiste en des journées de collecte organisées par des musées, des archives et des bibliothèques avec l'aide d'Europeana pour enrichir des collections thématiques, comme celle sur la migration ou la Première Guerre mondiale²⁸. À l'occasion de ces événements, les institutions du patrimoine culturel recueillent les témoignages des participants lors d'entretiens. Elles peuvent également numériser des objets personnels qu'ils ont apportés comme des photographies, des documents, ou encore des souvenirs de famille... L'avantage de ce mode de contribution est d'inclure des personnes qui n'ont pas l'opportunité ou l'aptitude d'utiliser des ordinateurs. Certaines institutions du patrimoine culturel organisent, en parallèle de la collecte des expositions, des tables rondes ou des conférences. Le second canal propose aux publics de contribuer des contenus en ligne. L'utilisateur d'Europeana peut, en remplissant un formulaire, raconter son histoire et partager un objet qu'il a numérisé²⁹. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'aucun contrôle n'est exercé sur cette catégorie de contenus. Afin d'assurer la pertinence des informations recueillies et d'éviter tout contenu offensant, Europeana fournit aux institutions du patrimoine culturel des directives pour mener les entretiens et elle vérifie toutes les contributions soumises directement en ligne³⁰.

24. Conseil des droits de l'Homme, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels*, Mme Farida Shaheed, *op. cit.*, §78 et 79.

25. Art. 15 de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

26. *Ibid.*, art. 2.1.

27. Titre III de la Convention Faro sur la valeur du patrimoine culturel pour la société (2005).

28. Europeana, *Europeana Collection Days ABC step-by-step guide to running a collection day event* [en ligne], disponible sur : https://pro.europeana.eu/files/Images/Event_images/Migration/ABC/Europeana%20Collection%20Days%20ABC.pdf et Direction générale de l'éducation, de la jeunesse, du sport et de la culture (Commission européenne), *Participatory governance of cultural heritage : report of the OMC (Open Method of Coordination) working group of Member States' experts*, Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2018, p. 103.

29. Europeana, *Share your migration story* [en ligne], disponible sur : <https://contribute.europeana.eu/migration/new>.

30. A. Murphy, Europeana Collections Manager, *Information on user-generated content* [courrier électronique], 10 janv. 2019.

Cette faculté pour le public de concourir à la constitution de collections avance davantage la réalisation du droit de participer à la vie culturelle. Elle inscrit en outre Europeana dans un mouvement de fond tendant vers une gouvernance participative du patrimoine culturel immatériel. Quant à la faculté des publics de faire usage du patrimoine culturel, celle-ci requiert de naviguer avec dextérité dans les limites posées par le droit d'auteur.

II. Réconcilier le droit d'avoir accès au patrimoine culturel avec le droit d'auteur

Les solutions trouvées pour résoudre la tension qui se dessine entre le droit d'accéder à un patrimoine culturel collectif et le droit des auteurs de protéger leurs œuvres se sont déployées à deux niveaux. À l'échelle de l'Union européenne, des mécanismes ont été mis en place pour atteindre un équilibre entre les intérêts divergents des auteurs et des citoyens (A). Au niveau d'Europeana, il s'agissait de trouver des outils juridiques pour encourager le partage et l'utilisation des contenus culturels (B).

A. Tempérer le droit d'auteur pour accorder des intérêts divergents

La numérisation d'une œuvre est comprise en droit d'auteur comme un acte de reproduction et sa mise en ligne comme un acte de communication au public³¹. Les institutions du patrimoine culturel doivent par conséquent déterminer le statut de chaque œuvre. Une première distinction peut être faite entre les œuvres tombées dans le domaine public et celles étant encore protégées par le droit d'auteur. Les premières ne posent pas de difficultés, elles peuvent être librement numérisées. À l'inverse, les œuvres faisant

encore l'objet d'un droit d'auteur, ne peuvent en principe être numérisées qu'avec le consentement préalable de l'auteur ou de ses ayants droit. Or la numérisation peut jouer un rôle important non seulement dans la diffusion, mais aussi dans la préservation du patrimoine culturel. De nombreuses archives audiovisuelles sont par exemple fixées sur des supports analogiques fragiles ou obsolètes. Des études réalisées au début du ^{xxi}e siècle estimaient ainsi que les archives audiovisuelles d'Europe perdaient environ chaque année « 10 000 heures d'enregistrement de la plus ancienne partie de leurs collections »³². Il est donc crucial pour conserver le patrimoine culturel européen que le droit d'auteur tolère qu'une reproduction soit réalisée à des fins de conservation, d'autant plus que les éléments numérisés pourront à l'expiration de la durée de protection du droit d'auteur être librement partagés sur Europeana.

La Directive européenne sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2001) a donné aux États membres la faculté d'aménager une exception au droit de reproduction lorsque les actes de reproduction sont effectués par « des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect »³³. Une autre exception permet aux mêmes acteurs de mettre à disposition du public sur place les œuvres numérisées³⁴. Cependant, il est nécessaire de souligner que ces exceptions sont facultatives et qu'en outre lorsqu'elles sont appliquées, elles le sont d'une façon très inégale entre les États membres³⁵. Ces faiblesses ont été corrigées par l'adoption de la Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique³⁶. Ce texte comporte une exception obligatoire au droit de reproduction

31. L'entreprise Google a aussi été confrontée dans la mise en œuvre du projet *Google Books* à l'obstacle présenté par le droit d'auteur, v. not. à ce sujet : R. Matulinoite, « 10 years for Google Books and Europeana : copyright lessons that the EU could learn from the USA », *International Journal of Law and Information Technology* 2016, vol. 24, p. 44-71.

32. L'initiative i2010 sur les bibliothèques numériques cite ces données issues d'un projet nommé « IST Presto ».

33. Art. 5(2)(c) de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JO L 167* du 22 juin 2001, p. 0010-0019.

34. *Ibid.*, art. 5(3)(n).

35. N. Klass et H. Rupp, « Europeana, ARROW and orphan works : bringing Europe's cultural heritage online », in I. Stamatoudi (dir.), *EU Copyright : a commentary*, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 967, §16.67.

36. Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil, du 17 avril 2019, sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, publiée au *JO n° L130* du 17 mai 2019, p. 92-125.

pour les institutions du patrimoine culturel³⁷. Ces dernières peuvent réaliser des copies de toute œuvre ou tout autre objet protégé qui se trouve en permanence dans leurs collections pour sa conservation.

Parmi les œuvres protégées par le droit d'auteur, deux catégories posent des problèmes particuliers : les œuvres orphelines et les œuvres indisponibles. Les premières sont des œuvres protégées dont les titulaires de droits n'ont pu être identifiés ou trouvés³⁸. La présence d'œuvres orphelines dans les collections des institutions du patrimoine culturel freinait considérablement les programmes de numérisation et par conséquent le développement d'Europeana. En 2012, la directive sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines³⁹ a introduit une exception obligatoire autorisant, sous certaines conditions, les bibliothèques, les établissements d'enseignement, les musées accessibles au public, les archives, les institutions dépositaires du patrimoine cinématographique ou sonore et les organismes de radiodiffusion de service public à numériser les œuvres orphelines et à les mettre à disposition du public⁴⁰.

La seconde catégorie d'œuvres posant problème est formée par les œuvres indisponibles. Il s'agit d'œuvres protégées ne faisant plus l'objet d'une exploitation commerciale. En conséquence, elles ne sont accessibles au public que par le biais des institutions du patrimoine culturel. L'Union européenne est donc intervenue dans ce contexte pour faciliter la conclusion de contrats de licences pour la numérisation et la diffusion de ces œuvres. Elle a accompagné tout d'abord, en 2011, la signature d'un protocole

d'accord sur les principes clés de la numérisation et de la mise à disposition des livres épuisés. Elle a ensuite, dans la Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, facilité l'octroi de licences sur les œuvres et les objets protégés indisponibles dans le commerce se trouvant à titre permanent dans les collections des institutions du patrimoine culturel⁴¹. Ces licences devraient permettre à ces institutions d'utiliser une œuvre indisponible dans tous les États membres⁴². Cette précision est importante, car une licence limitée à un État membre aboutirait à un morcellement du patrimoine numérisé de l'Europe. Par le passé, une institution du patrimoine culturel a été par exemple contrainte de retirer des photographies d'Europeana, car la licence qu'elle avait conclue avec les titulaires des droits n'autorisait leur diffusion que sur son territoire⁴³.

La volonté d'encourager la préservation et la diffusion du patrimoine culturel européen a amené l'Union européenne à trouver des compromis pour préserver les droits des auteurs sans pour autant qu'ils entravent la numérisation et la diffusion des collections des institutions du patrimoine culturel. La prise en compte de ces intérêts a équilibré significativement l'action de l'Union européenne en matière de droit d'auteur.

B. Aborder la culture comme un bien commun en partage

Une conception de la culture en tant que bien commun irrigue la gestion d'Europeana⁴⁴. À partir de 2011, une réflexion a été engagée pour intégrer les principes liés aux communs dans le

37. *Ibid.*, art. 6.

38. Le projet « Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana (ARROW) » lié à Europeana a notamment été mis en place pour faciliter l'identification des titulaires de droits, concernant ce projet voir : H. Chris, « Intellectual Property Issues and Europeana, Europe's digital library, museum and archive », *Legal Information Management*, 2010, vol. 10, p. 179 et N. Klass et H. Rupp, « Europeana, ARROW and orphan works : bringing Europe's cultural heritage online », in I. Stamataoudi (dir.), *EU Copyright : a commentary*, op. cit., p. 974-975.

39. Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, *JO L 299* du 27 oct. 2012, p. 5-12. Le premier considérant de ce texte cite d'ailleurs Europeana.

40. Pour une présentation détaillée voir : M.-C. Janssens et R. Tryggvadottir, « Orphan works, out-of-commerce works and making the European cultural heritage available : "are we nearly there" ? », in I. Stamataoudi (dir.), *New developments in EU and international copyright law*, Wolters Kluwer, 2016, p. 189-209.

41. Directive (UE) 2019/790, art. 8 et s.

42. *Ibid.*, art. 9.

43. COM (2009) 0440 final, p. 5.

44. À ce sujet voir S. Mendis, « Europeana », in M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 521-524.

développement de la plateforme⁴⁵. À l'instar de l'encyclopédie libre collaborative *Wikipédia*⁴⁶, Europeana a recours notamment aux licences *Creative Commons*. Ces licences accordent une place centrale à la création de communs numériques en encourageant le partage et l'utilisation de contenus culturels. Le droit d'auteur est constitué d'un faisceau de droits patrimoniaux et moraux : le droit de reproduction, le droit de représentation, le droit de divulgation, le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et le droit d'attribution⁴⁷. L'auteur, par défaut, réserve l'ensemble de ces droits sur son œuvre. L'utilisation de toute œuvre est donc soumise au consentement préalable de l'auteur. Le droit d'auteur empêche par conséquent le partage et l'utilisation de contenus culturels en ligne, car il exige pour chaque acte d'obtenir une autorisation expresse de l'auteur. Les licences *Creative Commons* viennent renverser la présomption posée par le droit d'auteur en indiquant quels droits sont réservés par l'auteur. Elles précisent les conditions d'utilisation d'un contenu.

L'ensemble des textes publiés sur Europeana sont disponibles sous une licence *Creative Commons* « attribution et partage dans les mêmes conditions » (CC BY-SA), cela signifie qu'ils peuvent être reproduits, diffusés ou même modifiés, du moment que le droit d'attribution de leur auteur est respecté, c'est-à-dire qu'Europeana est citée en tant que source. La mention « partage dans les mêmes conditions » attribuée à la licence *Creative Commons* un caractère viral : toute œuvre dérivée produite à partir du contenu original sera soumise à la même licence. La licence CC BY-SA s'applique aussi aux contenus issus des journées de collecte et à ceux soumis en

ligne par des utilisateurs⁴⁸. Toutes les métadonnées⁴⁹ publiées par Europeana sont quant à elles placées dans le domaine public par une licence *Creative Commons Zero* (CC0 1.0)⁵⁰. Elles peuvent être réutilisées par quiconque. En ce sens, ces licences favorisent l'accessibilité au patrimoine culturel numérique et la création en permettant l'utilisation des contenus.

En parallèle de l'usage de ces licences, Europeana a fondé avec la *Digital Public Library of America* un consortium d'agrégateurs pour développer une série de déclarations de droit (*right statements*) supplantant les licences *Creative Commons*. Ces déclarations communiquent aux utilisateurs le statut d'une œuvre au regard du droit d'auteur et des usages autorisés. Ce système de déclarations interopérables au niveau international est ajusté aux besoins des institutions de patrimoine culturel. Elle comprend notamment des déclarations relatives aux œuvres orphelines, à celles bénéficiant d'une exception pour une utilisation à des fins pédagogiques, ou encore à celles numérisées dans le cadre d'un partenariat public-privé réservant l'exploitation commerciale à l'entité privée, situation se présentant notamment dans les accords conclus par des bibliothèques avec Google⁵¹.

Les procédés de numérisation étant onéreux, certains acteurs revendiquent un droit sur la copie même si le matériel numérisé relève du domaine public. Dès 2008, la Commission européenne s'est positionnée sur cette question en appuyant l'importance de garder des œuvres du domaine public accessibles après leur numérisation⁵². Elle a exprimé ainsi son attachement à la préservation du domaine public. En 2010, cette position a été rappelée par l'adoption d'une

45. J. Cousins, « Building a commons for digital cultural heritage », in M. Sanderhoff, *Sharing is caring: openness and sharing in the cultural heritage sector*, Statens Museum for Kunst, 2014, p. 132-140.

46. Europeana collabore étroitement d'ailleurs avec Wikimedia sur plusieurs projets.

47. Le droit de retrait et le droit de repentir étant propres au droit français, ils ne sont pas mentionnés.

48. Europeana, *Terms for User Contributions* [en ligne], disponible sur : <https://www.europeana.eu/portal/en/rights/contributions.html>.

49. Les métadonnées sont l'équivalent de la notice d'œuvre ou de livre dans le catalogue d'une institution culturelle. Elles décrivent l'œuvre ou l'objet concerné, et comportent le lien pour y accéder.

50. Europeana, *Usage Guidelines for Metadata* [en ligne], disponible sur : <https://www.europeana.eu/portal/en/rights/metadata.html>.

51. Rights Statements, *Rights Statements* [en ligne], disponible sur : <https://rightsstatements.org/en/>.

52. Commission, Communication au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions – Le patrimoine culturel de l'Europe à portée de clic : progrès réalisés dans l'Union européenne en matière de numérisation et d'accessibilité en ligne du matériel culturel et de conservation numérique, COM (2008) 0513 final, 11 août 2008.

*Charte du domaine public d'Europeana*⁵³ incitant les institutions du patrimoine culturel à ne pas verrouiller les contenus du domaine public une fois numérisés⁵⁴. Cette Charte précise que la numérisation de ces contenus ne crée pas de nouveaux droits. Les œuvres qui font partie du domaine public sous leur forme analogique devraient rester dans le domaine public à la suite de leur numérisation. Cette prise de position de l'Union européenne est fondamentale pour l'édification d'un patrimoine culturel numérique européen pouvant être partagé et utilisé comme source de créativité.

Enfin, l'architecture d'Europeana est ouverte. Elle est fondée sur des logiciels *open source* distribués sous la licence publique de l'Union européenne⁵⁵. Les codes développés pour Europeana peuvent ainsi être réutilisés et modifiés librement.

* * *

En conclusion, l'ensemble des choix structurels sous-tendant Europeana traduisent une concep-

tion européenne publique, ouverte et participative du patrimoine culturel. L'Union européenne ne s'est pas contentée de singer Google, elle a dépassé l'idée de cloner *Google Books* pour devenir un projet culturel à part entière⁵⁶. Europeana forme ainsi un point d'accès public et multilingue au patrimoine culturel européen. À cet égard, elle peut être comprise comme l'une des modalités de réalisation du droit de participer à la vie culturelle.

La volonté de créer ce point d'accès a en outre orienté l'action de l'Union européenne en matière de droit d'auteur pour prendre en compte les impératifs liés à la préservation et à l'accès. La volonté de créer ce point d'accès a en outre orienté l'action de l'Union européenne en matière de droit d'auteur pour prendre en compte les impératifs liés à la préservation et à l'accès au patrimoine culturel. Cependant, malgré la richesse de ses contenus, Europeana peine encore à atteindre les citoyens européens qui ignorent bien souvent son existence⁵⁷.

53. Europeana, *La Charte du domaine public d'Europeana* [en ligne], avril 2010, disponible sur https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Publications/Public_Domain_Charter/Public%20Domain%20Charter%20-%20FR.pdf.

54. H. Chris, « Intellectual Property Issues and Europeana, Europe's digital library, museum and archive », préc., p. 176.

55. *Ibid.*, p. 175.

56. Conclusions du Conseil du 31 mai 2016 sur le rôle d'Europeana dans l'accessibilité, la visibilité et l'utilisation numériques du patrimoine culturel européen, JO C 212 du 14 juin 2016, p. 9-13.

57. COM (2018) 612 final, p. 5. En 2017, Europeana comptabilisait seulement 4 millions de visites voir Europeana, *Answering the call to culture : Annual report & accounts* [en ligne], 2018, p. 18, disponible sur : <https://pro.europeana.eu/post/annual-report-and-accounts-2017-answering-the-call-to-culture>.

Dossier

Droit et culture

Le droit pénal à l'épreuve des droits culturels

Marthe Bouchet

Professeure à l'Université Sorbonne Paris Nord

Évoquant la reconnaissance juridique des droits culturels, Mirelle Delmas-Marty considérerait que « le risque est double. En posant le principe “d’égale dignité de toutes les cultures”, l’article 2 de la convention Unesco pourrait conduire à un certain relativisme des valeurs et, par conséquent, à la négation de l’universalisme, le pluralisme culturel se limitant à juxtaposer les différences les unes à côté des autres. Mais à l’inverse, l’universalisme des droits de l’homme aboutirait à la négation du pluralisme, s’il imposait la fusion de toutes les cultures et la disparition de toutes les différences. Un tel universalisme serait en effet le nouvel habit d’un impérialisme qui ne dit pas son nom »¹.

Les liens entre droits culturels et droit pénal s’inscrivent parfaitement dans cette dialectique. Pour le comprendre, il faut revenir à la signification même du terme « culture », lequel se révèle particulièrement polysémique. L’étymologie et le sens premier du terme renvoient à la culture de la terre². Ce n’est que plusieurs siècles plus tard que la culture inclut³, de façon plus abstraite, au travail de l’esprit. Mais là encore, deux sens peuvent être relevés. D’une part, la culture désigne une

masse de connaissances acquises, le « développement de certaines facultés de l’esprit par des exercices intellectuels appropriés »⁴, et c’est ainsi que l’on parle de « culture générale ». D’autre part, la culture renvoie à l’ensemble des aspects intellectuels et artistiques d’une civilisation. L’anthropologue Edward Taylor a donné de la culture une définition qui a fait date, la présentant comme « ce tout complexe qui comprend les savoirs, les croyances, l’art, la morale, la coutume et toute capacité ou habitude acquise par l’homme en tant que membre de la société »⁵. La culture prend alors une dimension plus collective, plus sociologique, et c’est en ce sens qu’elle peut intéresser le droit, lequel entend justement régir ces rapports sociaux.

Juridiquement, c’est en ce sens collectif et abstrait que la culture est abordée. Ce sont d’ailleurs des textes internationaux qui livrent les premières références juridiques à la culture, montrant que la culture participe pleinement à la richesse des civilisations et aux distinctions qui peuvent exister entre elles. L’Unesco aborde ainsi la culture comme l’ensemble « des traits distinctifs, spirituels, matériels, intellectuels et affectifs,

1. M. Delmas-Marty, « Pluraliser l’universel », *L’Observatoire*, 2017, n° 49, p. 29 et s.

2. V. « Culture », in *Trésor de la langue française*, version informatisée.

3. Les premières occurrences du terme « culture » employé pour désigner la culture d’une langue semblent intervenir au xvi^e siècle.

4. *Le Robert*, version informatisée.

5. E.B. Taylor, *La civilisation primitive*, vol. 1, 2^e éd., A. Costes, 1873, trad. P. Brunet, p. 1. Levi Strauss s’appuiera sur ses travaux pour définir la culture comme « un ensemble de systèmes symboliques au premier rang desquels se placent le langage, les règles matrimoniales, les rapports économiques, l’art, la science, la religion », « Introduction à l’œuvre de Marcel Mauss », in *Mauss, Sociologie et anthropologie*, PUF, 1950, p. XIX.

qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts, les lettres et les sciences, les modes de vie, les lois, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances »⁶. Plus récent, l'article 2 de la Déclaration de Fribourg sur les droits culturels dispose que la « culture recouvre les valeurs, les croyances, les convictions, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime son humanité et les significations qu'il donne à son existence et à son développement »⁷. L'organisation des Nations Unies s'intéresse aujourd'hui très directement à la question de la définition, de la culture afin de mieux protéger les « droits culturels »⁸.

La délimitation de ces « droits culturels » n'est pas acquise⁹, mais ils comprennent assurément une dimension matérielle – un droit d'accès aux ressources et patrimoines culturels – et une dimension immatérielle – comprenant le droit à l'expression, à la création, le droit à l'éducation, ou le droit de pratiquer librement une religion¹⁰. La liberté de culte est en effet concernée, témoignant du lien qui doit être fait en culture et religion, la première englobant la seconde¹¹. Cette précision est essentielle, tant les principales difficultés en droit pénal concernent le plus souvent cette dimension religieuse de la culture.

Il faut dire que les interactions entre droits culturels et droit pénal sont nombreuses et d'iné-

gale nature. Elles se révèlent assez apaisées lorsque le droit pénal vient protéger les droits culturels, alors qu'elles deviennent conflictuelles, lorsque ces droits culturels s'érigent contre le droit pénal.

Certes, la protection accordée, par le droit pénal, aux droits culturels, peut se révéler assez décevante. D'ailleurs, les occurrences, dans les Codes pénal et de procédure pénale, du terme « culture » sont peu nombreuses. Il faut tout de même évoquer l'article 410 du Code pénal qui mentionne les « éléments essentiels du patrimoine culturel » parmi les intérêts fondamentaux de la Nation, protégés par le livre IV du Code pénal. Ce patrimoine culturel n'est cependant pas défini par le livre IV et il faut se reporter à d'autres dispositions, plus précises, pour constater que le code pénal punit les atteintes à certaines composantes de notre patrimoine culturel : à nos biens matériels – ainsi les dégradations commises sur un bien culturel, un édifice affecté au culte, ou sur un élément du patrimoine archéologique, seront plus sévèrement punies que les autres¹² – ou immatériels – le fait de siffler la marseillaise, l'hymne national, élément phare de la culture française¹³, est spécifiquement réprimé comme un outrage aux symboles nationaux de la France¹⁴. Le droit pénal peut également être mobilisé pour préserver les droits culturels de chacun, pour protéger le droit de pratiquer librement une religion, un art, une

6. Unesco, « Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles. », Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juill.-6 août 1982.

7. « Déclaration des droits culturels », dite « Déclaration de Fribourg » du 7 mai 2007, issue de consultations et de travaux menés par les membres du Groupe de Fribourg, entre autres auprès de l'Unesco, du Conseil de l'Europe, de l'Organisation internationale de la Francophonie.

8. En 2009, le Conseil des droits de l'homme, par sa résolution 10/23, a décidé de créer pour une période de trois ans, une nouvelle procédure spéciale intitulée « Expert Indépendant dans le domaine des droits culturels ». Le mandat a été prolongé pour une période de trois ans en 2012 par la résolution 19/6, en 2015 par la résolution 28/9, en 2018 par la résolution 37/12 et en 2021 par la résolution 46/9.

9. Pour des réflexions sur le sujet, v. not. les rapports du Haut-commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme, soumis au Conseil des droits de l'homme, soumis en juin 2010 (A/HRC/14/36), et en 2016 (A/HRC/31/59).

10. Selon la Convention de l'Unesco de 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles « les droits culturels protègent les droits de chacun, individuellement et collectivement, ainsi que les droits de groupes de personnes, de développer et d'exprimer leur humanité, leur vision du monde et la signification qu'ils donnent à leur existence et à leur épanouissement par l'intermédiaire, entre autres, de valeurs, de croyances, de convictions, de langues, de connaissances, de l'expression artistique, des institutions et des modes de vie. Les droits culturels protègent également l'accès aux ressources et patrimoines culturels qui rendent possibles ces processus d'identification et de développement ».

11. La culture d'une civilisation englobe le plus souvent la dimension religieuse : la référence aux « croyances » est quasiment systématique dans les définitions juridiques des droits culturels.

12. Art. 322-3-1 C. pén., la peine encourue est alors portée à 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

13. Art. 2 de la Constitution du 4 oct. 1958.

14. Art. 433-5-1 C. pén. : « Le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7 500 euros d'amende ».

langue. Ainsi, le mobile tenant à l'origine ethnique ou à la pratique religieuse de la victime est une source d'aggravation de la répression, et ce quelle que soit la culture de la victime¹⁵. Au stade de l'exécution de la peine, le législateur s'assure que les détenus puissent pratiquer librement leur religion¹⁶. Le droit pénal réprime également la méconnaissance du droit à l'éducation des mineurs¹⁷. Les exemples de ce type sont multiples. Cette protection pénale des droits culturels pourrait sans doute être mieux pensée, mieux organisée, voire davantage développée, mais elle fait plutôt l'objet d'un consensus.

En revanche, la situation est beaucoup plus délicate lorsqu'il s'agit, dans un mouvement inverse, d'invoquer la culture contre le droit pénal. Le droit culturel n'est plus protégé par le droit pénal, mais entend, au contraire, le tenir en échec. Les solutions sont alors beaucoup moins claires, et les enjeux plus lourds.

D'un point de vue juridique, la question est celle de la façon dont doivent être réglées les interactions entre pratiques culturelles et droit pénal. Des pratiques culturelles peuvent en effet troubler l'ordre public, être qualifiées d'infractions et déclencher la répression : le droit pénal doit-il les punir comme n'importe quel comportement, ou méritent-elles un traitement différencié ? À l'inverse, une pratique culturelle peut-elle faire obstacle à la répression ? Doit-on admettre l'« exception culturelle » qui consiste à invoquer une spécificité culturelle pour être exonéré de responsabilité pénale ? Ou bien la « défense culturelle » pour obtenir la modération de la responsabilité pénale ou de la peine ? Plus généralement, comment régir les relations entre norme pénale et norme culturelle¹⁸ ?

D'un point de vue plus sociologique, se pose en creux la question de la place faite, dans notre société, aux cultures minoritaires. Quel sort doit leur réserver le droit pénal ? Que faire lorsque « certains comportements admis, voire encouragés par des minorités constituent des infractions selon la loi de la majorité »¹⁹ ? Les thèses de Samuel Huntington décrivent des relations nécessairement conflictuelles, un « choc des civilisations », considérant que « dans le monde d'après la guerre froide, les distinctions majeures entre les peuples ne sont pas idéologiques, politiques ou économiques, mais culturelles »²⁰. D'autres appellent de leurs vœux le rapprochement, le mélange des cultures entre elles²¹.

Répondre à ces questions délicates implique de résoudre un conflit, du moins de trouver un équilibre, entre différents droits fondamentaux.

D'un côté, le principe d'égalité devant la loi, et plus précisément devant la loi pénale, s'oppose franchement à une prise en compte des spécificités culturelles en matière répressive. L'article 1^{er} de la Constitution affirme clairement que la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » et qu'elle « respecte toutes les croyances ». Il est donc difficilement concevable de punir différemment les justiciables au regard de la tradition culturelle qui est la leur. L'universalisme, l'unité, et la territorialité du droit pénal sont en cause.

D'un autre côté, la liberté de pensée, de conscience et de religion inclut, selon l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, « la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des

15. Art. 132-76 C. pén. pour les infractions commises « en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance », « vraie ou supposée », à une « religion déterminée ».

16. Art. 18 du décret n° 2013-368 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires : « Chaque personne détenue peut exercer le culte de son choix, à titre individuel dans sa cellule ou collectivement dans les salles prévues à cet effet, en présence des intervenants d'aumônerie ».

17. L'art. 227-17 C. pén. réprime « Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur ».

18. C'est une illustration du pluralisme normatif, cher à Carbonnier, v. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 19 et s.

19. R. Parizot, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *Archives de politique criminelle* 2014/1, n° 36, p. 18.

20. S. Huntington, *Le choc des civilisations*, Odile Jacob, 2007, p. 20.

21. V. not. M. Delmas-Marty, « Créoliser la notion d'humanité », *Courrier de l'Unesco* 2018/2, p. 42.

rites »²². Associée au droit au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, elle plaide en sens inverse, en faveur d'une prise en compte, par la matière pénale, des revendications culturelles. Ces libertés soutiennent un droit à la différence. Et selon les termes mêmes de la Déclaration universelle de l'Unesco de 2001, la diversité culturelle est, pour le genre humain, « aussi nécessaire qu'est la biodiversité dans l'ordre du vivant »²³.

Pour résumer, « l'ambition d'universalisme des libertés et droits fondamentaux, si bien énoncée dans l'article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme, doit se conjuguer avec le respect de la différence mais jusqu'à quel point ? »²⁴.

Quelle réponse le droit pénal apporte-t-il à ce dilemme ?

Les réflexions menées sur ces thèmes en droit pénal font ce même constat de résistance, voire d'hermétisme, du droit pénal aux spécificités culturelles²⁵. La loi pénale ne prêterait ainsi aucune attention aux spécificités culturelles : aucun traitement spécifique n'est réservé à celui qui commet une infraction dans un contexte culturel ou religieux. Toutefois, dans le même temps, on s'accorde sur le fait que le droit répressif ne néglige pas totalement les spécificités culturelles, lesquelles ressurgissent et expliquent certaines décisions. Comment sinon expliquer que la circoncision ne tombe pas sous le coup de la loi pénale ?

Cette ambivalence du droit pénal est de prime abord peu lisible. Elle laisse l'impression que la prise en compte des pratiques culturelles est à géométrie variable. Pourtant, elle peut se com-

prendre, et s'accepter, si l'on distingue deux niveaux de lecture, deux prismes différents.

Abstraitement, loin du cas d'espèce, il apparaît que le droit pénal, pour ne pas méconnaître les principes cardinaux d'égalité et de non-discrimination qui le gouvernent, peut difficilement prendre en compte les spécificités culturelles. *In abstracto*, l'universalisme doit l'emporter.

En revanche, concrètement, confronté aux cas d'espèce, le droit pénal peut ménager une place, peut-être grandissante, aux spécificités culturelles. Divers mécanismes : personnalisation des peines, opportunités des poursuites, et désormais le contrôle de conventionnalité *in concreto*, y invitent. *In concreto*, le droit à la différence peut être intégré, et la spécificité culturelle revendiquée.

En somme, *in abstracto* la retenue du droit pénal est nécessaire (I), alors qu'*in concreto* la prise en compte des spécificités culturelles est possible (II).

I. *In abstracto*, une retenue nécessaire

Sauf à revenir sur le principe d'égalité devant la loi pénale, il n'est pas souhaitable d'admettre que des pratiques culturelles soient évoquées au sein même de la loi pénale, qu'il s'agisse de l'édiction des comportements incriminés (A), ou bien de la justification des infractions commises (B).

A. Pour fonder la répression

Constat – Le plus souvent, le législateur opte pour des qualifications englobantes, énoncées en des termes généraux qui visent un ensemble

22. V. également, Division de la recherche de la Cour européenne des droits de l'homme, « Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », janv. 2011, https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_FRA.pdf.

23. Unesco, « Déclaration universelle sur la diversité culturelle », 31^e session de la Conférence générale de l'Unesco, Paris, 2 nov. 2001.

24. C. Lazerges, « Pluralisme culturel et politique criminelle », *Archives de politique criminelle* 2014, p. 3. Sur cette question, v. également D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010.

Et pour un énoncé clair de la difficulté, v. B. Tinturier, « Valoriser les différences tout en réclamant une égalité parfaite de résultats entre les communautés : un objectif paradoxal ? », *Le Tour du Monde des idées*, France Culture, 20 mai 2021.

25. En ce sens, v. « Pluralisme culturel et droit pénal », *Archives de politique criminelle* 2014, n° 36, et not. R. Parizot, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », et C. Duvert, « Exception culturelle et droit pénal », *Archives de politique criminelle* 2014/1, n° 36, p. 22. V. également E. Gindre, « Norme culturelle et droit pénal », in Y. Guenzoui (dir.), *La norme culturelle dans l'ordre juridique*, LGDJ, 2020, p. 239 et V. Malabat, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », in E. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, rapport GIP, p. 214 et s. Relevant toutefois la faiblesse des analyses françaises sur ce point, évoquant un « point aveugle de la recherche », A. Wyvekens, « La défense culturelle en questions », *RDPC* 2017, p. 887.

de comportements répréhensibles. Certes, des pratiques culturelles problématiques peuvent tomber sous le coup d'incriminations, mais sans être spécifiquement visées. Le droit pénal se retient de punir une pratique culturelle en elle-même. De nombreux exemples en attestent.

Ainsi des sévices et mauvais traitements infligés aux animaux sont ainsi punis quel que soit le contexte dans lequel ils ont été commis, y compris lorsqu'ils ne s'inscrivent nullement dans une pratique culturelle ou religieuse²⁶. La polygamie, que l'on peut considérer comme une pratique culturelle²⁷, est appréhendée par le droit pénal, sans que le législateur ait même écrit ce terme²⁸. L'article 433-20 du Code pénal vise uniquement le fait de « contracter un nouveau mariage avant la dissolution du précédent », ce qui laisse impunie la polygamie valablement constituée à l'étranger²⁹.

De la même façon, l'excision, malheureusement présente dans certaines traditions culturelles³⁰, n'est jamais visée en tant que telle, jamais nommée par la loi pénale. En effet, en

l'absence de texte spécifique, le juge pénal l'a d'abord réprimée par le biais des violences ayant entraîné une mutilation permanente³¹. Ce qui n'empêche d'ailleurs pas les poursuites, plus nombreuses en France que dans d'autres États de l'Union européenne qui disposent d'une incrimination spécifique³². Toutefois, afin de respecter ses engagements européens, le législateur est intervenu par la loi du 5 mars 2013 pour mieux lutter contre les mutilations sexuelles sur mineurs³³. Mais, de nouveau, l'excision n'est pas nommée par les textes. Il n'est pas question de cibler uniquement cette pratique. Preuve en est, le législateur a même refusé que le champ de ces infractions soit limité aux seules mutilations sexuelles subies par des femmes³⁴, montrant la diversité des comportements susceptibles de tomber sous le coup de cette loi.

On peut également citer l'incrimination de la dissimulation du visage. Lors des débats qui ont précédé l'adoption du texte, la volonté de cibler spécifiquement le port du voile intégral, ou burqa, prôné par certaines cultures religieuses³⁵,

26. Art. 521-1 C. pén.

27. Interdite dans les États européens, en Amérique du Nord et du Sud, et dans une majorité d'États asiatiques. En revanche, elle est autorisée dans certains pays d'Afrique et du Moyen-Orient.

28. Certaines dispositions concernant les peines complémentaires d'interdiction du territoire français mises à part, v. not. art. 131-10-1 et -2 C. pén.

29. Not. lorsque les mariages ont été valablement célébrés à l'étranger, conformément à la loi des époux.

30. L'excision est pratiquée dans de nombreux États d'Afrique (v. entre autres, la carte de l'excisions sur le site de l'Unicef). Cette pratique peut être considérée comme culturelle : V. sur le site <https://www.excisionparlonsen.org>, selon lequel les raisons qui sous-tendent la pratique de l'excision sont, outre le contrôle et la domination masculine, les croyances liées à la religion (qui peut être par ailleurs musulmane, catholique ou animiste), les croyances et les mythes (l'excision favoriserait la fécondité ainsi que l'hygiène féminines), et le maintien d'une identité ou d'une tradition culturelle : l'excision est notamment considérée comme un rite de passage à l'âge adulte.

31. Crim., 20 août 1983, n° 83-92.616 ; Crim. 22 sept. 1993, n° 93-80.370. Pour une discussion de la qualification de tortures et actes de barbaries, v. Y. Mayaud, « Violences volontaires », *Rép. dr. pén. et pr. pén.*, Dalloz, spéc. n° 147.

32. CNCDH, « Avis sur les mutilations sexuelles féminines », assemblée plénière du 28 nov. 2013, n° 29.

33. Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France. L'article 227-24 C. pén. punit désormais le « fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d'user contre lui de pressions ou de contraintes de toute nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle » ou « d'inciter directement autrui, par l'un des moyens énoncés au premier alinéa, à commettre une mutilation sexuelle sur la personne d'un mineur », « lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée ».

34. La députée Marietta Karamanli a ainsi rapporté l'intention du Ministère de la Justice de ne pas « introduire de rupture d'égalité entre les mineurs ». Dès lors, même si « les mutilations génitales féminines sont plus fréquentes en raison de la persistance de traditions observées par certaines communautés », il ne serait pas légitime d'exclure les jeunes garçons du champ d'application de l'infraction (rapport n° 840, fait au nom de la commission des lois constitutionnelle, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi). Citée par M. Benillouche, « L'interdiction des mutilations sexuelles : entre confirmation et révolution », *RDLF* 2014, chron. n° 6.

35. Le port d'un voile intégral est originaire d'Asie. Il est porté principalement en Afghanistan, au Pakistan et en Inde. Ce n'est que plus récemment, dans les années 1990, qu'il aurait été imposé par les talibans afghans.

transparaissait nettement³⁶. Pourtant, certes non sans mal et peut-être avec une certaine hypocrisie³⁷, le législateur a résisté à la tentation d'incriminer explicitement le port du voile, afin de punir toutes les hypothèses de dissimulation du visage³⁸. C'est ainsi que le port de toute « tenue destinée à dissimuler son visage » constitue une contravention de la deuxième classe³⁹. Le texte n'est pas incontestable⁴⁰, mais il est rédigé en des termes généraux, permettant son application au-delà du port du voile intégral. D'ailleurs, une déclinaison de cette infraction a pu être utilisée pour punir les manifestants dont le visage était masqué, parfois partiellement⁴¹, un comportement sans lien aucun avec des pratiques religieuses.

Justifications – Au-delà de cette efficacité répressive redoutable, il ne semble pas envisageable de procéder autrement. La répression ne doit jamais être fondée sur la volonté de réprimer telle ou telle pratique culturelle, au risque de contrevenir au principe d'égalité devant la loi pénale. Autrement dit, dans la rédaction des différentes incriminations, le législateur doit prendre garde à ne pas cibler particulièrement une pratique culturelle. Le droit pénal doit conserver une

neutralité. Le principe d'égalité devant la loi l'impose : la loi ne peut pas prévoir que les justiciables seront punis différemment au regard des activités culturelles ou cultuelles qu'ils pratiquent. Et même si une entorse pouvait être admise, parce que des situations différentes peuvent justifier des solutions différentes⁴², d'autres arguments viennent s'opposer au fait de cibler, dans la loi pénale, certaines pratiques culturelles précisément identifiées. L'idée même de dresser une liste des pratiques culturelles que l'on souhaite combattre est contestable⁴³. Quelle légitimité possède le législateur français pour trancher entre les cultures, désigner les pratiques qui lui paraissent bonnes ou mauvaises ? Pourquoi cibler davantage telle culture que telle autre ? Comment ne pas craindre la discrimination et la stigmatisation des personnes qui s'inscrivent dans les traditions culturelles visées ?

Plus fondamentalement, le droit pénal n'a pas vocation à réprimer des pratiques culturelles, mais des comportements causant un trouble à l'ordre public. Il est donc essentiel qu'il s'en tienne à cette orientation première et fondamentale. L'attitude inverse est contestable, mais elle se rencontre aujourd'hui. Elle s'explique essen-

36. La volonté initiale était de viser explicitement le port du voile intégral, la mission d'information de l'Assemblée Nationale portait précisément sur « la pratique du port du voile intégral sur le territoire national », E. Raoult, *Rapport d'information* n° 2262, déposé le 26 janv. 2010. De même que la résolution adoptée dans la foulée par l'Ass. Nat. qui vise nommément le port du voile intégral (Résolution, texte n° 459, 11 mai 2010). V. S. Brondel, « Les députés adoptent une résolution contre la burqa », *AJDA* 2010, p. 985.

37. V. en ce sens, J. Lagoutte, « Nul ne peut se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes édictées par la loi pénale – De beaux draps pour un matelas sale ? », *Dr. pénal* févr. 2020, n° 2, étude 5 ; O. Cayla, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *D.* 2011, p. 1166.

38. La circulaire d'application de la loi (circ. 31 mars 2011, NOR IOCD1109134C) précise que « la loi interdit et sanctionne le fait de porter une tenue, quelle que soit sa forme, qui a pour effet de dissimuler le visage et de rendre ainsi impossible l'identification de la personne. Par exemple, un vêtement qui ne laisserait apparaître que les yeux d'une personne entre dans le champ de la loi. En revanche, l'interdiction ne vise pas le port d'un foulard, d'un couvre-chef, d'une écharpe ou de lunettes, dès lors que ces accessoires n'empêchent pas d'identifier la personne ».

39. Loi n° 2010-1192 du 20 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Est par ailleurs punie dans le code pénal la dissimulation forcée du visage (art. 224-5-10 C. pén.).

40. Les discussions sont nombreuses quant à la valeur sociale protégée par l'infraction. La chambre criminelle de la Cour de cassation semble considérer que le texte « vise à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public, de montrer son visage » (Crim., 5 mars 2013, n° 12-80.891). La Cour européenne des droits de l'homme met davantage en exergue le « vivre ensemble » (CEDH, 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11, *S.A.S. c. France*). Sur cette question, v. not. M. Lacaze, « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler son visage dans l'espace public : incertitude des fondements juridiques, incohérences des catégories pénales », *Dr. pén.* févr. 2012, étude 5.

41. Art. 431-9-1 C. pén. : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, au cours ou à l'issue de laquelle des troubles à l'ordre public sont commis ou risquent d'être commis, de dissimuler volontairement tout ou partie de son visage sans motif légitime ». L'intérêt de prévoir un délit, et non plus une contravention, était notamment de justifier le placement en garde à vue.

42. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au principe d'égalité devant la loi, v. not. Cons. const., 12 juill. 1979, n° 79-107 DC ; Cons. const., 31 oct. 1981, n° 81-129 DC.

43. *Contra* v., se risquant à le faire, J. Lagoutte « Nul ne peut se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes édictées par la loi pénale – De beaux draps pour un matelas sale ? », *préc.*, n° 14 et s.

tiellement par la mobilisation de la fonction expressive, ou symbolique, de la loi pénale. On souhaite nommer dans le code pénal, mettre des mots sur les maux⁴⁴. Le législateur est ainsi tenté de viser particulièrement telle ou telle pratique culturelle qui heurte particulièrement l'ordre public, en créant des « délits culturels »⁴⁵. Aussi, « notre époque réussit ce formidable paradoxe de prôner le « droit » à la différence tout en acceptant parfois fort mal la non-conformité »⁴⁶.

Récemment, la loi dite « séparatisme »⁴⁷ a ainsi puni la délivrance de certificats de virginité⁴⁸. Les motifs de la loi indiquent que ces nouvelles incriminations ont vocation à « favoriser l'égalité entre les femmes et les hommes, en luttant contre la pratique des certificats de virginité, l'application des règles d'héritage qui défavorisent les femmes, et en refusant de prendre acte des situations de polygamie en matière de pension de réversion ou de droit au séjour ». Fort heureusement, aucune mention explicite n'est faite d'une religion ou d'une culture qui exigerait de tels tests⁴⁹. Néanmoins, l'incrimination vise explicitement les « examens de virginité ». On comprend la volonté de lutter spécifiquement contre ce genre de pratique, d'inscrire ces termes dans la loi. Mais est-ce le rôle du droit pénal ? Il aurait été possible de concevoir une incrimination plus large, détachée de cette pratique spéci-

fique, se rapprochant davantage du faux⁵⁰. Cibler précisément une pratique culturelle, sans plus s'appuyer clairement sur la protection d'une valeur fédératrice⁵¹, emporte un risque élevé de stigmatisation. Autrement dit, les délits culturels sont « pénalement inutiles mais socialement dangereux »⁵².

Aussi la retenue à l'égard des pratiques culturelles est nécessaire lorsqu'il s'agit, pour le législateur, de fonder la répression. Elle est également souhaitable lorsqu'il décide de faire obstacle à la répression.

B. Pour empêcher la répression

Principe – De façon générale, l'inscription d'une infraction dans un contexte culturel n'empêche pas la répression. Ainsi aucun des faits justificatifs reconnus par le droit pénal ne renvoie à la prise en compte d'une spécificité culturelle⁵³.

Notamment, l'erreur de droit ne peut être invoquée : l'auteur d'une infraction ne peut se prévaloir d'une erreur de droit résultant de l'application d'une norme religieuse. On sait combien les conditions d'application de l'article 122-3 du Code pénal sont strictes. L'erreur de droit doit être légitime, inévitable et invincible. Or la pratique d'une religion ou l'inscription dans une tradition culturelle ne répondent pas à ces exigences⁵⁴. La Cour de cassation l'a clairement

44. Le débat à propos de l'inscription des termes « féminicide », ou « inceste », révélant pleinement la difficulté.

45. V. not. F. Brion « 3. User du genre pour faire la différence ? La doctrine des délits culturels et de la défense culturelle », in S. Palidda (dir.), *Migrations critiques. Repenser les migrations comme mobilités humaines en Méditerranée*, éd. Karthala, coll. « Hommes et sociétés », 2011.

46. P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7^e éd., Armand Colin, 2004, n° 23.

47. Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

48. L'art. 225-4-11 C. pén. réprime le fait d'inciter ou d'obliger une personne à se soumettre à un examen de virginité, alors que l'art. 225-4-12 C. pén. punit le fait de réaliser un tel examen.

49. Les tests de virginité s'inscriraient dans une tradition ancienne, présente dans une vingtaine d'États du monde. Pour plus d'éléments sur cette question, v. le site de l'organisation mondiale de la santé, <https://www.who.int/fr/news/item/17-10-2018-united-nations-agencies-call-for-ban-on-virginity-testing>.

50. L'infraction de faux et usage de faux est prévue par les art. 441-1 et 441-7 C. pén. La difficulté tient à l'élément intentionnel du faux, qui serait absent dans les certificats de virginité. Pourtant, il semble médicalement établi qu'il est impossible d'attester de la virginité d'une femme par un tel examen. Dans son avis sur le projet, le Conseil d'État retient ainsi que cette pratique ne « fait l'objet d'aucune interdiction en droit positif ». (Avis n° 401549, 3 déc. 2020, n° 51). Il cite toutefois, montrant le lien avec cette infraction, les peines prévues par l'art. 441-7 dans les développements suivants.

51. Pour cette infraction quelle est la valeur sociale protégée : est-ce la dignité de la femme concernée, comme l'indique la place du texte ? Mais une dignité qui serait protégée contre la volonté de la personne. Ou bien plutôt la protection de l'intégrité physique de la femme ? Ou encore la protection de la confiance publique, placée en la personne du médecin, à l'instar du faux ?

52. F. Brion, « 3. User du genre pour faire la différence ? La doctrine des délits culturels et de la défense culturelle », préc., n° 4.

53. Pour le commandement de l'autorité légitime, v. not. V. Malabat, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », préc., p. 219 et s. De façon plus générale sur l'inadéquation des faits justificatifs, v. J. Lagoutte, « Nul ne peut se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes édictées par la loi pénale – De beaux draps pour un matelas sale ? », préc., n° 11 et C. Duvert, « Exception culturelle et droit pénal », préc.

54. V. toutefois *infra* CA Grenoble, 7 nov. 2012, déc. n° 12/00293, pour une décision qui semble retenir une erreur de droit commise par la mère qui a fait circoncire son enfant.

affirmé dans un cas d'espèce concernant une tribu de Lifou. Des membres de la tribu avaient été bannis en raison de leur appartenance aux Témoins de Jéhovah. Refusant de se soumettre à la décision d'exclusion, ils ont subi des sanctions corporelles de la part d'autres membres de la tribu. Les auteurs des violences entendaient échapper à la condamnation en invoquant une erreur de droit : ils avançaient le caractère coutumier des châtements corporels, et l'absence d'immixtion des autorités étatiques dans la justice coutumière. Mais la chambre criminelle a considéré que la tolérance pour ces pratiques culturelles ne pouvait aller jusqu'à « justifier des atteintes à l'intégrité physique, ni créer pour les prévenus une erreur sur le droit qu'ils ne pouvaient éviter »⁵⁵. Le caractère inévitable de l'erreur de droit faisait ici défaut.

De façon plus générale, la « pratique culturelle » en elle-même n'est pas mentionnée parmi les faits justificatifs prévus par les articles 122-1 et suivants du Code pénal⁵⁶. D'ailleurs, rares sont les États qui ont fait un tel choix⁵⁷, et le droit pénal français n'en fait pas partie⁵⁸.

Dans le même ordre d'idées, le mobile de l'auteur ne figure pas dans ces dispositions. Par conséquent, le mobile « culturel » ou « religieux » n'est pas un fait justificatif de l'infraction. D'ailleurs, le droit pénal repose sur un principe d'indifférence aux mobiles. L'indifférence aux mobiles s'exprime pleinement à la fois dans la constitution de l'infraction, et au stade de sa justification. Le mobile ne peut anéantir l'élément moral de l'infraction, pas plus qu'il ne peut venir justifier la commission d'une infraction⁵⁹.

Quant à la constitution de l'infraction, l'élément moral est caractérisé sans référence aux mobiles ayant animé l'auteur des faits. La

conscience et la volonté suffisent pour que l'élément moral soit retenu. « Le dol général est une opération intellectuelle dont le mobile n'est que l'arrière-plan psychologique. Le dol caractérise la violation volontaire d'une prescription légale ; le mobile explique cette incartade, il ne la supprime pas »⁶⁰. Ainsi, il n'est pas possible de considérer que l'infraction n'est pas constituée, que l'élément moral fait défaut, parce que l'auteur pensait agir conformément à sa tradition culturelle.

Quant à la justification de l'infraction pleinement caractérisée, là non plus, la prise en compte du mobile n'est pas possible au titre des faits justificatifs de l'infraction. Les auteurs d'une excision⁶¹, ou bien d'un sacrifice d'animaux, ne peuvent s'exonérer de responsabilité pénale en faisant valoir que leur motivation étant d'ordre culturel, qu'ils ont agi afin de se conformer à leurs croyances ou à leur religion.

La chambre criminelle de la Cour de cassation l'a récemment affirmé avec force. En l'espèce, les membres d'une famille, et notamment la mère, étaient poursuivis pour avoir accompli, sous couvert de rites vaudou, des sacrifices d'animaux. L'arrêt rapporte que le couple avait tué des poules, pigeons, moutons et caprins dans le temple situé à leur domicile, en violation de l'interdiction faite par l'article R. 214-73 du Code rural, de procéder ou faire procéder à un abattage rituel en dehors d'un abattoir. Le moyen invoquait la liberté de religion, et l'accomplissement de rites propres au culte animiste. Mais la chambre criminelle a rejeté le pourvoi, en énonçant un véritable principe selon lequel « nul ne peut se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes édictées par la loi pénale »⁶². On peut douter avec d'autres de la généralité du principe, dont l'application se

55. Crim., 10 oct. 2000, n° 00-81-959.

56. Le commandement de l'autorité légitime a parfois été envisagé en cas de pratiques coutumières (v. V. Malabat, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », préc., p. 219 et s.), pourtant l'autorité légitime est une autorité publique au sens de l'art. 122-4, al. 2 C. pén. (pour le principe, v. Crim., 28 avr. 1866, DP 1866, 1, p. 356).

57. Selon D. Villegas, « L'emprise de la norme étatique », in Y. Guenzoui (dir.), *La norme culturelle dans l'ordre juridique*, LGDJ, 2020, spéc. p. 161 et s., l'art. 33 du Code pénal colombien retient la diversité socioculturelle comme cause de non-imputabilité. L'auteur relève toutefois une certaine confusion entre troubles mentaux, immaturité psychologique et diversité socioculturelle.

58. S'y opposant, v. R. Parizot, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », préc., spéc. p. 22.

59. V. toutefois, pour des conceptions subjectivistes de la justification, qui font du mobile légitime le véritable fondement des faits justificatifs, J.-P. Gagnieur, *Du motif légitime comme fait justificatif*, thèse, Paris 1941.

60. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 7^e éd., Cujas, 1997, n° 591.

61. Sur cette question, v. G. Giudicelli-Delage, « Excision et droit pénal », *Droits et cultures*, 1990, n° 20, p. 200.

62. Crim., 5 nov. 2019, n° 18-84.554.

règle bien plus contrastée⁶³, mais il n'empêche que le mobile religieux n'est pas une source d'exonération de responsabilité pénale.

Tempérament – Toutefois, l'indifférence aux mobiles ne s'impose pas au législateur, lequel peut librement y déroger. Le législateur peut ainsi décider de tenir compte du mobile ayant animé l'auteur des faits pour faire échec à la répression. Ainsi de la dissimulation partielle du visage, qui n'est pas retenue en cas de « motifs légitimes »⁶⁴. L'imprécision⁶⁵ de cette notion laisse au juge le soin de décider quels motifs seront considérés comme légitimes. Le législateur n'en fait pas, abstraitement, la liste, mais il s'en remet au juge pour identifier quels mobiles sont susceptibles de faire échec à la répression⁶⁶.

De façon plus générale, il faut réserver une place particulière à l'autorisation de la loi, présentée comme un fait justificatif à l'article 122-4 du Code pénal. Il s'agit d'une conséquence du principe de légalité pénale : le législateur a le pouvoir d'incriminer ou d'excuser certains comportements, sur le fondement d'une loi. Dès lors, le législateur peut librement considérer que certains éléments, certaines circonstances, exonèrent l'agent de sa responsabilité pénale. C'est le rôle des faits justificatifs spéciaux. Autrement dit, pour le sujet qui nous concerne, le législateur est tout à fait libre de prévoir qu'une pratique culturelle constitue un fait justificatif d'une infraction.

L'exemple topique est donné par l'article 521 du Code pénal. Cet article qui incrimine les mau-

vais traitements et sévices infligés aux animaux, n'est pas applicable « aux courses de taureaux » ni aux « combats de coq » lorsqu'une « tradition locale ininterrompue peut être invoquée ». Dès lors, c'est la loi qui reconnaît la possible exonération issue de la coutume. La tradition locale ininterrompue peut être assimilée à une pratique culturelle. La loi peut ainsi autoriser, au nom d'une pratique culturelle, la commission d'une infraction. À l'inverse, la coutume ne peut, par elle-même, venir excuser la commission d'une infraction. Il est acquis que « la coutume n'a aucune valeur créatrice, modificatrice ou abrogative en droit pénal »⁶⁷. Pour qu'elle joue ce rôle, il faut qu'elle soit reconnue et consacrée par la loi⁶⁸. La coutume doit être « intégrée à la loi » et n'a « d'autorité que par son intermédiaire »⁶⁹. Ainsi le « droit de correction » dont jouissaient les parents à l'égard de leurs enfants, sorte de droit coutumier, s'est immédiatement effacé devant la loi qui a interdit ce type de violences⁷⁰. Il en résulte que seule l'autorisation de la loi, consacrée par l'article 122-4 du Code pénal, peut autoriser la commission d'une infraction au nom d'une tradition culturelle.

Peu d'articles de loi font cependant d'une pratique culturelle une source d'exonération de responsabilité pénale. On peut mentionner les articles R. 214-73 à -75 du Code pénal qui admettent une dérogation aux règles d'abattage des animaux, pour permettre les abattages rituels au sein des abattoirs (notamment l'égorgeage du mouton lors de l'Aïd)⁷¹. Mais dès lors que les règles posées par la loi ne sont pas respectées,

63. En ce sens, v. J. Lagoutte, « Nul ne peut se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes édictées par la loi pénale – De beaux draps pour un matelas sale ? », préc.

64. Art. 431-9-1 C. pén.

65. Non retenue par le Conseil constitutionnel, Cons. const., 4 avr. 2019, n° 2019-780 DC, cons. 31 : « en écartant du champ de la répression la dissimulation du visage qui obéit à un motif légitime, le législateur a retenu une notion qui ne présente pas de caractère équivoque ».

66. Le même mécanisme existe pour empêcher la répression du délit de solidarité, dès lors qu'il a été commis dans un objectif humanitaire. Saisi de l'incrimination, le Conseil constitutionnel a considéré qu'elle ne portait pas atteinte à sous la réserve suivante : le mobile humanitaire doit pouvoir faire échec à la répression. V. Cons. const., 6 juill. 2018, n° 2018-717 QPC.

67. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 7^e éd., Cujas, 1997, n° 191.

68. En ce sens, v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, 6^e éd., LexisNexis, 2021, n° 353. Parfois, l'autorisation de la loi pouvant cependant demeurer implicite, Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 2021, n° 437.

69. P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7^e éd., Armand Colin, 2004, n° 106.

70. Loi n° 2019-721 du 10 juill. 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires. Sur cette question, v. not. A. Fau-tré-Robin et E. Raschel « Lutte contre les violences éducatives ordinaires : réformer le code civil pour influencer le juge pénal ? », D. 2019, p. 1402.

71. La circulaire relative à la « Célébration de la fête religieuse musulmane de l'Aïd-el-kébir » du 14 juin 2018 (NOR : INTK1812775J) traite très directement de la question.

une condamnation peut de nouveau survenir⁷². Même lorsqu'une place particulière a été accordée, par la Constitution⁷³, à la culture kanak, son rôle en droit pénal reste extrêmement limité⁷⁴.

La retenue du législateur en la matière est parfaitement compréhensible. On retrouve les mêmes difficultés consistant à devoir opérer une sélection, à lister les pratiques culturelles suffisamment acceptées pour venir excuser la commission d'infractions. De nouveau l'inégalité qui en résulte et l'absence de légitimité de la démarche y font obstacle.

D'ailleurs, l'article 521 du Code pénal a été contesté devant le Conseil constitutionnel, en ce qu'il méconnaissait précisément le principe d'égalité devant la loi⁷⁵. Pour considérer que la disposition était conforme à la Constitution, le Conseil note que le législateur en a encadré l'application en exigeant une tradition locale ininterrompue. Il relève aussi que ces « pratiques traditionnelles ne portent atteinte à aucun droit constitutionnellement garanti ». Autrement dit, dès lors qu'une pratique culturelle porte atteinte à un droit garanti par la Constitution elle ne peut plus être une cause d'exonération de responsabilité pénale.

Malgré cette validation de principe, la conformité de l'article aux principes d'égalité devant la loi et de liberté religieuse n'a cessé d'être interrogée. Elle l'a été de nouveau devant le Conseil constitutionnel en 2015, parce que l'article incrimine seulement la création de nouveaux gallo-dromes et non celles de nouveau lieux accueil-

lant des courses de taureaux⁷⁶. Puis, elle l'a été devant la Cour de cassation, parce que cette disposition « ne ménage aucune exception pour la mise à mort des animaux dans le contexte religieux d'un sacrifice à une divinité ». La chambre criminelle a alors refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel aux motifs que le principe de liberté religieuse n'impose pas d'autoriser de tels sacrifices, et que le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose pas à ce que des situations différentes appellent des réponses différentes⁷⁷ : à la différence des sacrifices religieux, les courses de taureaux et les combats de coqs sont soutenus, sur certaines parties du territoire, par une tradition locale ininterrompue.

Il reste que la conformité de telles dispositions au principe d'égalité est discutable, et risque d'être sans cesse débattue⁷⁸.

La retenue du législateur à l'égard des spécificités culturelles se comprend donc bien. Les normes pénales, qui sont pensées en des termes abstraits, ne semblent pas adaptées pour intégrer et admettre les revendications ou les droits culturels. Et cette difficulté n'est pas uniquement française. Certains États de l'Union européenne, au nom de la protection du bien-être animal, ont puni l'abattage d'animaux sans étourdissement préalable⁷⁹. Ces interdictions ont été contestées à plusieurs reprises devant la Cour de justice de l'Union européenne⁸⁰. Systématiquement, la juridiction européenne a considéré que si le règlement européen sur la protection des animaux au moment de leur mise à mort permet de déroger

72. L'abattage d'un animal dans des conditions illicites est ainsi puni de 6 mois d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende (art. L. 237-2 du Code rural et de la pêche maritime). Pour des faits récents, v. la condamnation d'une personne à 900 euros d'amende pour avoir égorgé un mouton dans son jardin, et non dans un abattoir agréé (« Il égorge un mouton dans son jardin, un homme condamné à 900 euros d'amende dans le Val-de-Marne », *Ouest France*, le 23 nov. 2021).

73. Art. 75 de la Constitution : « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ». Art. 7 loi organique 19 mars 1999 : « les personnes dont le statut personnel au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droits civils par leurs coutumes ».

74. V. Malabat, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », préc., p. 214 et s. L'auteur livre une synthèse constatant que la prise en compte de la coutume kanak est « réelle s'agissant de la réparation des conséquences civiles de l'infraction pénale », mais reste « limitée concernant les pures questions de droit pénal ».

75. Cons. const., 21 sept. 2012, n° 2012-271 QPC.

76. Cons. const., 31 juill. 2015, n° 2015-477 QPC.

77. Crim., 5 mars 2019, n° 18-84.554, *Dr. pénal* 2019, comm. 86, obs. P. Conte.

78. Décrivant le caractère précaire de cette incorporation de la norme culturelle dans la norme juridique, v. E. Gindre, « Norme culturelle et droit pénal », préc., spéc. p. 244 et s.

79. Not. en Belgique, décret W. du 4 oct. 2018 « relatif au Code wallon du bien-être des animaux », *MB* 31 déc. 2018, et décret F. 7 juill. 2017 « portant modification de la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux, en ce qui concerne les méthodes autorisées pour l'abattage des animaux », *MB* 18 juill. 2017.

80. V. déjà CJUE, 29 mai 2018, n° C-426/16, *Liga van Moskeë en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.* et CJUE, 26 févr. 2019, n° C-497/17, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*.

au bien-être animal au nom de la liberté de religion⁸¹, il ne s'agit pas là d'une obligation⁸². Elle laisse ainsi les États libres de décider de la législation interne, refusant de livrer une réponse abstraite à la difficulté.

François Ost évoque « quelque chose de désespérant dans les débats sur la diversité culturelle », dû au « choc des abstractions, signalées par les termes en « isme » – universalisme contre relativisme, républicanisme contre communautarisme » qui « évoque une progression chaotique dans une sorte de palais des glaces, à la fois sans issue discernable et, à tout prendre, en décalage avec les réalités »⁸³. C'est en effet plutôt au moment de l'application du droit pénal, *in concreto*, que les magistrats sont susceptibles de tenir compte des pratiques culturelles.

II. *In concreto*, une prise en compte possible

Les spécificités culturelles ne peuvent être totalement ignorées par le droit pénal, et d'ailleurs, elles ne le sont pas. Il existe des mécanismes qui permettent de prendre en considération des spécificités culturelles, non pas dans la loi elle-même, mais dans la mise en œuvre de la répression. Ces mécanismes redonnent un visage plus personnalisé à la réponse pénale, et permettent d'intégrer dans l'équation les spécificités culturelles des auteurs d'infractions. Ces moyens sont divers (A), mais ils laissent de côté d'importantes interrogations (B).

A. Les moyens

Moyens anciens – Les magistrats ont les moyens de tenir compte du contexte culturel dans lequel l'infraction a été commise.

D'abord le procureur de la République bénéficie du principe d'opportunité des poursuites⁸⁴. En application de ce principe, il peut décider de poursuivre ou non tel ou tel comportement. Or, la décision de ne pas déclencher de poursuites n'a pas à être justifiée par le procureur. Elle peut éventuellement reposer sur une prise en compte de la tradition culturelle de l'auteur des faits.

La circoncision, une pratique religieuse très répandue en France⁸⁵, l'illustre parfaitement. En effet, la circoncision est une opération consistant en l'ablation d'une partie du prépuce de jeunes enfants⁸⁶, un comportement qui pourrait tomber sous le coup de la loi pénale. Pour autant, le choix est fait de ne pas poursuivre, ou très exceptionnellement⁸⁷, ce type de comportements. Il est ainsi possible de considérer que le principe d'opportunité des poursuites, qui laisse le procureur libre de mettre en mouvement ou non la machine répressive, explique que la circoncision ne soit pas punie en France⁸⁸. Nous ne sommes pas loin d'une hypothèse de non-droit⁸⁹, « de l'abandon, par le droit, d'un terrain qu'il occupait ou qu'il aurait été de sa compétence d'occuper »⁹⁰, tel que l'avait défini Carbonnier.

De cette façon, le principe d'opportunité des poursuites permet d'éviter d'avoir à dépénaliser, abstraitement, certaines pratiques culturelles telle que la circoncision. À l'inverse, les États gouvernés par un principe de légalité des pour-

81. Règlement CE n° 1099/2009 du Conseil, du 24 sept. 2009.

82. CJUE, 17 déc. 2020, n° C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* e.a.

83. F. Ost, « La diversité culturelle : oser la pensée conjonctive », in J. Ringelheim (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruylant, 2011, p. XI. Cité par A. Wyvekens, « La défense culturelle en questions », préc., p. 901.

84. Art. 40 C. pr. pén. v. également J. Buisson et S. Guinchard, *Procédure pénale*, 14^e éd., LexisNexis, 2021, n° 1541.

85. La circoncision est pratiquée dans le judaïsme, dans l'islam et dans certaines communautés chrétiennes orientales. 14 % des hommes seraient circoncis en France (sondage TNS, 2008).

86. Dans la religion juive, les bébés de sexe masculin sont traditionnellement circoncis le huitième jour après la naissance. L'âge de la circoncision n'est pas clairement arrêté dans l'islam, cependant le prophète Mahomet a recommandé qu'elle soit pratiquée à un âge précoce et il aurait circoncis ses propres fils sept jours après leur naissance. De nombreux Musulmans la pratiquent donc à ce moment-là, mais un Musulman peut être circoncis à n'importe quel âge entre la naissance et la puberté.

87. Notamment en cas de désaccord entre les parents, v. *infra*.

88. En ce sens, v. R. Libchaber, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.* 2012, p. 2044. « Car s'il y a bien quelque chose d'étonnant avec la circoncision, c'est bien la retenue du parquet : depuis Napoléon et l'octroi d'une pleine capacité à la population juive de France, il est incompréhensible qu'il n'y ait pas eu de poursuites, ne serait-ce que parce qu'il s'agit là d'un acte invasif, parfois effectué par des circonciseurs qui ne sont pas médecins, qui peut mal tourner ! ».

89. En ce sens, également, D. Villegas, « L'emprise de la norme étatique », préc., spéc. p. 164.

90. J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, PUF, 2004, p. 331 et s.

suites⁹¹, lequel rend les poursuites automatiques, sont contraints de trancher *in abstracto* ces questions. Ainsi, mettant un terme à une tentative jurisprudentielle qui entendait punir la circoncision, une loi allemande a reconnu explicitement la légalité de cette pratique⁹². Le principe d'opportunité des poursuites offre davantage de souplesse. Il permet une appréciation *in concreto* de la nécessité de punir, au regard de spécificités culturelles. Néanmoins, cette prise en compte n'est pas automatique : d'une part, il est possible qu'un procureur choisisse de poursuivre malgré la dimension culturelle des faits, d'autre part, la victime peut passer outre l'inertie du procureur et mettre en mouvement l'action publique⁹³. En ce cas, le juge prend le relais.

En effet, les juges répressifs sont également en mesure de tenir compte des traditions culturelles. Il en va ainsi du principe de personnalisation de la peine, imposé aux magistrats. Ce principe, rappelé par l'article 132-1 du Code pénal⁹⁴, a une valeur constitutionnelle⁹⁵. Il oblige le juge répressif à choisir la peine la mieux adaptée à l'espèce, au regard de la gravité des faits commis, mais aussi au regard de l'environnement social, professionnel, familial et de la personnalité de leur auteur. À ce titre, la tradition culturelle dans laquelle s'inscrit l'auteur des faits peut être prise en compte par le juge répressif⁹⁶.

D'ailleurs, l'avocat de la défense pourra mettre en avant cet élément, et insister sur la

dimension culturelle de l'acte de son client. Une défense fondée sur l'« exception culturelle »⁹⁷ n'est cependant pas évidente, et peut même se révéler contre-productive : le juge pénal pourrait vouloir punir plus sévèrement celui dont les pratiques culturelles troublent notre ordre public⁹⁸.

À l'inverse les juges souhaitent parfois aller plus loin et freiner davantage la répression, en se détournant de la rigueur juridique. Ainsi, le juge choisit parfois de jouer sur la qualification pour réprimer moins sévèrement les faits⁹⁹, ou encore de retenir une dispense de peine¹⁰⁰. Par exemple, la chambre criminelle n'a pas censuré la décision de la cour d'appel ayant admis une dispense de peine en relevant que le prévenu était « l'héritier d'une culture réunionnaise forte soudée par la solidarité familiale et réunie autour des morts »¹⁰¹.

Plus encore, les juridictions répressives peuvent aller jusqu'à ne pas punir des personnes dont l'acte s'inscrit dans une tradition culturelle ou religieuse. Ainsi de la Cour d'appel de Grenoble, qui a dû trancher la question de la culpabilité de la mère pour avoir concis, sans autorisation du père, leur enfant. Elle a alors considéré que l'élément moral faisait défaut, la mère n'ayant pas eu conscience de contribuer à un acte de violences volontaires sur son fils dans la mesure où elle pensait que la procédure suivie était habituelle pour la communauté concer-

91. L'Italie, l'Angleterre et l'Allemagne (§ 152, al. 2, StPo) sont gouvernés par le principe de légalité des poursuites.

92. « Les députés allemands votent une loi autorisant la circoncision », *Le Monde*, 12 déc. 2012.

93. Pour des exemples concernant l'absence de prise en compte de la coutume kanak, v. V. Malabat, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », *préc.*, spéc. p. 216 et s.

94. Art. 132-1 C. pén. : « Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 ».

95. V. not. Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-520 DC.

96. V. sur ce point, A. Wyvekens, « La défense culturelle en questions », *préc.*, p. 893 et E. Durafour, « Pour que le châtimement soit un honneur », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 235 et s.

97. L'expression « défense culturelle » a été utilisée pour la première fois, dans une note de la *Harvard Law Review* « The Cultural Defense in the Criminal Law », 1986, vol. 99, n° 6, April, p. 1293-1311. Ce type de défense a fait l'objet de réflexions, notamment menées à l'étranger. Sur cette question, v. not. A. Wyvekens, « La défense culturelle en questions », *préc.*, p. 887.

98. En ce sens, v. A. Wyvekens, « La défense culturelle en questions », *préc.*, spéc. p. 889 et s.

99. Pour une qualification d'omission de porter secours en matière d'excision, v. *Crim.*, 22 avril 1986, n° 84-95.759 et *Crim.*, 3 mai 1988, n° 87-84.365. V. aussi *Crim.*, 16 déc. 2015, n° 14-85.900 pour le refus d'une cour d'appel de qualifier de traite des êtres humains un mariage arrangé, qualifié de « pratique culturelle choquante ». Pour des exemples concernant la prise en compte de la coutume kanak, v. V. Malabat, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », *préc.*, spéc. p. 220 et s. : « Il est ainsi par exemple évident que le statut coutumier peut influencer sur la qualification juridique des situations en cause et peut donc avoir des conséquences sur l'appréhension de cette situation par le juge pénal ».

100. Art. 132-59 C. pén.

101. *Crim.*, 24 juin 2014, n° 13-84.955, la cour d'appel poursuit en affirmant que le prévenu « a agi dans la présente affaire, certes sans discernement suffisant, mais avec cœur et un dévouement total aux membres de son association ».

née¹⁰². Pourtant, les conditions d'admission de l'erreur de droit ne paraissent pas réunies ici¹⁰³.

Ces décisions juridiquement contestables montrent la volonté de ne pas condamner la personne qui a commis une infraction correspondant à une pratique culturelle. Le contrôle de conventionnalité *in concreto* pourrait, dans une certaine mesure, leur donner une assise juridique.

Moyen nouveau – En effet, le nouveau contrôle *in concreto* pourrait ménager une place à la prise en compte des spécificités culturelles. Le contrôle de proportionnalité concret¹⁰⁴, induit par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁵, a été admis à plusieurs reprises en droit pénal, sur le fondement de l'article 10 de la Convention¹⁰⁶. Dans notre hypothèse, l'agent pourrait ainsi invoquer le fait qu'une condamnation pénale porterait une atteinte disproportionnée à sa liberté de conscience ou de religion, protégée par l'article 9 de Convention européenne des droits de l'homme, ou éventuellement au droit au respect de sa vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention, ou encore à sa liberté d'expression, garantie par l'article 10 du même texte. Sur un plan procédural, l'argument tenant à l'inconventionnalité *in concreto* doit être invoqué devant les juridictions du fond¹⁰⁷. Sur le fond, ce contrôle de conventionnalité *in concreto* s'opère de la façon suivante : après s'être assuré que la norme pénale ne contredit pas, abstraitement, la Convention européenne des droits de l'homme, le juge doit vérifier, concrètement,

qu'une condamnation, dans le cas d'espèce qui lui est présenté, ne porte pas une atteinte disproportionnée à un droit ou à une liberté que la Convention garantit. Dans notre hypothèse, le juge s'assurera-t-il qu'une condamnation pénale ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de culte et de religion, portée par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁸. Par exemple, le juge pourrait devoir s'assurer qu'une condamnation pour destruction de biens ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de culte, qui protège la pratique coutumière kanak consistant à détruire les biens d'une personne bannie¹⁰⁹.

Les moyens sont donc assez nombreux pour que soient prises en compte, *in concreto*, les spécificités et revendications culturelles en droit pénal. Néanmoins, ils laissent en suspens d'importantes difficultés.

B. Les difficultés

Le domaine – Le domaine du contrôle de conventionnalité *in concreto* est restreint. Par conséquent, il n'est pas certain qu'il puisse efficacement résoudre toutes les tensions survenant entre droit pénal et spécificités culturelles. La circonscription peut de nouveau illustrer la difficulté. En effet, si elle était pénalement réprimée, elle devrait recevoir une qualification particulièrement sévère : celle de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, un crime puni de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'il est commis sur un mineur de quinze ans

102. CA Grenoble, 7 nov. 2012, n° 12/00293.

103. V. *supra*. Pour un exemple identique en matière de commandement de l'autorité légitime, v. Tribunal correctionnel de Nouméa, 19 mai 2010, n° A1002340.

104. Sur la méthode, le contrôle de proportionnalité en lui-même, v. not. Cour de cassation, *Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, 2020 ; C. Fattacini, « La méthodologie du contrôle », in *Le contrôle de proportionnalité*, colloque, Cour de cassation, 23 juin 2021.

105. V. not. B. Louvel « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôles », *JCP G* 2015, p. 1132 ; P. Chauvin, « Contrôle de proportionnalité : une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », *Gaz. Pal.* 6 déc. 2016, p. 10.

106. Pour l'arrêt de principe, v. *Crim.*, 25 oct. 2016, n° 15-83.774 (en matière d'escroquerie). Depuis, ce contrôle a prospéré à plusieurs reprises : *Crim.*, 26 févr. 2020, n° 19-81.827 (en matière d'exhibition sexuelle), *Crim.*, 22 sept. 2021, n° 20-80.489 (en matière de refus de prélèvement des empreintes génétiques). Il doit également être effectué en matière de vol, v. *Crim.*, 22 sept. 2021, n° 20-85.434.

107. La condition est précisément rappelée par *Crim.*, 22 sept. 2021, n° 20-80.489 : « l'argument tenant à la méconnaissance de la liberté d'expression est nouveau et mélangé de fait il est, comme tel, irrecevable, en ce qu'il invoque pour la première fois devant la Cour de cassation le caractère disproportionné de l'atteinte spécifique portée au droit des intéressés à leur liberté d'expression par les poursuites engagées pour vol aggravé, en violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

108. Envisageant également un tel contrôle, v. « Actes de cruauté envers un animal domestique », *Dr. pénal* janv. 2020, n° 1, comm. 2, obs. P. Conte.

109. Pour un article récent témoignant de cette pratique, v. C. Wéry, « En Nouvelle-Calédonie, les membres d'une tribu « bannis » de l'île Maré après une expédition punitive », *Le Monde*, 16 nov. 2020.

par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur¹¹⁰. Dès lors, une infraction aussi grave peut-elle entrer sans difficulté dans le champ de ce contrôle de proportionnalité concret ?

Jusqu'à présent, le contrôle de proportionnalité n'a été mené que lorsque des qualifications délictuelles étaient envisagées. Aucune condamnation pour crime n'a été considérée comme portant une atteinte disproportionnée à un droit ou une à liberté garantis par la Constitution. Plus encore, selon la première Présidente de la Cour de cassation, Madame Chantal Arens, « il est des matières qui ne peuvent être soumises au contrôle de proportionnalité quel qu'il soit – tel est le cas des droits fondamentaux absolus tels que la prohibition des traitements inhumains et dégradants – quand d'autres ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*, ainsi que le rappelle la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, qui souligne que les règles de procédure civile ne peuvent se prêter qu'à un contrôle *in abstracto* »¹¹¹. Par conséquent, un nombre important de faits commis au nom d'une tradition culturelle ne pourrait donc pas faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*. On peut s'en réjouir, et considérer que dans tous les cas, l'excuse culturelle ne devrait pouvoir prospérer que pour les infractions « peu graves »¹¹².

Il en va différemment des autres mécanismes, tels que les principes de personnalisation des peines ou d'opportunité des poursuites, lesquels peuvent concerner des infractions présentant un degré de gravité élevé.

Le bien-fondé – Par ailleurs, il ne faut pas occulter le lot de difficultés qui accompagne de façon générale l'appréciation *in concreto* en droit pénal. Une matière gouvernée par le principe de légalité pénale s'accommode nécessairement mal de la mise en œuvre d'un tel contrôle¹¹³. Alors que la loi pénale doit impérativement pré-

venir avant de frapper, désormais, la mise en œuvre de la répression peut être tenue en échec par le juge, dans certains cas d'espèce, en raison de la violation d'un texte international. Pour le sujet qui nous concerne, plusieurs difficultés s'illustrent particulièrement.

La première tient à l'imprévisibilité de la répression, contraire au principe de légalité pénale. Il en va d'ailleurs ainsi du contrôle de conventionnalité *in concreto* comme de l'opportunité des poursuites ou, dans une moindre mesure, de la personnalisation de la peine. Lorsque l'on admet de ne pas savoir à l'avance si tel comportement sera puni, et à quelle hauteur il le sera, la légitimité de la répression s'amoindrit. Ainsi, comment prévoir par avance quelles pratiques culturelles pourraient échapper à la condamnation – qu'en sera-t-il des destructions de biens, des mariages arrangés, des sacrifices d'animaux ou encore de la circoncision ? Cette imprévisibilité s'accepte toutefois mieux lorsqu'elle joue dans un sens favorable à l'auteur des faits et vient constituer une limite à la répression¹¹⁴.

La deuxième difficulté tient à la faible assise démocratique du choix ainsi opéré. Lorsqu'elle n'est pas fondée sur une loi, adoptée par le Parlement et révélant un choix de la société toute entière par l'intermédiaire de ses représentants élus, la légitimité démocratique de la décision n'est pas incontestable¹¹⁵. Même s'il ne faut pas taire les critiques comparant la représentativité parlementaire à un mythe¹¹⁶, il n'est pas évident d'accepter pour autant que les magistrats soient chargés de décider seuls si telle pratique culturelle ou religieuse peut ou non échapper à la répression.

Enfin, la troisième difficulté tient à une rupture d'égalité entre les justiciables. Si l'on peut effacer la difficulté devant la nécessité de personnaliser la réponse pénale, il subsistera une possible rupture d'égalité tenant à la sensibilité des différents magistrats : certains seront enclins

110. Art. 222-10 C. pén.

111. C. Arens, « Le contrôle de proportionnalité – Conclusion », *Revue justice et actualités* n° 24, 2020, p. 141.

112. En ce sens, R. Parizot, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *préc.*, p. 18.

113. Pour une analyse pénale de la difficulté, v. P. Conte, « Contrôle de proportionnalité – Le droit n'est plus le tennis, un juge vous le dira », *JCP G* 2016, p. 1405 ; E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 1308 et s.

114. E. Dreyer, *Droit pénal général, préc.*, n° 115 et s.

115. V. not. G. Chetard, *La proportionnalité de la répression*, IFJD, thèse, 2020, spéc. n° 697 et s.

116. Not. théorisée par P. Rosanvallon, *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Gallimard, 1998. V. également, M.-A. Cohendet, « Une crise de la représentation politique ? », *Cités*, 2004, p. 41.

à tenir compte d'une spécificité culturelle, alors que d'autres le seront beaucoup moins¹¹⁷. De la même façon que certains magistrats ont excusé les « décrocheurs » du portrait présidentiel, et que d'autres l'ont refusé¹¹⁸, certains magistrats accepteront de tenir compte de l'exercice d'une pratique culturelle, alors que d'autres le refuseront. Il faut donc veiller à ce que les solutions jurisprudentielles soient le plus harmonisées possible, surtout lorsque des droits culturels sont en jeu ; une formation des magistrats et le rôle uni-

ficateur de la Cour de cassation peuvent sans doute y œuvrer.

En somme, le système n'est pas parfait, et présente de nombreuses failles. Une prise en compte abstraite des spécificités culturelles ne semble toutefois pas souhaitable dans notre système juridique. Une autre question est celle de la prise en compte en pratique, dans les différents cas d'espèce, des revendications culturelles. Elle existe déjà. De nombreux mécanismes du droit pénal le permettent, mais il faut impérativement veiller à ce qu'ils soient suffisamment encadrés.

117. En ce sens, v. les diverses pratiques des magistrats face à cette question, A. Wyvekens, préc., spéc. p. 889 et s.

118. À Paris (TGI Paris, 16 oct. 2019), Bourg-en-Bresse et Bordeaux, en première instance comme en appel, les juges ont condamné le vol. Au contraire, les tribunaux d'Auch (TJ Auch, 27 oct. 2020, n° 1934600000), de Strasbourg et de Lyon (TGI Lyon, 16 sept. 2019, n° 19168000015) ont opté pour la relaxe.

Dossier

Droit et culture

Droit culturels, minorités, identités

Danièle Lochak

Professeur émérite de l'Université Paris Nanterre
(Credof-CTAD)

Les droits culturels ont longtemps fait figure de parents pauvres de la protection internationale des droits de l'Homme : leur formulation minimaliste dans la Déclaration universelle de 1948 atteste la place mineure qui leur est alors reconnue par rapport à d'autres droits¹. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, malgré son intitulé, ne leur consacre qu'un demi-article² qui se borne à évoquer le droit de participer à la vie culturelle, auquel s'ajoutent le droit de bénéficier du progrès scientifique et la protection de la propriété intellectuelle et artistique.

La conception des droits culturels s'est progressivement enrichie en même temps que leur importance s'est affirmée. Cette évolution a accompagné le regain d'intérêt pour les droits des minorités à partir des années 1990. Mais les droits culturels se sont parallèlement autonomisés par rapport à la problématique des minorités, traduisant l'universalisation des revendications identitaires dans des sociétés multiculturelles. Une évolution à laquelle la France reste décidément rétive.

Les droits culturels comme droits des minorités

Si la question des minorités est apparue centrale à la communauté internationale confrontée au démantèlement des grands empires multinationaux au sortir de la Première Guerre mondiale, elle a été éclipsée après 1945 par la volonté de mettre en place un système de protection des droits de l'Homme sur une base universelle. Si ces droits sont respectés, leur jouissance sera assurée *ipso facto* aux membres des minorités, postule-t-on à l'époque, et la Déclaration universelle de 1948 se borne à proscrire toute discrimination fondée, notamment, sur la race, la couleur, la religion ou l'origine. Adopté vingt ans plus tard, le Pacte relatif aux droits civils et politiques ne fait qu'une brève allusion aux minorités dans son article 27 en interdisant aux États, là où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, de priver leurs membres « du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

Les minorités redeviennent un sujet de préoccupation lorsqu'une série de conflits ethniques

-
1. « Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent » énonce l'article 27 de la Déclaration universelle de 1948.
 2. Art. 15 §1 : « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit : a) De participer à la vie culturelle ; b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ; c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

consécutifs à l'effondrement des régimes communistes déstabilisent l'Europe centrale et orientale. En 1992, l'Assemblée générale des Nations unies adopte une « Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques » auxquelles est reconnu, entre autres, le droit « de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue ». De leur côté, les États doivent protéger « l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités », favoriser « l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité » (art. 1^{er}), permettre aux personnes concernées « d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes » (art. 4).

Dans la foulée de l'adoption de la Déclaration, le Comité des droits de l'Homme, dans son Observation générale n° 23 (1994), livre un commentaire « constructif » des droits et des obligations spécifiques découlant de l'article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. La protection de ces droits, dit-il, « vise à assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle, religieuse et sociale des minorités concernées » : ils doivent donc être protégés en tant que tels et ne doivent pas être confondus avec d'autres droits individuels conférés conformément au Pacte « à tous et à chacun ». Par ailleurs, si les droits consacrés à l'article 27 sont des droits individuels, leur respect dépend de la possibilité pour le groupe minoritaire de maintenir sa culture, sa langue ou sa religion ; les États doivent donc prendre des mesures positives pour protéger l'identité des minorités et les droits de leurs membres à préserver leur culture et leur langue et de pratiquer leur religion.

Quelques années plus tard, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation générale n° 21 de 2009, livre à son tour une interprétation de l'article 15 § 1a du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui reconnaît « le droit de participer à la vie culturelle ». Cet article, déclare-t-il, « porte aussi sur le droit des minorités et des personnes appartenant à des minorités de participer à la vie culturelle de la société et de préserver, promouvoir et développer leur propre

culture. De ce droit découle l'obligation pour les États parties de reconnaître, de respecter et de protéger les cultures minoritaires en tant que composantes essentielles de l'identité des États eux-mêmes. En conséquence, les minorités ont le droit de jouir de leur diversité culturelle, de leurs traditions, de leurs coutumes, de leur religion, de leurs formes d'éducation, de leurs langues, de leurs moyens de communication (presse, radio, télévision, Internet, etc.) et de toutes les manifestations particulières de leur identité et de leur appartenance culturelle ».

Parallèlement à la Déclaration de 1992 sont adoptées, dans le cadre du Conseil de l'Europe, une Charte des langues régionales ou minoritaires (1992) puis une Convention cadre pour la protection des minorités nationales (1994) dont le préambule énonce « qu'une société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale, mais également créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité ».

Les droits culturels, on le voit, apparaissent centraux dans l'énonciation des droits des minorités. Mais la problématique des droits culturels a elle-même évolué parallèlement et de façon autonome par rapport à la question des minorités.

Les droits culturels, support de l'universalisation des revendications identitaires

L'idée qui sous-tend la problématique des droits culturels est que le droit à l'identité culturelle doit pouvoir être revendiqué par chaque individu dans un cadre universaliste, indépendamment de son appartenance éventuelle à une minorité.

Cette évolution a accompagné la transformation de la conception des droits culturels. L'objectif n'est plus d'assurer la jouissance de droits individuels, ni même de préserver les droits des minorités, mais plus généralement de promouvoir la « diversité culturelle », ce qui rapproche, on le verra, la problématique des droits culturels de celle du multiculturalisme.

Les textes élaborés sous l'égide de l'Unesco illustrent cette évolution³. Au départ, l'accent est mis sur l'éducation et le savoir, considérés comme la clé de la paix. La décolonisation entraîne un changement d'éclairage car les identités culturelles des pays ayant accédé à l'indépendance émergent comme question politique centrale et le concept de culture s'élargit pour englober la référence à l'« identité ». Dans un troisième temps va être mis en avant le lien entre la culture et le développement : le respect de l'identité culturelle des individus et des groupes doit permettre de contrer les phénomènes de marginalisation à l'œuvre au sein des sociétés développées mais aussi dans les pays en développement.

La promotion des expressions culturelles des minorités apparaît dès lors comme une condition de la démocratie. La Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle, adoptée à l'unanimité le 16 novembre 2001, définit la culture « comme l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social », précisant « qu'elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances ». Et surtout, elle qualifie la diversité culturelle, « aussi nécessaire qu'est la biodiversité dans l'ordre du vivant », de « patrimoine commun de l'humanité » qui doit être reconnu et affirmé au bénéfice des générations présentes et des générations futures. Elle rappelle aussi la nécessité, dans des sociétés de plus en plus diversifiées, « d'assurer une interaction harmonieuse et un vouloir vivre ensemble de personnes et de groupes aux identités culturelles à la fois plurielles, variées et dynamiques » afin de garantir la cohésion sociale et la paix. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée en 2005 également sous l'égide de l'Unesco, énonce à son tour que la diversité des cultures « s'incarne dans l'originalité et la pluralité des identités ainsi que dans les expressions culturelles des peuples et des sociétés qui constituent l'humanité ».

Le Rapport du Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) de 2004 sur « La

liberté culturelle dans un monde diversifié » franchit un pas supplémentaire par rapport à la Déclaration de l'Unesco⁴. Constatant la montée des revendications identitaires qui surgissent dans des contextes très variés et sous des aspects différents – des populations autochtones en Amérique latine aux minorités religieuses en Asie du sud, en passant par les minorités ethniques des Balkans et d'Afrique ou les immigrés en Europe occidentale –, il en déduit que la gestion de la diversité culturelle est l'un des défis fondamentaux de notre époque. Dans ce contexte, la liberté culturelle est présentée comme un élément essentiel du développement humain, parce que pouvoir choisir sans crainte son identité – donc pratiquer sa religion parler sa langue, célébrer son patrimoine ethnique ou religieux – est important pour mener une vie épanouie. Or la seule garantie des droits civils et politiques universels, comme la liberté de culte, d'expression ou d'association, n'est pas à cet égard suffisante.

Le rapport, s'appuyant explicitement sur les thèses développées par Will Kymlicka qui a associé son nom à la défense du modèle multiculturel (voir plus loin), plaide donc pour des politiques qui prennent en compte les différences culturelles : les constitutions nationales, les lois et les institutions doivent reconnaître ces différences et les États doivent élaborer des politiques garantissant que les intérêts des groupes particuliers ne soient ni ignorés ni supplantés par la majorité ou les groupes dominants – en d'autres termes, des politiques « multiculturelles ». Ainsi s'opère la jonction entre la problématique des droits culturels et les théories multiculturalistes.

Des droits culturels au paradigme multiculturaliste

Le terme « multiculturalisme » pointe d'abord une réalité : le pluralisme des sociétés contemporaines, caractérisées par l'existence en leur sein de groupes très divers – des groupes qui revendiquent de conserver leur identité et qui souvent réclament une plus grande visibilité ou une meilleure représentation dans l'espace public. La diversité que recouvre le mot « multiculturel » dépasse l'acception stricte de la « culture » pour

3. Unesco, Division des politiques et du dialogue interculturel, « L'Unesco et la question de la diversité culturelle : Bilan et stratégies, 1946-2004 », sept. 2004.

4. PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2004. La liberté culturelle dans un monde diversifié*, Economica, 2004.

englober un ensemble élargi de groupes d'appartenances ou de caractéristiques qui concourent à forger des identités : les groupes ethniques, religieux, linguistiques, mais aussi le genre, l'orientation sexuelle, voire le handicap⁵.

Le terme de « multiculturalisme » s'est diffusé à partir des années 1980, essentiellement dans le monde anglo-saxon, dans une perspective non plus seulement descriptive mais aussi prescriptive⁶. Le « multiculturalisme » a été théorisé comme un nouveau modèle de gouvernement des sociétés pluralistes. Le multiculturalisme s'oppose à la conception assimilationniste qui, au nom de l'universalité du droit et des droits, exclut toute prise en compte des appartenances dans la sphère publique et *a fortiori* dans la sphère civique. Le modèle pluraliste ou multiculturaliste, au contraire, juge nécessaire de prendre en considération la diversité et, au lieu de refouler l'expression des différences dans la seule sphère privée, de leur garantir une place dans l'espace public, voire une représentation dans les institutions politiques.

Aux yeux d'auteurs comme Charles Taylor⁷ ou Will Kymlicka⁸, il ne peut y avoir de démocratie véritable si on ignore le besoin des hommes de voir reconnaître leur dignité, non pas seulement en tant que citoyens abstraits mais aussi en tant qu'individus concrets porteurs d'une histoire et d'une culture singulières. La citoyenneté républicaine à la française ou la politique d'assimilation menée aux États-Unis, qui prétendent réaliser l'intégration sociale et politique par l'unité-égalité-universalité du domaine public en laissant aux individus et aux groupes la liberté et la responsabilité d'entretenir leurs fidélités religieuses ou historiques particulières dans le privé, ne peuvent assurer, disent-ils, une véritable démocratie. Elles ignorent en effet le besoin des hommes de voir reconnaître leur dignité non pas seulement en tant que citoyens abstraits mais aussi en tant

qu'individus concrets porteurs d'une histoire et d'une culture singulières. Il s'agit donc d'imaginer un modèle d'organisation politique et sociale qui permette d'assurer à la fois l'égalité de tous les citoyens et la reconnaissance publique de leurs spécificités culturelles.

L'écho des revendications identitaires dans la jurisprudence européenne

Le contraste est frappant entre, d'un côté, la montée en puissance des revendications identitaires, l'écho croissant qu'elles rencontrent au niveau international et, de l'autre, le caractère globalement peu contraignant des textes qui les ont prises en compte, sachant que les grandes conventions relatives aux droits de l'Homme restent silencieuses sur ce point. L'évolution des esprits n'est toutefois pas restée sans effet sur la façon dont les instances chargées de contrôler le respect de ces conventions appréhendent les litiges nés de ces revendications.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme mérite à cet égard qu'on s'y attarde : ici, comme dans d'autres domaines, une interprétation « dynamique » de la Convention lui a permis de faire émerger une série de droits qui n'y figuraient pas expressément, parmi lesquels le droit à l'identité – un droit qui inclut selon la Cour, la protection des identités collectives et qu'elle a induit pour l'essentiel de l'article 8, qui protège la vie privée, mais aussi des articles 9, 10 et 11, qui garantissent la liberté religieuse et la liberté d'expression.

On peut citer ainsi la série d'arrêts concluant à la violation de l'article 8 en raison de l'atteinte portée à l'identité des Roms et des Tsiganes par les mesures entravant le stationnement des caravanes : ces mesures, dit la Cour, empêchent les requérants de se conformer au mode de vie traditionnel des Tsiganes, la vie en caravane s'inscri-

5. La Convention des Nations unies du 30 mars 2007 relative aux droits des personnes handicapées proclame ainsi qu'il faut respecter le droit des enfants handicapés à préserver leur identité, faciliter l'apprentissage de la langue des signes et la promotion de l'identité linguistique des personnes sourdes, et que les personnes handicapées ont droit « à la reconnaissance et au soutien de leur identité culturelle et linguistique spécifique, y compris les langues des signes et la culture des sourds ».

6. F. Constant, *Le multiculturalisme*, Flammarion, coll. « Dominos », 2000, p. 16. Pour une présentation générale des enjeux théoriques, politiques et idéologiques du concept, on peut aussi consulter : M. Doytcheva, *Le multiculturalisme*, La Découverte, coll. « Repères », 2018 ; P. Savidan, *Le multiculturalisme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011.

7. C. Taylor, « La politique de reconnaissance », in *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Flammarion, coll. « Champs », rééd. 2019.

8. W. Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, La Découverte, 2001 (première édition : *Multicultural Citizenship : a Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, 1995).

vant dans la longue tradition du voyage de la minorité à laquelle ils appartiennent (*Chapman c. RU*; *Coster c. RU*; *Jane Smith c. RU*, 2001⁹); et, pour appuyer sa décision, elle n'hésite pas à citer plusieurs rapports exprimant leur préoccupation pour l'avenir de l'identité ethnique, culturelle et linguistique des Tsiganes et des gens du voyage ainsi que les textes plus généraux protégeant les minorités. Elle rappelle notamment que la Convention-cadre du Conseil de l'Europe entend permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de préserver les éléments essentiels de leur identité que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel. Elle prend soin, pour terminer, de relever l'existence d'un consensus, au sein des États du Conseil de l'Europe « pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie » et cela, ajoute-t-elle, « non seulement dans le but de protéger les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société dans son ensemble ». Si ces citations et ces remarques ne peuvent fonder en droit les décisions de la Cour, elles dessinent néanmoins un contexte qui, de toute évidence, les influence.

Cet éloge de la diversité, qui fait écho aux préoccupations exprimées dans les différents rapports et déclarations sur les droits culturels que l'on a mentionnés plus haut, revient à plusieurs reprises sous la plume de la Cour. Il apparaît dans d'autres affaires concernant la communauté Rom, mais on le retrouve aussi, de façon plus inattendue, lorsque la Cour doit se prononcer sur l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public : même si elle conclut à la licéité de cette interdiction, elle admet néanmoins que les intéressées puissent percevoir cette interdiction comme une atteinte à leur identité et ajoute que, si le vêtement en cause est perçu comme étrange par beaucoup de ceux qui l'observent, il est, dans sa différence, « l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit » (*S.A.S. c. France*, 2014¹⁰).

Ailleurs encore, la Cour avance, dans une formulation où l'on sent à nouveau pointer l'influence des thèses multiculturalistes, que « le pluralisme repose [...] sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques » et qu'« une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale » (*Gorzelik et autres c. Pologne*, 2004¹¹; *Izzetin Doggan c. Turquie*, 2016¹²).

Appliquant ces principes à la liberté d'association, la Cour cite là encore le préambule de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur les minorités qui proclame qu'« une société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale mais également créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité »; elle en déduit que « les associations créées pour la protection du patrimoine culturel ou spirituel, [...] la proclamation et l'enseignement d'une religion, la recherche d'une identité ethnique ou l'affirmation d'une conscience minoritaire, sont [...] importantes pour le bon fonctionnement de la démocratie » et que la liberté d'association des minorités doit être d'autant mieux protégée que la fondation d'une association ayant pour objet d'exprimer et de promouvoir l'identité d'une minorité peut aider cette dernière à préserver et défendre ses droits (*Gorzelik*, précité).

La Cour peut aussi être amenée à censurer les entraves mises par les autorités étatiques à l'expression des revendications identitaires : telle la condamnation pour propos nuisibles à l'intégrité territoriale de la Turquie et propagande séparatiste de l'auteur d'une brochure réclamant la reconnaissance du droit à se gouverner eux-mêmes à des groupes ethniques dont l'identité culturelle est niée et désignant les Kurdes comme une nation (*Ibrahim Aksoy c. Turquie*, 2000¹³);

9. CEDH, Gde ch., 18 janv. 2001, n° 27238/95, *Chapman c/ RU*; n° 24876/94, *Coster c/ RU*; n° 25154/94, *Jane Smith c/ RU*.

10. CEDH, Gde ch., 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11, *S.A.S. c/ France*.

11. CEDH, Gde ch., 17 févr. 2004, n° 44158/98, *Gorzelik et autres c/ Pologne*.

12. CEDH, Gde ch., 26 avr. 2016, n° 62649/10, *Izzetin Doggan c/ Turquie*.

13. CEDH, 10 oct. 2000, nos 28635/95, 30171/96 et 34535/9, *Ibrahim Aksoy c/ Turquie*.

telle aussi la dissolution d'une association accusée de vouloir imposer à la population bulgare une identité nationale macédonienne, donc étrangère, dans une partie du territoire (*Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, 2001¹⁴) ou encore d'une association dont l'objet est jugé inconstitutionnel au motif qu'en entendant affirmer l'identité historique et culturelle des Slaves de Macédoine il vise à nier l'identité nationale et ethnique macédonienne (*Association des citoyens Radko et Paunkovski c. l'Ex-République yougoslave de Macédoine*, 2009¹⁵).

La France, seule...

On relèvera, pour conclure, qu'on chercherait en vain, dans la législation ou la jurisprudence françaises, la trace des évolutions que l'on vient de décrire. La France, on le sait, dénie avec la plus grande vigueur l'existence de minorités en son sein et s'oppose avec la même vigueur à toute officialisation, même indirecte, de cette existence par le droit : d'où son refus réitéré de ratifier les conventions internationales sur la protection des minorités et les réserves dont elle a accompagné la ratification des textes contenant des dispositions spécifiques pour les membres de minorités.

Ce refus de reconnaître l'existence de minorités s'accompagne aujourd'hui d'un refus plus global de tout « différencialisme », suspecté de faire le lit du « communautarisme ». Dans ce contexte, il n'y a guère de place pour d'autres identités collectives que celle de la France : une identité « républicaine », qui justifie le raidissement sur la laïcité¹⁶; une identité « nationale »,

proclamée pour résister aux « effets dissolvants d'une juxtaposition multiculturelle »¹⁷; une identité « constitutionnelle » brandie par le Conseil constitutionnel pour faire rempart à la valeur supra-législative des directives européennes¹⁸.

Les « identités culturelles » peuvent à la rigueur être prises en compte, mais dans leur acception la plus étroite. Ainsi, les services de télévision privée exploités dans différents départements doivent-ils, pour recevoir une autorisation du CSA, s'engager à « favoriser les différentes formes d'expression de l'identité culturelle locale ou régionale ». La collectivité de Corse s'est vue reconnaître des attributions « en matière d'identité culturelle » – attributions qui se rapportent, très prosaïquement, à l'éducation, à la communication, à l'action culturelle et à l'environnement, le Conseil constitutionnel ayant invalidé, en 1991, l'article 1^{er} de la loi portant statut de la Corse qui entendait garantir « à la communauté historique et culturelle vivante que constitue le peuple corse » la préservation de son identité culturelle¹⁹.

Il faut aller très loin de la métropole pour trouver des législations qui prennent quelque distance avec les dogmes du modèle républicain. Et encore... L'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, qui a trouvé sa concrétisation institutionnelle dans la loi organique du 19 mars 1999, a reconnu pleinement l'identité kanak en donnant toute leur place au statut coutumier et aux structures coutumières, en faisant droit aux demandes exprimées au titre du lien à la terre, en adoptant des symboles exprimant la place essentielle de l'identité kanak du pays²⁰.

14. CEDH, 2 oct. 2001, n°s 29221/95 et 29225/95, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c/ Bulgarie*.

15. CEDH, 15 janv. 2009, n° 74651/01, *Association des citoyens Radko et Paunkovski c/ l'Ex-République yougoslave de Macédoine*.

16. « Le principe de laïcité est au cœur de l'identité républicaine de la France », lit-on dans l'exposé des motifs du projet de loi de 2004 interdisant le port des signes religieux dans les établissements scolaires.

17. Une vision ethnisée de l'identité nationale, présentée comme menacée par la place excessive d'une immigration extra-européenne difficilement assimilable, a servi d'argument pour réclamer et finalement obtenir en 1993 une réforme du code de la nationalité rendant moins aisé l'accès à la nationalité française pour les jeunes nés en France. La création en 2007 d'un ministère de l'immigration, de l'intégration et de l'identité nationale a confirmé le caractère excluant de cette notion.

18. « La transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » (Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC).

19. Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse.

20. À la lumière de cet accord – et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg – la cour d'appel de Nouméa a jugé que le refus de permettre à une personne d'opter pour le statut coutumier portait atteinte au respect de son identité et, partant, au respect de sa vie privée, dès lors que les signataires de l'accord de Nouméa ont entendu faire du statut personnel un élément central dans la protection de l'identité culturelle des individus (CA Nouméa, 11 mars 2013, n° 12/212).

Mais le cas est resté unique²¹ : seules la nécessité de trouver une issue à une situation politiquement inextricable et la perspective d'une indépendance future ont contraint à transiger, en Nouvelle-Calédonie, et là-bas seulement, avec les sacro-saints principes d'unité et d'indivisibilité de la République. Ces principes ne laissent place ni à des identités nationales, ni à des identités ethniques, pas même à des identités religieuses. La liberté religieuse s'arrête là où commence le

soupçon de dérive « communautariste », c'est-à-dire très tôt, puisque le simple port du foulard islamique ou du turban sikh est appréhendé non pas comme une façon de « manifester sa religion » mais comme la porte ouverte à l'ethnisation de la société française²².

La France, inébranlable, entend bien rester sourde aux évolutions qui affectent le reste du monde.

21. Le projet de conférer à la Polynésie française un statut calqué sur le modèle calédonien n'a pas abouti et si le statut d'autonomie issu de la loi organique du 27 février 2004 rappelle la nécessité de respecter « l'identité de sa population » ou qualifie la langue tahitienne d'« élément fondamental de l'identité culturelle », le français reste la langue officielle, ce qui a conduit le Conseil d'État à censurer la faculté pour les membres de l'assemblée territoriale de s'exprimer en langue polynésienne (CE, 29 mars 2006, n° 282335, Haut-commissaire de la République en Polynésie française).

22. Ayant à conclure sur la question de l'interdiction du turban sikh sur les photos d'identité, un commissaire du gouvernement n'a pas hésité à l'ériger en test de la résistance du modèle républicain à la tentation de l'ethnisation de la société, en espérant que « notre pays [saurait] préserver à l'intérieur et faire comprendre à l'extérieur cette composante essentielle de notre identité juridique » (T. Olson, concl. sur CE, 15 déc. 2006, n° 289946, *M. Mann Singh*, AJDA 2007, p. 313).

Dossier

Droit et culture

Droit de la communication et des médias et droit de la culture et à la culture

Emmanuel Derieux¹

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

La signification de la notion de « culture » est des plus incertaines². Lui sont donnés de multiples sens très différents. Elle englobe des champs variés et plus ou moins larges. Si le

domaine de la civilisation ou de la culture est plus vaste que celui des médias, et si tout le contenu des médias ne peut assurément pas se prévaloir d'une valeur ou d'une qualité culturelle, – au

1. Auteur notamment de *Droit des médias. Droit français, européen et international*, Lextenso-LGDJ, 8^e éd., 2018, 991 p. ; *Le droit des médias*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 6^e éd., 2019, 202 p. ; *Droit européen des médias*, Bruylant, 2017, 1 030 p.

2. « Nul mot n'est présentement plus difficile à définir que le mot de civilisation » ou de culture. « La civilisation est l'ensemble des recettes ou traditions, des doctrines morales et religieuses, des règles sociales, des philosophies, des œuvres d'art, des méthodes et des disciplines scientifiques, de toutes les connaissances qui, transmises par l'enseignement du maître et par les pratiques de la lecture, permettent à l'humanité de surmonter et de suppléer les forces de l'instinct », G. Duhamel, « Crise de civilisation », in G. Duhamel et autres, *La culture est-elle en péril ? Débat sur ses moyens de diffusion : presse, cinéma, radio, télévision*, Éditions de La Baconnière, 1955, p. 16.

« La culture exprime l'âme d'une nation, sa continuité, son rayonnement [...] elle est une manière d'être ensemble, l'expression d'une communauté de valeurs [...] On ne saurait attribuer à la télévision plus de responsabilités qu'elle n'en peut assumer. Il reste qu'elle peut jouer un rôle considérable dans le développement de la culture [...] Tout, dans les programmes d'information, d'éducation ou de distraction a valeur de culture [...] La culture, c'est beaucoup plus que la culture ; elle ne se réduit ni à des institutions, ni à des œuvres, ni à des pratiques ; elle est tout cela et plus encore : une tension de l'être [...] La culture n'est pas plus une distraction facile qu'une inaccessible ascèse ; elle est une dimension de l'existence de chacun qui lui confère sa plénitude. La revendication de la "qualité de vie" débouche nécessairement sur la culture, qui est la dignité de la vie », J. Rigaud, *La culture pour vivre*, Gallimard, 1975.

« Qu'est-ce que la culture ? [...] C'est une idée confuse et contradictoire [...] Elle est ce qui reste vivant de notre passé [...] La culture est en même temps la modernité, c'est-à-dire l'effort d'imagination individuel et collectif [...] La culture est ainsi le produit sans cesse renouvelé entre tradition et invention [...] La création doit être diffusée, discutée, et plus ou moins adoptée, sinon elle resterait lettre morte. Pour obtenir cette audience, elle a besoin des divers moyens d'information, des institutions culturelles, d'une organisation industrielle et commerciale, de l'action des pouvoirs publics [...] La culture permet à l'homme de comprendre le monde et d'agir sur lui [...] Elle est à la fois ce qui l'intègre à une société et l'en éloigne [...] Une politique culturelle moderne concerne le développement de l'audiovisuel [...] Les problèmes que rencontre la culture de masse pousseront l'État et les collectivités locales à intervenir de plus en plus massivement dans le domaine culturel. Il faut donc qu'ils inventent une politique conforme à notre régime démocratique », G. Montassier, *Le fait culturel*, Fayard, 1980.

risque même d'y porter atteinte ou d'être au moins perçu comme tel³, dans, après d'autres, une nouvelle et toujours actuelle « querelle des anciens et des modernes » –, ces deux éléments et, en conséquence, les droits qui les régissent ou qui s'y appliquent, se recoupent et se complètent ou se confortent cependant largement⁴. Des similitudes apparaissent entre ces deux disciplines juridiques. Elles ont même pareillement conduit à douter à leur égard de l'existence de véritables droits⁵. Mises à la disposition du public par la voie de la reproduction, de la représentation, de l'exposition ou de la diffusion, du prêt ou de la location, sous diverses formes et par quelque moyen ou support que ce soit, nombre de créations et d'activités culturelles relèvent, de ce fait, du droit de la communication ou des

médias, quelle qu'en soit la dénomination. Aussi incertain soit-il, le critère de la publication ou de la mise à la disposition du public constitue le principal élément de détermination de son objet ou de sa matière. Le droit de la communication ou des médias (moyens de diffusion massive ou de communication de masse), qui pourrait être dénommé droit de la publication, peut ainsi être considéré comme une composante du droit de la culture, et réciproquement.

Pendant une longue période, le ministère de la culture a été appelé, d'une façon qui pourrait alors apparaître comme inutilement redondante, ministère de la culture et de la communication. Bien que la communication ne figure pas actuellement dans son intitulé officiel, le secteur de la

-
3. « Reste à savoir la place que peut et doit prendre la radio dans un régime de civilisation bien équilibré [...] Il m'apparaissait [...] que la radio modifierait sans nul doute notre système de culture, mais qu'il ne l'améliorerait pas nécessairement, certes non. Et pourquoi ? C'est que la radio se trouve au premier rang des inventions dont l'usage intempérant et maladroit tend à corrompre et peut-être à ruiner la faculté d'attention, principe de toute culture », G. Duhamel, « Crise de civilisation », in G. Duhamel et autres, *La culture est-elle en péril ? Débat sur ses moyens de diffusion : presse, cinéma, radio, télévision*, Éditions de La Baconnière, 1955, p. 19.
 4. Auby, J.-F., *Le droit public de la culture*, Berger Levrault, 2016, 398 p.; B. Beignier et autres, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, 1 419 p.; D. Bellescize et L. Franceschini, *Droit de la communication*, PUF, 2^e éd., 2011, 704 p.; F. Benhamou, *Politique culturelle, fin de partie ou nouvelle saison ?*, La doc. fr., 2015, 152 p.; M. Cornu, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, 1996, 621 p.; Ch. Debbasch (dir.), *Droit des médias*, Dalloz, 2002, 1 184 p.; E. Derieux, « Télévision et culture. Les obligations culturelles de la radio-télévision en France », *Légipresse*, juill. 1996, n° 133.II, 81-87; *Droit des médias. Droit français, européen et international*, Lextenso-LGDJ, 8^e éd., 2018, 991 p.; *Le droit des médias*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 6^e éd., 2019, 202 p.; *Droit européen des médias*, Bruylant, 2017, 1 030 p.; Ch. Doubovetzký, *L'essentiel du droit de la culture*, Gualino, 2020, 160 p.; V. Dubois, *La politique culturelle. Genèse d'une catégorie d'intervention publique*, Belin, 2012, 480 p.; G. Duhamel et autres, *La culture est-elle en péril ? Débat sur ses moyens de diffusion : presse, cinéma, radio, télévision*, Éditions de La Baconnière, 195, 368 p.; H. Dumont et A. Strowel, *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, 349 p.; E. Forey et autres, *Droit de la culture*, Gualino, 2019; X. Greffe et S. Pflieger, *La politique culturelle en France*, La doc. fr., 2015, 240 p.; O. Guezou, *Droit public et culture*, Bruylant, 2020, 310 p.; G. Guglielmi (dir.), *Les mutations de la liberté d'expression en droit français et étranger*, Éditions Panthéon-Assas, 2021, 300 p.; A. Lepage (dir.), *Juris-classeur communication*; R. Letteron (dir.), *La liberté de la presse écrite au XXI^e siècle*, CNRS Éditions, coll. « Biblis », 2017, 284 p.; J.-R. Pellas, *Droit de la culture*, Lextenso-LGDJ, 2015, 176 p.; E. Machet et S. Robillard, *Télévision et culture. Politiques et réglementation en Europe*, Institut européen de la communication; G. Montassier, *Le fait culturel*, Fayard, 1980, 447 p.; J. Morange, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009, 240 p.; G. Muhlmann et autres, *La liberté d'expression*, Dalloz, 2015, 308 p.; V. Ohannessian et E. Pierrat, *Code de la liberté d'expression. Textes et jurisprudences*, Anne Rideau Éditions, 2018, 445 p.; J.-M. Pontier et autres, *Droit de la culture*, Dalloz, 2^e éd., 1996, 540 p.; J. Rigaud, *La culture pour vivre*, Gallimard, 1975, 307 p.; A. Riou, *Le droit de la culture et le droit à la culture*, ESF Éditions, 1996; P. Sirinelli (dir.), *Droit des médias et de la communication*, Lamy; G. Soussi (dir.), *Marché de l'art et droit. Originalité et diversité, Liber amicorum en l'honneur de François Duret-Robert*, Éditions du Cosmogone, 2021, 397 p.; A. Tricoire, *Petit traité de la liberté de création*, La Découverte, 2011, 300 p.; K.-H. Voizard, *L'État culturel et le droit*, LGDJ, 2014, 400 p.; Collectif, *Culture, Société, Territoires, Mélanges en l'honneur du professeur Serge Regourd*, Institut Universitaire Varenne, 2019, 1 332 p.
 5. « L'expression "droit de la culture" aurait été encore surprenante, voire impossible, il y a un demi-siècle [...] La culture ne pouvait guère donner lieu à un droit tel que les facultés de droit l'enseignent [...] Il existait bien quelques règles, mais peu précises et peu nombreuses [...] Nul n'aurait songé à trouver là des éléments communs, à penser que l'on puisse en tirer un droit de la culture [...] Cet ouvrage tente de dégager l'unité de ces différentes règles et de proposer une réflexion juridique sur la culture », J.-M. Pontier, et autres, *Droit de la culture*, Dalloz, p. 1-2; « Le droit des médias "ça n'existe pas", ou pas pleinement encore, ou il n'est pas un droit tout à fait comme les autres, ou il n'est pas perçu comme tel [...] même si les choses ont assez fortement changé depuis quelques années déjà [...] Il ne présente pas les caractéristiques des disciplines juridiques les mieux établies et depuis longtemps reconnues [...] une réglementation d'ailleurs assez riche et fournie, parfois même foisonnante et surabondante (et qui, pour cela même, nuit probablement à l'existence d'un véritable droit !), s'applique aux activités de communication publique ou médiatiques », E. Derieux, *Droit des médias. Droit français, européen et international*, Lextenso-LGDJ, 8^e éd., 2018, p. 33-34.

communication et des médias relève de ses compétences.

Tel qu'actuellement en vigueur, le décret n° 2017-1077 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre de la culture, pose notamment, en son article 1^{er}, que celui-ci « a pour mission de rendre accessibles au plus grand nombre les œuvres capitales de l'humanité et d'abord de la France. À ce titre, il conduit la politique de sauvegarde, de protection et de mise en valeur du patrimoine culturel dans toutes ses composantes, il favorise la création des œuvres de l'art et de l'esprit, la participation de tous à la vie culturelle et artistique [...] Il veille au développement des industries culturelles et créatives. Il contribue au développement des nouvelles technologies de diffusion de la création et du patrimoine culturels. Il veille au développement et à la valorisation des contenus et services culturels numériques [...] Il définit et met en œuvre, conjointement avec les autres ministres intéressés, les actions de l'État destinées à assurer le rayonnement dans le monde de la langue, de la culture et de la création artistique françaises. Il contribue à la définition et à la mise en œuvre de l'action culturelle extérieure de la France ».

Consacré plus précisément au secteur des médias, l'article 3 du même décret dispose que « Le ministre de la culture prépare et met en œuvre la politique du Gouvernement dans le domaine des médias. Il veille, à ce titre, à l'indépendance et au pluralisme des médias ainsi qu'au développement et à la diffusion de la création audiovisuelle. Il participe à la définition et à la mise en œuvre de la politique du Gouvernement en matière d'action extérieure de la France dans le domaine des médias. Il encourage la diffusion de programmes éducatifs et culturels par les sociétés nationales de programme et les autres entreprises de communication audiovisuelle. Il participe, en liaison avec les autres ministères intéressés, à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique du Gouvernement concernant les technologies, les supports et les réseaux utilisés dans le domaine de la communication ».

L'article 6 dudit décret ajoute notamment que, « pour l'exercice de ses attributions, le ministre de la culture a autorité sur [...] la Direc-

tion générale des médias et des industries culturelles, la Délégation générale à la langue française et aux langues de France », et qu'« il exerce la tutelle sur le Centre national du cinéma et de l'image animée ».

Pour remplir ces différentes missions, figurent, parmi les composantes du ministère de la culture : la direction des Archives de France, le Service du Livre et de la lecture, le Centre national du cinéma et de l'image animée, la Direction générale des médias et des industries culturelles. À l'égard de cette dernière, il est indiqué qu'« elle contribue à définir, mettre en œuvre et évaluer les conditions du développement des industries de diffusion et de production de contenus culturels. Elle coordonne l'action du ministère en faveur de l'ensemble des industries culturelles. Elle promeut l'entrepreneuriat culturel, l'accès des entreprises culturelles aux financements publics et privés, le développement des commerces culturels, ainsi que l'export des industries culturelles »⁶.

Permettant de faire apparaître l'étroite imbrication qui existe entre culture, communication et médias, cette organisation administrative en laisse par ailleurs, par ses intitulés, deviner l'objet et la finalité, ainsi que ceux du droit qui en constitue l'instrument ou le moyen. Il peut ainsi être fait état, sans lien absolument nécessaire entre les deux, d'activités encadrées (I) et d'activités assistées (II).

I. Activités encadrées

Le principe de liberté de communication constitue le fondement du droit français des médias. Celui-ci comporte cependant, d'une façon qui, à certains égards au moins, peut apparaître comme contradictoire, diverses composantes, plus ou moins contraignantes, relatives notamment : au droit économique, des entreprises et des activités ; au droit professionnel, et notamment au statut des journalistes ; au droit de la responsabilité, ou statut du contenu ; et aux droits intellectuels, ou de propriété littéraire et artistique, droit d'auteur et droits voisins. Elles contribuent à l'encadrement de ces activités et de ceux qui s'y adonnent. Elles constituent les grands thèmes de cette discipline juridique encore en formation.

6. V. site du ministère : <https://www.culture.gouv.fr/Nous-connaître/Organisation/La-direction-generale-des-medias-et-des-industries-culturelles>.

A. Liberté de communication

Tant en raison de sa valeur constitutionnelle, que de sa consécration en droit international et européen, le principe de liberté de communication, y compris en ce qu'il comporte de nécessaires limites aux « abus de cette liberté », constitue le fondement du droit français des médias. Les dispositions législatives et réglementaires et l'application qu'en font les juges doivent en être respectueuses et en assurer la mise en œuvre. En contradiction avec ce principe, subsistent cependant, en fonction des circonstances, à l'égard de certaines formes d'expression ou de création, ou du public auquel elles s'adressent, diverses possibilités de contrôles administratifs préalables constitutifs de censure⁷.

1. Principe constitutionnel

En son article 11, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) du 26 août 1789, à laquelle se réfère le Préambule de la Constitution de la V^e République, énonce que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

Aux termes de l'article 34 de ladite Constitution, « la loi fixe les règles concernant [...] la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ».

Diverses dispositions législatives mentionnent ce principe fondamental de liberté dans leur titre et/ou leurs premiers articles⁸. Elles contribuent cependant à l'encadrer, lorsqu'elles ne paraissent pas y apporter des restrictions ou le contredire, au nom du respect de droits concurrents avec lesquels il doit être concilié. L'article 431-1 du Code pénal réprime « le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression [...] de création artistique [...] de la diffusion de la création artistique ».

Dans le cadre du contrôle d'avant la promulgation des lois⁹, ou des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC)¹⁰, le Conseil constitutionnel veille au respect de la conformité des lois à la Constitution et notamment, en l'espèce, au principe de liberté de communication.

2. Principe international et européen

Adoptée le 10 décembre 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) énonce, en son article 19, que « tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ».

Le principe est repris, de façon plus précise et concrète, par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) du

7. « Quant à la culture [...] Du reste ce n'est pas l'affaire des gouvernements. Les artistes font la culture, les gouvernements la contrôlent ensuite et, à l'occasion, suppriment les artistes pour mieux la contrôler », A. Camus, « L'Espagne et la culture », 1952, in *Conférences et discours – 1936-1958*, Gallimard, coll. « Folio », 2021, p. 190.

« Si la vanité de toute censure fondée sur la morale est évidente, il est moins clair que la censure n'ait pas quelque justification sociale. On le croit encore dans la plupart des démocraties occidentales où des politiques ont été mises sur pied pour protéger les enfants et parfois les adultes [...] Ni la sociologie ni la psychologie n'ont démontré de manière convaincante le caractère contagieux d'un spectacle pornographique ou violent. Les études sont contradictoires sur ce point [...] La censure a plus d'inconvénients que d'avantages », G. Montassier, *Le fait culturel*, Fayard, 1980.

E. Derieux, « Contrôles préalables des publications », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, p. 137-152 ; « Liberté, censures et responsabilités de l'art et des médias », in Institut Art & Droit, *Marché de l'art et droit. Originalité et diversité, Liber Amicorum en l'honneur de François Duret-Robert*, Éditions du Cosmogone, 2021, p. 115-126.

8. « L'imprimerie et la librairie sont libres », article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (et de tout autre moyen d'expression ou de communication publique) ; « La diffusion de la presse est libre », article 1^{er} (modifié) de la loi n° 47-585, du 2 avril 1947, relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques ; « La communication au public par voie électronique est libre », article 1^{er} (modifié) de la loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication (audiovisuelle) ; « La communication au public par voie électronique est libre », article 1^{er} de la loi n° 2004-575, du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique.

9. E. Derieux, « Le Conseil constitutionnel et les principes du droit de la communication », *Libertés, Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 239-251 ; P. Montalivet, « Le Conseil constitutionnel et l'audiovisuel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2012/3, n° 36, p. 7-17.

10. E. Derieux, « Dix ans de QPC en droit des médias », *JCP G* 29 juin 2020, p. 1215-1223 ; L. François et autres, « Dix ans de QPC en droit pénal de l'expression et de la communication », Conseil constitutionnel, *Titre VII* oct. 2020, Hors-série. Les dix ans de la question citoyenne, 2020, p. 346-365.

16 décembre 1966, aux termes duquel « 2. toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ». Il y est cependant ajouté que l'exercice de ces libertés « comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires : a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui ; b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ».

En droit européen, ce même principe de liberté, ses garanties et ses limites sont formulés, dans le cadre du Conseil de l'Europe, par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ConvEDH) du 4 novembre 1950, et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (UE) du 7 décembre 2000.

En son article 10, la ConvEDH énonce, en son paragraphe 1, que « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». Portant la marque de la date de son adoption, il continue cependant d'y être posé que « le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations ». Le paragraphe 2 ajoute que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation

d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

Dans le cadre de l'UE, la liberté de communication constitue une des manifestations ou des conséquences du principe du libéralisme économique, énoncé par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et concrétisé, d'une façon qui peut parfois apparaître comme contraire, dans des domaines particuliers tels que l'audiovisuel ou les droits de propriété intellectuelle, par différents règlements et directives.

Relatif à la « liberté d'expression et d'information », l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE dispose que « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières », et que « la liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ».

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) veillent, avec plus ou moins de rigueur et dans des conditions qui peuvent être diversement appréciées, au respect de ce principe par les droits nationaux¹¹.

B. Droit économique

Même si cela peut, à certains égards, paraître paradoxal, c'est, d'une certaine façon, au nom même du principe de liberté de communication que les dispositions du droit économique encadrent, de manière distincte et plus ou moins contraignante, les entreprises et les activités médiatiques, qu'il s'agisse des médias écrits ou imprimés¹², ou des médias audiovisuels.

Les entreprises de presse, éditrices de publications périodiques et de services de presse en ligne, bénéficient du principe de liberté d'entreprise et de libre initiative privée. Dans le but de garantir cette liberté et de contribuer ainsi à la liberté d'information du public, leur sont, par la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, imposées, de manière spécifique par rapport au droit commun

11. Ch. Bigot, *La liberté d'expression en Europe. Regards sur douze ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2006-2017)*, Victoires SA, coll. « Légipresse », 2018, 184 p. ; E. Derieux, *Droit européen des médias*, Bruylant, 2017, 1 030 p.

12. E. Derieux, *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, p. 75-114 ; « Droit des médias écrits », *Le droit des médias*, Dalloz, p. 25-46.

des entreprises ou sociétés, quelques obligations dites de transparence, d'indépendance et, pour celles qui éditent des « publications quotidiennes imprimées d'information politique et générale », de pluralisme. Celles-ci sont pourtant assez peu contraignantes.

Les agences de presse sont, par l'ordonnance n° 45-2646 du 2 novembre 1945 portant réglementation des agences de presse, soumises à certaines de ces mêmes obligations.

Énonçant, en son article 1^{er}, que « la diffusion de la presse est libre », la loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, profondément modifiée par la loi du 18 octobre 2019 relative à la modernisation de la distribution de la presse, encadre le système de « distribution groupée des journaux et publications périodiques », de manière à en assurer la liberté et à garantir le pluralisme de l'information.

Pour contribuer au maintien d'un réseau de librairies et à la diversification de l'offre, la loi n° 81-706 du 10 août 1981 relative au prix du livre, fixe le principe du prix unique du livre. Depuis la promulgation de la loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative aux prix du livre numérique, la même règle s'impose à la vente des dits « livres numériques ».

Le régime des médias audiovisuels¹³ (radio, télévision, services de médias audiovisuels à la demande) reste, à cet égard, spécifique et plus restrictif. Cela pouvait être nécessaire et justifié, dans le passé, en raison du nombre alors limité des canaux de diffusion par voie hertzienne. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Face à la multiplication et à la diversification des modes de diffusion, un contrôle essentiellement technique de l'utilisation des fréquences hertziennes, ou police des ondes, pour empêcher le brouillage et

assurer la libre réception des émissions, pourrait suffire. S'agissant du droit économique ou statut des entreprises, le statut des médias audiovisuels continue d'être spécifique et bien plus complexe que celui des médias écrits ou imprimés. Il en est ainsi, de manière en partie semblable et en partie distincte, tant à l'égard du secteur public que du secteur privé de la radio-télévision. L'un et l'autre sont soumis à la tutelle de l'instance dite « de régulation » qu'est désormais l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM). D'autres institutions étatiques continuent cependant d'avoir des compétences à leur égard.

L'abandon, depuis 1982, du principe du monopole d'État et l'ouverture au secteur privé laissent cependant subsister, dans un cadre concurrentiel, un secteur public de la radio-télévision, en charge de missions de service public¹⁴.

Aux termes des dispositions spécifiques au « secteur public de la communication audiovisuelle », auquel était traditionnellement confiée la mission d'« informer, éduquer, cultiver, distraire », l'article 43-11 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (audiovisuelle) pose notamment que les sociétés nationales de programme de la radio-télévision « poursuivent, dans l'intérêt général, des missions de service public. Elles offrent au public, pris dans toutes ses composantes, un ensemble de programmes et de services qui se caractérisent par leur diversité et leur pluralisme, leur exigence de qualité et d'innovation, le respect des droits de la personne et des principes démocratiques constitutionnellement définis. Elles présentent une offre diversifiée de programmes en modes analogique et numérique dans les domaines de l'information, de la culture, de la connaissance, du divertissement et du sport. Elles favorisent le débat démocratique, les

13. E. Derieux, « Médias audiovisuels », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, p. 153-218 ; « Droit des médias audiovisuels », *Le droit des médias*, Dalloz, p. 47-68 ; P. Mbongo (dir.), *La liberté de communication audiovisuelle au début du XXI^e siècle*, L'Harmattan, 2013, 200 p. ; S. Regourd, *Droit de la communication audiovisuelle*, PUF, 2001, 475 p. ; S. Regourd et L. Calandri (dir.), *La régulation de la communication audiovisuelle. Enjeux et perspectives*, Institut Universitaire Varenne, 2015, 293 p.

14. J. Campet, *L'avenir de la télévision publique*, Rapport au ministre de la communication, La doc. fr., 1994, 85 p. ; E. Derieux, « Service public et secteur public de la communication audiovisuelle », in P. Mbongo (dir.), *La liberté de la communication audiovisuelle au début du XXI^e siècle*, L'Harmattan-INA, 2013, p. 23-41 ; « Missions et gouvernance de l'audiovisuel public. Spécificités du secteur public ? », in S. Regourd, et L. Calandri (dir.), *La régulation de la communication audiovisuelle*, Fondation Varenne-LGDJ, 2015, p. 341-355 ; P. Juneau, « Intérêt public et service public de l'audiovisuel : l'expérience canadienne », in E. Derieux, et P. Trudel (dir.), *L'intérêt public, principe du droit de la communication*, Victoires Éditions, 1996, p. 119-124 ; S. Regourd, *Vers la fin de la télévision publique ? Traité de savoir-vivre du service public audiovisuel*, Éditions de l'attribut, 2008, 239 p. ; D. Truchet, « Intérêt public et service public de l'audiovisuel en France », in E. Derieux et P. Trudel (dir.), *L'intérêt public, principe du droit de la communication*, Victoires Éditions, 1996, p. 125-134.

échanges entre les différentes parties de la population ainsi que l'insertion sociale et la citoyenneté. Elles mettent en œuvre des actions en faveur de la cohésion sociale, de la diversité culturelle, de la lutte contre les discriminations et des droits des femmes [...] Elles assurent la promotion de la langue française et, le cas échéant, des langues régionales et mettent en valeur la diversité du patrimoine culturel et linguistique de la France. Elles concourent au développement et à la diffusion de la création intellectuelle et artistique [...] ».

Selon ce que pose l'article 44 de la même loi, « la société nationale de programme France Télévisions est chargée de concevoir et programmer des émissions de télévision à caractère national, régional et local [...] Elle édite et diffuse également plusieurs services de communication audiovisuelle, y compris des services de médias audiovisuels à la demande, répondant aux missions de service public définies à l'article 43-11 et dans son cahier des charges [...] Dans le respect de l'identité des lignes éditoriales de chacun des services qu'elle édite et diffuse, France Télévisions veille par ses choix de programmation et ses acquisitions d'émissions et d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques à garantir la diversité de la création et de la production ».

Par le même article, il est notamment posé que « la société nationale de programme dénommée Radio France [...] valorise le patrimoine et la création artistique, notamment grâce aux formations musicales dont elle assure la gestion et le développement », et que « la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France, société nationale de programme, a pour mission de contribuer à la diffusion et à la promotion de la langue française, des cultures française et francophone ».

Pour mettre ces entreprises du secteur public de la radio-télévision à l'abri de trop fortes préoccupations d'audience et leur permettre de mieux remplir leurs missions de service public, incluant des préoccupations culturelles, la part du financement par la publicité, qui repose notamment sur les chiffres d'audience, y est encadrée et

réduite par rapport à ce qu'elle représente dans le secteur de l'audiovisuel privé¹⁵.

La création d'entreprises privées de communication audiovisuelle est, en application de l'article 28 de la même loi, soumise à l'obtention d'une autorisation. Celle-ci est délivrée par l'actuelle ARCOM. Son octroi est subordonné « à la conclusion d'une convention passée entre » ladite instance de régulation « et la personne qui demande l'autorisation ». Cette « convention porte notamment sur [...] la durée et les caractéristiques générales du programme propre [...] les modalités permettant d'assurer la contribution au développement de la production d'œuvres audiovisuelles [...] la proportion substantielle d'œuvres musicales d'expression française [...] la part du chiffre d'affaires consacrée à l'acquisition des droits de diffusion d'œuvres cinématographiques d'expression originale française [...] les dispositions propres à assurer le respect de la langue française et le rayonnement de la francophonie [...] la diffusion de programmes éducatifs et culturels ainsi que d'émissions destinées à faire connaître les différentes formes d'expression artistique [...] la contribution à des actions culturelles [...] le concours complémentaire au soutien financier de l'industrie cinématographique et de l'industrie de programmes audiovisuels ».

Lors de la privatisation de TF1, par la loi du 30 septembre 1986, avait été évoqué, dans des conditions qui avaient suscité quelques suspicions et remarques ironiques, le fait que l'autorisation d'exploitation de cette ancienne chaîne du secteur public de la télévision serait attribuée au « mieux disant culturel » !

Aux entreprises du secteur privé de la radio-télévision, bénéficiaires de l'autorisation d'exploitation, s'imposent, comme s'agissant des entreprises de presse, éditrices de publications périodiques et de services de presse en ligne, des obligations spécifiques de transparence, d'indépendance et de pluralisme.

Le non-respect des obligations des entreprises tant publiques que privées de communication audiovisuelle est notamment susceptible de faire

15. « Que la publicité participe au financement d'une télévision de service public n'est pas, dans son principe, choquant [...] La publicité est un moyen moderne de développement de la vie économique et il est évident que la radio et la télévision sont parfaitement adaptés à ses objectifs [...] La radio et la télévision du service public auront besoin de ressources nouvelles, ne serait-ce que pour faire face à l'exigence de qualité des programmes et pour assurer la survie du cinéma », G. Montassier, *Le fait culturel*, Fayard, 1980.

l'objet de sanctions prononcées par l'instance de régulation.

Bien que relevant du secteur privé, les entreprises et activités cinématographiques (production, distribution, exploitation) sont soumises à quelques règles et contrôles spécifiques répondant à des préoccupations diverses. Leur statut se caractérise surtout par le fait qu'elles bénéficient de différentes modalités d'aides publiques. Par ailleurs, en contradiction avec l'affirmation du principe de liberté de communication, l'exploitation des films en salles reste subordonnée à autorisation. Dans un but notamment de protection des jeunes publics, celle-ci prend la forme d'un visa de classification par catégories d'âges délivré par les autorités publiques¹⁶.

C. Droit professionnel

Outre le régime particulier des dits « intermittents du spectacle », en matière d'assurance chômage, et les réflexions sur la condition des artistes-auteurs¹⁷, le statut des professionnels des médias apparaît spécifique, en ce qu'il vise l'encadrement de ces activités et les droits de ceux qui s'y adonnent, sans que puisse cependant y être vue la manifestation de préoccupations culturelles, principalement à l'égard et au profit des journalistes¹⁸, dans leurs relations avec leurs employeurs.

Qu'il s'agisse de la définition du journaliste professionnel, de l'encadrement des conditions matérielles (salariés-permanents ou pigistes-occasionnels et présomption de salariat) et morales d'exercice de cette activité, ou des modalités de rupture du contrat de travail et des droits et des protections qui y sont attachés, les dispositions en cause paraissent bien souvent imprécises et incomplètes. Elles sont, de ce fait, causes de fréquents litiges.

D. Droit de la responsabilité

L'affirmation du principe, de valeur constitutionnelle, européenne et internationale, de « libre communication des pensées et des opinions », englobant la liberté de création littéraire et artistique, comporte cependant la détermination de limites, constitutives du régime de responsabilité¹⁹ ou statut du contenu des médias. Il est ainsi cherché à en assurer la conciliation avec des droits et des libertés individuels ou collectifs apparemment concurrents et l'obligation d'avoir ainsi à « répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

Ladite « loi » est, pour partie, la loi du 29 juillet 1881, dite « sur la liberté de la presse ». En dépit de son intitulé, elle a, pour l'essentiel de ses dispositions, aujourd'hui vocation à s'appliquer à l'ensemble des médias ou supports de communication.

Cette loi définit et réprime, pas toujours de façon claire et rigoureuse, certains des principaux « abus » de la liberté d'expression, tels que les diffamations, les injures, les messages haineux et discriminatoires, les provocations et apologies de crimes et de délits...

Loi pénale, la loi du 29 juillet 1881 est aussi, et de manière essentielle, une loi de procédure pénale²⁰. C'est sans doute ce qui explique le fort attachement que certains manifestent à son égard et les critiques qui sont formulées par d'autres. Par les particularités qu'elle comporte en la matière (délai de prescription ; initiative de l'action en justice ; exigence, dès l'engagement de l'action, d'une exacte qualification des faits et détermination de la disposition applicable, sans possibilité de requalification...), elle a pour conséquence de faire fréquemment obstacle à la répression et même à la réparation des abus de la liberté d'expression que pourtant elle détermine.

La « loi », qui définit et réprime divers « abus » de la liberté de communication, ce sont aussi des dispositions du Code civil (protection de la vie

16. E. Derieux, « Cinéma », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, p. 237-251 ; J.-M., Pontier, *Le droit du cinéma*, PUF, 1995, 127 p. ; R. Romi et G. Bossis, *Droit du cinéma*, LGDJ, 2004, 222 p.

17. B. Racine et autres, *L'auteur et l'acte de création*, Rapport au ministre de la culture, janv. 2020, 140 p.

18. E. Derieux, « Droit des professionnels des médias », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, p. 313-373 ; « Droit professionnel des médias », *Le droit des médias*, Dalloz, p. 79-98.

19. B. Beignier et autres, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, 1 419 p. ; Ch. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, Dalloz, 3^e éd., 2020, 965 p. ; E. Derieux, « Droit de la responsabilité des médias », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, p. 375-578 ; « Droit de la responsabilité des médias », *Le droit des médias*, Dalloz, p. 99-126 ; E. Dreyer, *Droit de la communication*, LexisNexis, 2018, 1 161 p.

20. E. Raschel, *La procédure pénale en droit de la presse*, Lextenso-Gazette du Palais, 2019, 296 p.

privée et de la présomption d'innocence et, lorsqu'une référence susceptible d'être faite à la loi du 29 juillet 1881 n'entraîne pas l'exclusion – jurisprudentielle, sans fondement légal – de son application, le régime général de responsabilité des articles 1240 et suivants), du Code pénal (atteinte à l'intimité de la vie privée, violation de secrets, atteinte à l'autorité et à l'indépendance de la justice...), du Code de la santé publique (publicité pour l'alcool ou pour le tabac), du Code de la consommation... et quelques dispositions législatives non codifiées. La poursuite et la répression de ces « abus », étrangers à la loi de 1881, échappent, en principe, aux particularités de procédure contraignantes et restrictives de ladite loi.

Conformément au principe énoncé par l'article 85 du Règlement (UE) n° 2016/679, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (RGPD), l'actuel article 80 de la loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, fait, en faveur de la liberté d'expression et du droit à l'information, échapper à un certain nombre de dispositions restrictives de la possibilité de collecte, de traitement et de conservation des données à caractère personnel, « les traitements mis en œuvre aux fins : 1° d'expression universitaire, artistique ou littéraire ; 2° d'exercice à titre professionnel de l'activité de journaliste ». Il précise cependant que ces dispositions « ne font pas obstacle à l'application des dispositions du Code civil, des lois relatives à la presse écrite ou audiovisuelle et du Code pénal, qui prévoient les conditions d'exercice du droit de réponse et qui préviennent, limitent, réparent et, le cas échéant, répriment les atteintes à la vie privée et à la réputation des personnes ». Qu'en est-il en pratique ?

E. Droits intellectuels

La relation entre le droit de la communication et des médias et la culture apparaît évidemment plus marquée en ce qui concerne les droits intellectuels, droits d'auteur et droits voisins²¹. Sans vouloir réduire cette branche du droit au seul droit des médias ou de la communication, il peut être considéré qu'elle en constitue une des composantes ou des dimensions. Protégés dans leurs créations et leurs prestations, les titulaires de droits sont ainsi, en quelque sorte, incités à poursuivre leurs activités culturelles dans l'intérêt du public.

S'agissant du « droit d'auteur », l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous » et que « ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial ».

Sont considérées comme œuvres de l'esprit toutes les créations de forme originale portant la marque de la personnalité de leur auteur. L'article L. 112-2 dudit Code énumère notamment « les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques [...] les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales [...] les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque [...] les compositions musicales avec ou sans paroles [...] les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles [...] les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie [...] les œuvres graphiques et typographiques [...] les œuvres photographiques [...] ».

Pendant le temps que dure la protection du droit d'auteur (vie de l'auteur et 70 ans après la

21. Y. Bazire et C. Le Goffic, *L'essentiel de la propriété littéraire et artistique*, Gualino, 2^e éd., 2021, 160 p. ; C. Bernault et J.-P. Clavier, *Dictionnaire de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2015, 516 p. ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 928 p. ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^e éd., 2020, 716 p. ; E. Derieux, « Droits intellectuels des médias », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, p. 579-696 ; P.-Y. Gautier et N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, Lextenso-LGDJ, 2021, 716 p. ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 5^e éd., 2017, 1 756 p. ; E. Pierrat, *Le droit d'auteur et l'édition*, éd. du Cercle de la Librairie, 4^e éd., 2013, 500 p. ; *L'auteur, ses droits et ses devoirs*, Gallimard, coll. « Folio », 2020, 841 p. ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014, 1 760 p. ; P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, 310 p. ; P. Tafforeau et C. Monnerie, *Droit de la propriété intellectuelle*, Lextenso-Gualino, 4^e éd., 2015, 608 p. ; E. Terrier, *Vers une nouvelle figure du droit d'auteur. L'affirmation d'une logique publique culturelle*, Larcier, 2021, 558 p. ; S. Visse-Causse, *Droit de la propriété intellectuelle*, Lextenso-Gualino, 3^e éd., 2021, 236 p. ; M. Vivant et J.-M. Bruguère, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4^e éd., 2018, 1 385 p.

mort de l'auteur, pour les œuvres individuelles ; un point de départ de ce délai différent s'agissant des œuvres à plusieurs auteurs), l'exploitation publique d'une œuvre est en principe soumise à l'autorisation de l'auteur ou de ses ayants droit qui, en contrepartie, peuvent prétendre à une rémunération.

En droit français, européen ou continental, aux attributs du droit patrimonial d'auteur, s'ajoutent, au moins théoriquement, les éléments du droit moral (droit de divulgation, droit au nom ou à la paternité, droit au respect de l'œuvre...). Pèsent-ils toujours le même poids ?

Les titulaires (artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, entreprises de communication audiovisuelle, entreprises et agences de presse) de « droits voisins du droit d'auteur » jouissent également de droits qui présentent des caractéristiques semblables aux droits des auteurs.

Certaines des modalités d'encadrement des entreprises, professions, activités et contenus des médias contribuent aussi déjà à leur apporter un soutien, dans l'intérêt de ceux qui s'y adonnent et indirectement du public, ou peuvent parfois apparaître comme en constituant la condition ou la contrepartie.

II. Activités assistées

Officiellement au moins, au nom du droit à l'information et à la culture, complément du principe de liberté de communication et pour donner à celle-ci plus de réalité et en faire bénéficier le plus grand nombre, le droit français des médias comporte diverses modalités d'aides publiques²². Relatives au droit économique, au droit professionnel, au droit de la responsabilité et aux droits intellectuels, elles font du secteur de la création, des médias et de la communication, des activités assistées.

A. Droit à l'information

À défaut d'être explicitement énoncé, le droit du public à l'information et à la culture constitue, tant en droit français qu'en droit européen ou

international, le fondement de diverses dispositions législatives et réglementaires et de décisions rendues par les juridictions. Manifestation, à cet égard, de la conception de l'« État providence » ou « interventionniste », il sert de justification officielle à diverses formes d'interventions publiques et modalités d'aides.

1. Principe constitutionnel

Posant, en son article 2, que « la langue de la République est le français », la Constitution de la V^e République énonce, en son article 4, que « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions » et, en son article 34, que « la loi fixe les règles concernant [...] la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ». Aucune autre mention plus explicite d'un quelconque droit à l'information ou à la culture n'y figure.

Interprétant, de manière plus actuelle, les principes libéraux énoncés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et dans la Constitution, le Conseil constitutionnel y trouve occasionnellement les fondements d'un droit du public à l'information et à la culture susceptible de justifier des contraintes particulières autant que des formes d'interventions publiques et de soutiens.

Dès la décision 84-181 DC, du 11 octobre 1984, le Conseil constitutionnel a considéré que, « loin de s'opposer à la liberté de la presse ou de la limiter, la mise en œuvre de l'objectif de transparence financière tend à renforcer un exercice effectif de cette liberté ; qu'en effet, en exigeant que soient connus du public les dirigeants réels des entreprises de presse, les conditions de financement des journaux, les transactions financières dont ceux-ci peuvent être l'objet, les intérêts de tous ordres qui peuvent s'y trouver engagés, le législateur met les lecteurs à même d'exercer leur choix de façon vraiment libre et l'opinion à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'information qui lui sont offerts par la presse écrite ». Dans la même décision, il a posé que « le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale [...] est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; qu'en effet la libre communication des pensées et des opinions,

22. « La légitimité d'une intervention de l'État dans le domaine de la culture n'est nullement évidente [...] On peut douter qu'il puisse en quoi que ce soit être concerné par la création et la diffusion des valeurs de l'esprit, sinon pour les soumettre ou pour les surveiller [...] La création et la diffusion culturelle dont particulièrement vulnérables dans une économie de marché, fondée sur les notions de concurrence, de rentabilité et de profit ; l'État est alors conduit à jouer un rôle compensateur ou correcteur de plus en plus important », J. Rigaud, *La culture pour vivre*, Gallimard, 1975.

garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public [...] n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché ».

Les mêmes formulations ont été reprises dans les décisions 82-141 DC, du 27 juillet 1982, et 86-217 DC, du 18 septembre 1986, relatives à la communication audiovisuelle.

Dans des décisions rendues plus récemment dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel a évoqué « la liberté d'expression et l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinions » (décision 2010-3 QPC, du 28 mai 2010). Dans la décision 2015-511 QPC, du 7 janv. 2016, il a posé que « la libre communication des pensées et des opinions [...] ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les quotidiens d'information politique et générale, n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents », et ajouté, comme précédemment, que « le pluralisme et l'indépendance des quotidiens d'information politique et générale constituent des objectifs de valeur constitutionnelle ».

Une telle conception implique qu'il soit allé au-delà des seuls principes du libéralisme. Elle nécessite et justifie diverses formes d'interventionnisme étatique.

2. Principe international et européen

Des références plus ou moins explicites au droit à l'information et à la culture peuvent être trouvées dans les textes de droit international et de droit européen.

En son article 27, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), du 10 décembre 1948, dispose que « toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent ».

Ce même principe est énoncé par l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), du 16 décembre 1966.

À l'occasion des négociations internationales instaurant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les préoccupations culturelles ont conduit très particulièrement les autorités politiques françaises et, à leur suite ou à leur initiative, les instances européennes et le Québec notamment à rechercher, au profit des entreprises et activités médiatiques culturelles, et particulièrement de la production cinématographique et audiovisuelle, les moyens d'une « exemption » ou « exception culturelle » ou, plus positivement, de préservation de la « diversité culturelle »²³.

Au sein de l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture (Unesco), a été adoptée, le 2 novembre 2001, la Déclaration universelle sur la diversité culturelle. En préambule, il y est posé que « le processus de mondialisation, facilité par l'évolution rapide des nouvelles technologies de l'information et de la communication, bien que constituant un défi pour la diversité culturelle, crée les conditions d'un dialogue renouvelé entre les cultures et les civilisations ». En son article 8, il est fait état de ce que « les biens et services culturels » sont

23. E. Derieux, « Droit économique international des médias », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, p. 735-750; A. Gabet, *L'exception culturelle*, Ellipses, 2003, 96 p.; G. Gagné et autres, *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective ?*, Fides, 2005, 212 p.; M.-F. Labouz et autres, *La diversité culturelle en question(s)*, Bruylant, 2006, 319 p.; P. Lemieux, *La diversité culturelle : protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques*, Presses de l'Université Laval, 2005, 215 p.; N. Mezghani et M. Cornu, *Intérêt culturel et mondialisation. Les protections nationales*, L'Harmattan, 2004, 350 p.; M. Raboy, et autres, *Développement culturel et mondialisation de l'économie. Un enjeu démocratique*, Institut québécois de recherche sur la culture; S. Regourd, *L'exception culturelle*, PUF, 2002, 127 p.; H. Ruiz Fabri et I. Bernier, *Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle*, Bibliothèque du Québec; M. Saint-Pulgent et autres, *Mondialisation et diversité culturelle*, La doc. fr., 2003, 84 p.; J. Tardif et J. Farchy, *Les enjeux de la mondialisation culturelle*, Hors commerce, 2006, 365 p.; A. Vlassis, *Gouvernance mondiale et culture. De l'exception à la diversité*, Presses universitaires de Liège, 2015, 325 p.; J.-P. Warnier, *La mondialisation de la culture*, La découverte, 1999, 130 p.

« des marchandises pas comme les autres ». Son article 9 affirme qu'« il revient à chaque État [...] de définir sa politique culturelle et de la mettre en œuvre par les moyens d'action qu'il juge les mieux adaptés, qu'il s'agisse de soutiens opérationnels ou de cadres réglementaires appropriés ». Son article 11 énonce encore que « les seules forces du marché ne peuvent garantir la préservation et la promotion de la diversité culturelle, gage d'un développement humain durable », et que, « dans cette perspective, il convient de réaffirmer le rôle primordial des politiques publiques ».

Le 20 octobre 2005 était adoptée, dans le même cadre de l'Unesco, la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. En son article 1^{er}, figure l'objectif de « protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles » ; de « reconnaître la nature spécifique des activités, biens et services culturels » ; et de « réaffirmer le droit souverain des États de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'ils jugent appropriées pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles ». À cet égard, l'article 6 fait mention de la possibilité : de « mesures réglementaires » ; d'« aides financières publiques » ; d'« établir et soutenir, de façon appropriée, les institutions de service public » ; de « promouvoir la diversité des médias y compris au moyen du service public de radiodiffusion ».

Quel est cependant le poids de ces préoccupations culturelles face aux réalités économiques ?

Le principe du droit à l'information et à la culture est également présent dans les textes fondamentaux du droit européen.

En son Titre XIII relatif à la « culture », l'article 167 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dispose que : « l'Union contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun [...] L'action de l'Union vise à encourager la coopération entre États membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leur action dans les domaines suivants : l'amélioration de la connaissance et de la diffusion de la culture [...] la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de l'audiovisuel ».

Le Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres de l'UE (octobre 1997) considère que « la radiodiffusion de service public [...] est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias », et qu'est justifié un financement public des « organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public » qui leur est confiée.

Dans le Préambule de la Convention « télévision transfrontière » (5 mai 1989, révisée en 1998), les États membres du Conseil de l'Europe se proclament notamment « désireux de développer [...] la promotion de la production audiovisuelle ». S'agissant des « objectifs culturels », l'article 10 pose que « les Parties s'engagent à rechercher ensemble les instruments et procédures les plus adéquats pour soutenir [...] l'activité et le développement de la production européenne ».

B. Droit économique

Le souci de contribuer au droit du public à l'information et à la culture entraîne notamment le maintien de l'existence d'un secteur public de la radio-télévision et l'instauration de diverses modalités d'aides et de protections dont bénéficient les différents médias privés.

Pour remplir, conformément à la loi n° 57-32, du 10 janvier 1957, sa mission de collecte et de diffusion de l'information, assurer la présence de la langue et de la culture françaises à travers le monde, et subsister en tant qu'« organisme d'information à rayonnement mondial », l'Agence France Presse (AFP) bénéficie d'un financement public important. Celui-ci prend officiellement la forme d'une souscription d'abonnements par les services de l'État. Pour échapper à l'accusation de pratiques anti-concurrentielles dont souffriraient les agences françaises ou étrangères privées, l'article 13 de ladite loi qualifie désormais ce mode de financement de « compensation financière par l'État des coûts nets générés par l'accomplissement de ses missions d'intérêt général ».

Pour contribuer aux « missions de service public » qui sont les siennes, l'audiovisuel public bénéficie, entre autres avantages ou protections, d'un financement public. Il en tire le principal de ses ressources.

Pour assurer leur survie et contribuer ainsi au pluralisme, les entreprises éditrices de presse profitent, de façon peu sélective, d'un régime économique (tarifs postaux préférentiels; subventions accordées à diverses catégories de publications périodiques) et fiscal (cotisation foncière des entreprises; impôt sur les bénéfices; taux de TVA réduit pesant sur la fourniture d'informations et l'impression des publications; taux de TVA hyper-réduit applicable à la vente) de faveur²⁴.

Le taux de TVA réduit s'applique à la vente des livres.

Par la loi n° 2021-1717 du 21 décembre 2021 relative aux bibliothèques et au développement de la lecture publique, ont été introduites, dans le Code du patrimoine, diverses dispositions énonçant notamment que les bibliothèques publiques « ont pour missions de garantir l'égal accès de tous à la culture, à l'information, à l'éducation, à la recherche, aux savoirs et aux loisirs ainsi que de favoriser le développement de la lecture », et que « ces missions s'exercent dans le respect des principes de pluralisme des courants d'idées et d'opinions, d'égalité d'accès au service public ». Il est posé que l'accès aux bibliothèques doit être libre et gratuit.

À tous les stades, de la production à l'exploitation des films en salles, les activités cinématographiques bénéficient de diverses modalités d'aides publiques.

Des obligations de contribution au financement de la production cinématographique et audiovisuelle s'imposent aux chaînes de télévision et aux plateformes de mise en ligne d'œuvres audiovisuelles.

Une autre mesure protectionniste des activités cinématographiques passe par la dite « chronologie des médias ». Celle-ci consiste en un échelonnement dans le temps de leur exploitation en salles, puis sous la forme de vidéos, et enfin à la télévision.

C. Droit professionnel

Les particularités du statut des journalistes, par rapport au droit commun du travail, sont supposées contribuer, au-delà du statut particulier de

certaines entreprises éditrices et des droits qui leur sont collectivement reconnus, à assurer leur indépendance vis-à-vis de leurs employeurs, et intervenir ainsi en faveur de la qualité de l'information mise à la disposition du public.

Il en est notamment ainsi de la dite « clause de conscience ». Selon les termes de l'article L. 7112-5 du Code du travail, celle-ci leur permet de donner leur démission, tout en ayant droit à des indemnités comme s'ils avaient été licenciés, en cas de « cession » de la publication; de « cessation de la publication »; de « changement notable dans le caractère ou l'orientation » de la publication « si ce changement crée, pour le salarié, une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale, à ses intérêts moraux ». Cependant, le contexte général du marché de l'emploi freine sans doute le recours à une telle faculté !

Les protections et facilités spécifiques accordées aux journalistes dans l'exercice de leur activité (possibilités d'enquête, présomption de salariat...) et la consécration d'un droit au secret de leurs sources d'information peuvent, en dépit des réserves susceptibles d'être formulées à cet égard, être considérées comme constituant, pour eux-mêmes et pour la satisfaction du droit du public à l'information, des modalités d'aides publiques.

Les juridictions font, le plus souvent, de toutes ces dispositions, une interprétation plutôt favorable aux journalistes.

Aux termes de l'article 81 du Code général des impôts, constitue un avantage fiscal la possibilité de faire échapper à l'impôt sur le revenu, jusqu'à concurrence de 7 650 euros, les « rémunérations des journalistes, rédacteurs, photographes, directeurs de journaux et critiques dramatiques et musicaux ».

À l'occasion de la pandémie de la Covid 19, les journalistes pigistes ont été admis à des indemnités particulières.

Les dits « intermittents du spectacle » (artistes-interprètes, techniciens...) bénéficient, pendant leurs périodes d'inactivité, d'une protection sociale (assurance chômage) particulière.

24. E. Derieux, « Aides de l'État à la presse », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, p. 115-136; A. Santini, *L'État et la presse*, Litec, 1990, 187 p.

D. Droit de la responsabilité

C'est au moins pour conforter la liberté d'expression, sinon pour satisfaire le droit du public à l'information, qu'ont, à l'époque, été adoptées, et que sont encore aujourd'hui maintenues, d'une façon qui n'échappe cependant pas à la contestation, les particularités de procédure de la loi du 29 juillet 1881²⁵. Causes d'un grand déséquilibre entre les parties, il est, par elles, fait obstacle à la répression des abus de la liberté d'expression que pourtant cette même loi détermine. Cela explique l'opposition des représentants des médias à la dépénalisation d'infractions telles que la diffamation²⁶, ou au transfert de certaines dispositions de ladite loi dans le Code pénal, ou à l'insertion d'infractions nouvelles dans le même Code plutôt que dans cette loi très spéciale.

Dans ce que devrait être la recherche d'équilibre des intérêts entre la liberté d'expression et le droit à l'information, d'un côté, et la protection de droits et d'intérêts individuels ou collectifs, de l'autre, les juridictions font fréquemment pencher la balance en faveur des premiers.

La construction jurisprudentielle de ladite « bonne foi », en faveur des personnes poursuivies pour diffamation, alors que le texte de la loi de 1881 n'envisage expressément que la seule « preuve de la vérité du fait diffamatoire », bien plus exigeante et difficile à apporter, constitue un renforcement de la liberté d'expression, sinon du droit du public à l'information.

Une telle tendance est encouragée sinon imposée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁷. Pour elle, la liberté d'expression « vaut non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec

faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent ». De manière contestable, elle dit encore qu'elle « ne se trouve pas devant un choix entre deux principes antinomiques, mais devant un principe – la liberté d'expression – assorti d'exceptions qui appellent une interprétation étroite »²⁸.

E. Droits intellectuels

Même si elle n'en est évidemment pas la seule cause ou motivation, et si celle-ci peut être plus noble ou désintéressée, la consécration, par la loi et les décisions de justice qui veillent à son respect et qui constituent ainsi des formes d'interventions sinon d'aides publiques à cet égard, des droits de propriété littéraire et artistique (droits d'auteurs et droits voisins), constitue assurément une incitation à la création et à la production des œuvres et des prestations culturelles. Elle est à tout le moins une protection si ce n'est une assistance pour ceux qui (auteurs, artistes-interprètes, éditeurs, producteurs, diffuseurs...) s'y adonnent. Financièrement associés à leur exploitation, les titulaires de droits sont ainsi en mesure de poursuivre leurs activités. Il est supposé contribuer ainsi, au moins indirectement, à la satisfaction des droits du public à la culture.

Dans leur dimension patrimoniale, les droits de propriété intellectuelle sont, pendant au moins un temps, protégés dans l'intérêt des titulaires de droits.

Certaines des exceptions au droit patrimonial des auteurs et des titulaires de droits voisins, déterminées dans l'intérêt public et de son accès à l'information, à la culture et à l'éducation,

25. Ch. Bigot, « La poursuite des infractions prévues par la loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse », *Pratique du droit de la presse*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 333-483 ; E. Derieux, « Régime général de responsabilité », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, p. 379-411 ; E. Dreyer, « La poursuite des infractions de presse », *Droit de la communication*, LexisNexis, 2018, p. 731-882 ; E. Raschel, *La procédure pénale en droit de la presse*, Lextenso-Gazette du Palais, 2019, 296 p.

26. B. Ader et autres, « Il ne faut pas dépénaliser la diffamation », *Le Monde*, 26 janvier 2009 ; E. Derieux, « Dépénalisation de la diffamation. Une proposition de la Commission Guinchard », *LPA* 8 août 2008 ; « Dépénalisation de la diffamation. Contribution à la réflexion », in P. Mbongo (dir.), *Philosophie juridique du journalisme*, Mare & Martin, 2011, p. 73-90 ; S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La doc. fr. ; B. Lamy, « Vers une dépénalisation de la diffamation et de l'injure », *JCP G* 2008.I. 209 ; Ph. Malaurie, « Ne dépénalisons pas la diffamation et l'injure », *JCP G* 2008. Actualité. 566.

27. Ch. Bigot, *La liberté d'expression en Europe. Regards sur douze ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2006-2017)*, Victoires SA, coll. « Légipresse », 2018, 184 p. ; E. Derieux, « Droit européen de la responsabilité des médias », *Droit européen des médias*, Bruylant, 2017, p. 339-699 ; « Jurisprudence européenne », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, p. 838-855.

28. CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, *Sunday Times* ; 26 nov. 1991, n° 13585/88, *Observer et Guardian* ; 21 janv. 1999, n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France* ; 2 mai 2000, n° 26132/95, *Bergens Tidende* ; 3 oct. 2000, n° 34000/96, *du Roy et Malaurie c/ France* ; 30 mars 2004, n° 53984/00, *Radio France c/ France*.

comportent cependant, au profit des intéressés, une compensation financière.

Autant qu'à la satisfaction des droits du public, les aides à la création, les obligations de production, les quotas de diffusion, dans le domaine de l'audiovisuel, profitent indirectement aux différents titulaires de droits.

Au-delà de la protection sociale dont, parmi les intermittents du spectacle, bénéficient les artistes-interprètes, conviendrait-il, comme cela est souhaité par certains, d'instaurer un statut social protecteur particulier pour les auteurs et les créateurs ?

* * *

Pour autant qu'il puisse être considéré qu'ils existent et qu'ils constituent des branches du droit ou des disciplines juridiques, équivalentes à d'autres assurément plus anciennes et bien davantage développées et mieux établies, le droit de la communication ou des médias et le droit de la culture s'entrecroisent au moins partiellement. Ils empruntent l'un à l'autre et ils constituent des composantes l'un de l'autre. Complémentaires, ils contribuent, de manière liée, à faire que les activités culturelles en cause soient, tant dans l'intérêt de ceux qui s'y adonnent que du public, autant encadrées qu'assistées. Les médias jouent-ils mieux ainsi un rôle culturel ? Mais est-ce ce que le public y recherche ?

Dossier

Droit et culture

L'appréhension juridique des notions d'origine et de provenance des biens culturels, éléments de comparaison

Marie Cornu

Directrice de recherche au CNRS, ISP UMR 7220

Antoinette Maget Dominicé

Professeure Junior en recherche de provenance et valeur
des biens culturels, LMU Munich

La notion de provenance, longtemps confinée dans un petit cercle d'initiés, est aujourd'hui plus largement sollicitée. On s'y réfère régulièrement dans les médias. Le terme fleurit dans les organigrammes des institutions culturelles et dans de nouveaux modes de financement de la recherche, ce qui en traduit le dynamisme. Moins visible dans le débat public, la notion d'origine est tout aussi centrale. Si ces deux concepts semblent *primo facies* s'articuler et se compléter, leur définition et leur place dans le droit ne sont pas exactement du même ordre. Avant d'entrer dans l'étude de leurs significations et charge juridiques, il peut être utile de revenir sur l'histoire de ces notions, en particulier sur la façon dont elles sont mobilisées dans les sciences humaines et sociales, puisque la recherche sur le

patrimoine culturel exige un rapprochement des méthodes et des théories¹.

L'étude du marché de l'art et de l'histoire des collections permet de faire remonter tôt l'intérêt pour la provenance. Le *Recueil Crozat*², dont le sous-titre mentionne une « description historique de chaque tableau », en est l'un des premiers exemples. Ensuite le développement du marché de l'art au XVIII^e siècle s'accompagne de nouveaux modes de commercialisation. Les marchands d'art, les vendeurs d'estampes, de meubles et de nombreux autres biens culturels se rendent alors compte de la valeur économique que représente l'histoire des biens. En établissant un lien avec des collections connues, en développant la communication autour des propriétaires précédents, autour de l'identité de collections

-
1. Les auteurs remercient Clarissa Bluhm pour sa relecture critique et Rebecca Egermann pour son aide dans les recherches bibliographiques.
 2. *Recueil d'estampes d'après les plus beaux tableaux et d'après les plus beaux desseins qui sont en France, dans le cabinet du Roy, dans celui de Monseigneur le duc d'Orleans, & dans d'autres cabinets, divisé suivant les différentes écoles, avec un abrégé de la vie des peintres, & une description historique de chaque tableau*, Paris, Imprimerie Royale, 1729.

antérieures, les marchands monétarisent la provenance du bien culturel : celle-ci devient source de plus-value. Parmi les exemples de références les plus connus, on citera le *Répertoire de tableaux, dessins et estampes, Ouvrage utile aux amateurs* publié en 1783 par François-Charles Joullain³, qui établit une véritable cartographie des grandes collections et de leurs chefs-d'œuvre. Quelques années auparavant, Edmé-François Gersaint publie les *Catalogues* à l'occasion de diverses ventes, dans lesquels il donne des précisions sur l'ensemble des propriétaires précédents⁴.

Outre la valeur monétaire, communiquer autour des collections par lesquelles sont passés les biens culturels ajoute une certaine « garantie » d'authenticité. C'est là le deuxième aspect fondamental de cette recherche de provenance menée au XVIII^e siècle. Ce duo – valeur et authenticité – conduit certains auteurs, tel le germaniste Thomas E. Schmidt, à qualifier la recherche de provenance de « science auxiliaire »⁵. Science auxiliaire du marché, dans sa dimension économique, et science auxiliaire d'une histoire de l'art en devenir, dans son travail de sélection entre authentique et copie. Cette dualité se maintient tout au long du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Avec le développement de l'histoire de l'art, affranchie de la philosophie, et sa reconnaissance comme discipline en soi⁶, se renforce également la recherche sur l'histoire des collections⁷. La détermination entre origine et prove-

nance des biens passe en revanche au second plan ; ce sont les écoles et les styles, les courants qui attirent l'attention. L'histoire de l'art, discipline « de l'exclusion »⁸, se construit autour d'une forte différenciation des œuvres et de leur filiation. De nouveaux outils se développent de manière concomitante, à destination des personnes en charge de collections ou actives sur le marché. On pense ici notamment au catalogue des marques de collections menées par l'historien de l'art Frits Lugt⁹ et à son *Répertoire des catalogues de vente*¹⁰. La qualification du changement de propriété au cours du temps joue donc un rôle dans la différenciation des œuvres et gagne ainsi en visibilité. En revanche, le statut juridique de ces étapes importe peu. Cette situation perdure longtemps. Ainsi, tant en histoire de l'art qu'en archéologie, c'est l'aspect de la filiation qui domine encore lorsque se termine la Seconde guerre mondiale, bien que cette filiation revête alors, selon les disciplines, deux dimensions distinctes. En matière d'archéologie s'y cristallisent les traces qui permettent la construction de discours nationalistes¹¹, tandis que l'histoire de l'art promeut l'appartenance à de prestigieuses collections et la valeur économique¹².

Les innombrables déplacements de biens culturels durant la Seconde guerre mondiale – que ce soit en raison des spoliations ou de la mise à l'abri de collections publiques – marque une césure. Si les saisies révolutionnaires et

3. F.C. Joullain, *Répertoire de tableaux, dessins et estampes, Ouvrage utile aux amateurs*, Paris, 1783, <https://bibliotheque-numerique.inha.fr/idurl/1/16483>.

4. S. Raux, « From Mariette to Joullain. Provenance and Value in Eighteenth-Century French Auction Catalogs », in G. Feigenbaum et I. Reist (dir.), *Provenance. An alternate history of art*, Getty Publications, 2012, p. 86-103, spéc. p. 92-93.

5. T.E. Schmidt, « Verdächtige und authentische Kunst », *Merkur*, vol. 72, 2018, n° 826, p. 44-53.

6. U. Pfisterer, « Kunstgeschichte, Genese der Disziplin », in U. Pfisterer (dir.), *Metzler Lexikon Kunstwissenschaft. Ideen, Methoden, Begriffe*, 2019, p. 245-249, https://doi.org/10.1007/978-3-476-04949-0_70.

7. V. not. D. Poulot, « L'histoire des collections entre l'histoire de l'art et l'histoire », in M.P. Hamard et P. Sénéchal (dir.), *Collections et marché de l'art en France, 1789-1848. Actes du colloque de Paris, École du Louvre, décembre 2003*, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 431-444.

8. R. Michel, « De la non-histoire de l'art. Plaidoyer pour la tolérance et le pluralisme dans une discipline hantée par la violence de l'exclusion », in R. Michel (dir.), *David contre David. Actes du colloque, Musée du Louvre, 1989*, Musée du Louvre, 1993, p. XIII-LXII.

9. F. Lugt, *Les marques de collections de dessins et d'estampes*, 1921, <http://www.marquesdecollections.fr/>; v. aussi P. Fuhring, R.S. Blok et L. Lhinares, « La nouvelle édition des Marques de collections des dessins et d'estampes de F. Lugt », in P. Fuhring (dir.), *Les marques de collection*, Éditions L'Échelle de Jacob, 2010, p. 37-45.

10. F. Lugt, *Répertoire des catalogues de vente intéressant l'art ou la curiosité*, Paris, 1938.

11. P. Kohl et C. Fawcett, « Archaeology in the service of the state: Theoretical considerations », in P. Kohl et C. Fawcett (Eds.), *Nationalism, Politics and the Practice of Archaeology*, Cambridge University Press, 1996, doi:10.1017/CBO9780511558214.001, p. 3-18.

12. G. Feigenbaum, « Manifest Provenance », in G. Feigenbaum et I. Reist (dir.), *Provenance. An alternate history of art*, Getty Publications, 2012 p. 6-28.

napoléoniennes avaient été relativement bien documentées¹³ et les biens culturels partiellement restitués¹⁴, les événements qui surviennent entre 1933 et 1945 marquent un tournant. Suivi peu de temps après par les premières indépendances d'États précédemment colonisés, cette période va bouleverser la recherche autour des biens culturels et entraîner de profondes modifications dans l'appréhension des notions de provenance et d'origine.

C'est à cette période que se développe dans les sciences humaines et sociales, en contrepoint des discussions autour d'un droit des biens culturels au niveau international, une réflexion autour du statut et de la hiérarchisation des objets dans la société, ainsi que de leur signification. La recherche irrigue le développement d'une différenciation entre origine et provenance, en intégrant la question de la signification des biens, celle de leur usage social et enfin celle de leur circulation.

Cette dynamique apparaît d'abord dans les travaux des sémioticiens¹⁵, parmi lesquels l'historien Krzysztof Pomian¹⁶, de sociologues et d'anthropologues, ainsi que d'archéologues. En se distanciant d'une approche essentiellement matérielle des objets en général et des biens culturels en particulier, l'anthropologue Igor Kopytoff proposa en 1986¹⁷, dans un article

publié dans l'ouvrage édité par l'anthropologue Arjun Appadurai, *The social life of things*¹⁸, le recours à la notion de « biographie ». En associant ce concept à un bien culturel, Kopytoff soumet l'idée d'un « chemin de vie » que parcourent les objets et au cours duquel pourraient prendre place différentes mutations au niveau de leur sens et de leur utilisation. L'importance du contexte est par ailleurs mise en avant. La notion de « biographie »¹⁹ s'établit alors, quand bien même elle demeure critiquée pour son caractère artificiel notamment²⁰ : elle permet en effet d'aborder les circulations d'objets tout en se distanciant d'avec le soupçon d'illicéité qui s'impose peu à peu²¹.

Puis en 1999, les archéologues Chris Gosden et Yvonne Marshall publient un article²² dans lequel ils s'appuient sur l'exemple d'un collier originaire des Îles Fidji et conservé au Pitt Rivers Museum à Oxford. Les auteurs soulignent l'apport que constitue le recours à l'établissement d'une « biographie » de cet objet en matière de recherche comparative. Gosden et Marshall y voient en particulier la possibilité de souligner les différentes relations construites autour des objets²³. Or, ce développement parallèle des exigences de licéité et de transparence dans la circulation des biens culturels appelle la critique. Celle-ci s'exprime par le biais de l'étude réalisée

13. V. à ce propos notamment les travaux de P. Lacour, dont *La République naturaliste. Collections d'histoire naturelle et Révolution française (1789-1804)*, Publications scientifiques du Museum, 2014. L'auteur souligne par ailleurs que plusieurs objets sont définis « en creux » lors des saisies révolutionnaires, v. P. Lacour, « Les dévotions perdues. Les objets de dévotion catholique sous le regard des savants parisiens, 1790-1801 », in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, 126-2 (2014), mis en ligne le 25 novembre 2014, consulté le 15 mars 2022, <https://doi.org/10.4000/mefrim.2011>, para. 5 et 25.

14. V. not. K. Pomian, « Pour une histoire des sémiophores. À propos des vases des Médicis », *Le Genre humain*, 1986, vol. 14, n° 1, p. 51-62, dont les travaux ont notamment été poursuivis dans le numérique par D. Niewerth, *Dinge-Nutzer-Netze: Von der Virtualisierung des Musealen zur Musealisierung des Virtuellen*, Transcript, 2018, p. 31 et s., p. 42 et s.

15. V. not. J. Baudrillard, *Le système des objets*, Gallimard, 1968.

16. V. not. K. Pomian, « Pour une histoire des sémiophores. À propos des vases des Médicis », *Le Genre humain*, 1986, vol. 14, n° 1, p. 51-62, dont les travaux ont notamment été poursuivis dans le numérique par D. Niewerth, *Dinge-Nutzer-Netze: Von der Virtualisierung des Musealen zur Musealisierung des Virtuellen*, Transcript, 2018, p. 31 et s., p. 42 et s.

17. I. Kopytoff, « The cultural biography of things: Commoditization as process », in A. Appadurai (dir.), *The social life of things: commodities in cultural perspective*, Cambridge University Press, 1986, p. 64-91.

18. A. Appadurai (dir.), *The social life of things: commodities in cultural perspective*, Cambridge University Press, 2011.

19. V. également T. Bonnot, « La biographie d'objets : Une proposition de synthèse », *Culture & Musées* 25, 2015, mis en ligne le 19 juin 2018, consulté le 12 janvier 2021, <http://journals.openedition.org/culturemusees/543>, DOI : <https://doi.org/10.4000/culturemusees.543>.

20. P. Bourdieu, « L'illusion biographique », in P. Bourdieu, *Raisons pratiques, sur la théorie de l'action*, Seuil, 1994, p. 81-89.

21. V. not. H.P. Hahn, « Dinge sind Fragmente und Assemblagen. Kritische Anmerkungen zur Metapher der ‚Objektbiografie‘ », in D. Boschung, P. Kreuz et T. Kienlin (éds.), *Biography of Objects. Aspekte eines kulturhistorischen Konzepts*, Bd. 31, Morphomata, 2015, p. 11-33.

22. C. Gosden et Y. Marshall, « The cultural biography of objects », *World Archaeology*, vol. 31, n° 2, 1999, p. 169-178.

23. *Ibid.*, p. 177.

par les archéologues Christopher Chippindale et David Gill et publiée en 2000²⁴. En analysant des données concernant des biens archéologiques provenant des Cyclades et présentés dans cinq expositions temporaires, les auteurs ont proposé un système de notation permettant de classer les indications relatives au lieu de découverte et aux changements de propriété. Ce classement s'établit sur la base de la qualité des informations, de la plus précise à la plus vague. L'approche permet de différencier l'origine, comprise comme le lieu de découverte et nommée en anglais *provenience*, de la provenance, qui correspond aux changements de main et qualifiée de *provenance*. Cette classification fera l'objet de critiques, focalisées sur la notion de *provenience*. La précision de celle-ci serait, selon Chippindale et Gill, fonction de la manière dont ont été réalisées les fouilles. L'idée de fixer ainsi l'origine au lieu de fouilles pour les biens archéologiques permet d'établir un parallèle avec les œuvres d'art, dont l'origine se trouve dans l'atelier de l'artiste. En poursuivant cette idée et en l'associant à la notion d'authenticité, l'historienne de l'art Elisabeth Marlowe suggère de remplacer la notion de *provenience* par celle de *grounded*, pour les objets dont le lieu de fouilles est précisément connu et si celui-ci permet d'exclure un faux, et d'*ungrounded*, pour les biens dont l'origine demeure inconnue²⁵. Marlowe y voit la possibilité d'exprimer ainsi immédiatement le doute entourant l'authenticité de pareils biens culturels²⁶. L'introduction, enfin, des termes d'*itinéraires*²⁷ et de *trajectoires*²⁸ au tournant du ^{xxi}e siècle confirme l'importance qu'ont acquis les déplacements de biens culturels et la difficulté que représente leur qualification, adossée ou opposée à leur dimension juridique.

On retiendra par conséquent les deux notions les plus courantes que sont celle d'origine et de provenance, pour tenter d'en délimiter la définition et la transposition dans le droit, quand bien même celles-ci semblent être indéfinies et sujettes à confusion selon la juriste Patty Gerstenblith²⁹. Nous les étudions d'abord sous l'angle de leurs temporalités propres (I) avant de nous pencher plus spécialement sur la façon dont aujourd'hui se renouvelle la question de la recherche de provenance (II).

I. Notions d'origine et de provenance, des temporalités propres

Si elles ont à voir l'une avec l'autre, ces deux notions d'origine et de provenance, ensemble convoquées par le droit dans un certain nombre de dispositifs, n'en déploient pas moins, chacune, un certain rapport au temps. Même si elles ont été ou sont parfois utilisées l'une pour l'autre, leur emploi dans la période contemporaine se distingue en effet par les temporalités dans lesquelles elles s'inscrivent. La notion de provenance peut être vue comme un processus dynamique de remontée dans le temps (B). Au sens premier, l'étymologie définit la provenance comme étant l'action de venir³⁰. Celle d'origine est au contraire une notion statique, qui désigne un point de départ ou un point d'arrivée, une situation posée comme originelle, toute la question étant de savoir comment le droit en définit les contours. Quelles réalités recouvre, une fois saisie par le droit, cette question des origines (A) ?

24. C. Chippindale et D. Gill, « Material Consequences of Contemporary Classical Collecting », *American Journal of Archaeology*, vol. 104, n° 3, 2000, p. 463-511.

25. E. Marlowe, « What We Talk About When We Talk About Provenience: A Response to Chippindale and Gill », *International Journal of Cultural Property* 23, 2016, p. 217-236.

26. E. Marlowe, « What We Talk About When We Talk About Provenience », préc., p. 224 ; v. aussi R.A. Joyce, « When is Authentic? Situating Authenticity in Itineraries of Objects », in A. Geurds et L. Van Broekhoven (dir.), *Creating authenticity. Authentication processes in ethnographic museums*, Sidestone Press, 2013, p. 39-47.

27. S. D. Gillespie et R.A. Joyce (dir.), *Things in Motion Object Itineraries in Anthropological Practice*, School for Advanced Research Press, 2015.

28. V. not. R.D. Fernando et S. Elizabeth, « Materials in the field: Object-trajectories and object-positions in the field of contemporary art », *Cultural Sociology*, vol. 7, n° 2, 2013, p. 161-178.

29. P. Gerstenblith, « Provenience and Provenance Intersecting with International Law in the Market for Antiquities », *North Carolina Journal of International Law*, vol. 45, 2020, p. 457-496, spéc. p. 460.

30. C. Andratschke, J. Hartmann, J. Poltermann, B. Reuter, I. Schmeisser et W. Schöddert, *Leitfaden zur Standardisierung von Provenienzangaben*, Arbeitskreis Provenienzforschung e.V., 2018, p. 7.

A. L'origine, un lien de rattachement complexe à juridiciser

Les références à la question des origines sont nombreuses dans le droit international, en particulier dans les textes qui abordent la question des circulations internationales de biens culturels. Dans le champ du patrimoine culturel, elle est avant tout mobilisée dans la production de normes de droit international public en matière de trafic illicite et de règles de restitutions. La préoccupation du retour, du rapatriement, de la restitution de biens soustraits à leur contexte n'est pas neuve³¹. Dans la période qui suit les indépendances, elle prend un tour particulier. Les revendications des pays sources, dont les biens culturels ont alimenté et alimentent encore le marché de l'art et dont le patrimoine se trouve en nombre dans de grandes institutions muséales occidentales, font plus fortement émerger la question des origines³². La Convention de La Haye adoptée en 1954³³ évoque le patrimoine des peuples mais non cette figure du pays d'origine, instrument plus spécialement concentré sur la protection des biens culturels déplacés des territoires occupés. Elle est au contraire plus présente dans la Convention Unesco du 14 novembre 1970 qui énonce que « les États parties à la présente Convention reconnaissent que l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels constituent l'une des causes principales de l'appauvrissement du patrimoine culturel des pays d'origine de ces biens, et qu'une collaboration internationale constitue l'un des moyens les plus efficaces de protéger

leurs biens culturels respectifs contre tous les dangers qui en sont les conséquences »³⁴.

Cette appréhension du pays d'origine au prisme des transferts de propriété illicites laissait cependant de côté des situations de déplacement de biens culturels non encore sanctionnées par le droit au moment où elles se réalisent, en particulier sous domination coloniale. Le droit ne les place pas encore dans le champ de l'illicite et la Convention de 1970, en dépit des attentes d'un certain nombre de jeunes États indépendants, ne dispose que pour l'avenir. Le choix d'un principe de non-rétroactivité de l'instrument n'évacue pas pour autant la question de ces dépossessions *ex ante*, mais elle sera traitée en périphérie, sur le mode de la négociation. D'abord, la Convention « n'interdit pas d'appliquer ses dispositions aux biens enlevés avant son entrée en vigueur ». Certains États ont intégré cette possibilité dans leur droit national, notamment la loi australienne qui, donnant effet à la Convention de 1970, vise aussi « les biens exportés antérieurement d'un autre pays à une date à laquelle était en vigueur une loi protégeant le patrimoine culturel contraire aux dispositions de la présente législation »³⁵. En outre, en marge de la Convention de 1970, le Comité intergouvernemental pour la promotion du retour des biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale a été créé en 1978 précisément pour traiter ces situations hors champ temporel de la Convention³⁶. Le vocabulaire est intéressant à relever. On y parle notamment du retour de certains biens, terme qui signale aussi le hors-champ juridique³⁷. C'est sur

31. Ce que signalent P. Beghain et M. Kneubühler, *Dictionnaire Historique du Patrimoine*, Fage Éditions, 2021, v. spécialement Restitution (p. 749-759), Quatremère de Quincy (p. 712-717), spoliations (p. 841-845); v. aussi pour un aperçu de cette histoire, L. V. Prott, « Histoire et développement des processus de récupération », in L.V. Prott (dir.), *Témoins de l'histoire. Recueil de textes et documents relatifs au retour des objets culturels*, Unesco, 2011, p. 2-19.

32. Évoquant les justifications de ces revendications, A. Vrdoljak, rappelle qu'il s'agit en 1915 de « rétablir le lien sacré entre populations, territoire, et patrimoine culturel ». A.F. Vrdoljak, « Le droit international, les musées et le retour d'objets culturels », in L.V. Prott (dir.), *Témoins de l'histoire. Recueil de textes et documents relatifs au retour des objets culturels*, Unesco, 2011, p. 207-214, spéc. p. 208.

33. Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, adoptée à La Haye le 14 mai 1954, in D. Schindler et J. Toman (éds.), *Droit des conflits armés – Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Comité international de la Croix-Rouge/Institut Henry-Dunant, 1996, p. 1043-1062.

34. Art. 2, al. 1, Convention de l'Unesco du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, Paris, 17 novembre 1970, 823 UNTS 231.

35. P.J. O'Keefe, *Commentaire sur la Convention de 1970 de l'Unesco sur le trafic illicite des biens culturels*, Unesco/Institute of Art and Law, 2014, p. 16-17.

36. Résolution 20 C/47.6/5 de la 20^e session de la Conférence générale de l'Unesco.

37. Sur cette notion et l'histoire de ces « retours effectués dans des circonstances diverses, négociation bilatérale, médiation, arbitrage, procès, échange, don », v. L.V. Prott, « Notes sur la terminologie », in L.V. Prott (dir.), *Témoins de l'histoire. Recueil de textes et documents relatifs au retour des objets culturels*, Unesco, 2011, p. xxi.

le mode de la négociation, avec potentiellement le soutien des procédés de médiation ou d'arbitrage, que se réaliseront ces retours vers les origines, même si certains dossiers emblématiques restent en instance, au titre desquels les frises du Parthénon font figure de cas d'école.

La question la plus délicate reste la détermination de ce lien d'origine. Comment qualifie-t-on ce point de rattachement à un lieu d'origine ? L'identification de ce lien intervient lorsque s'exprime une revendication de restitution ou de retour d'un bien déplacé vers un autre État, mais aussi lorsque se présente une règle de conflit, qu'est en discussion la propriété d'un bien et qu'il s'agit de décider quelle est la loi matérielle applicable³⁸. Si, dans ces deux versants public et privé du traitement juridique du lien d'origine, la fonction de la notion n'est pas du même ordre, elles soulèvent toutes deux cette même question de sa qualification. Dans l'ouvrage tiré de son cours donné en 2014 à l'Académie de droit international de La Haye, Manlio Frigo se demande notamment dans quelle mesure « il est possible d'établir des critères certains, ou au moins suffisamment acceptables au niveau international, pour déterminer quelle serait l'origine d'un bien culturel »³⁹. Le terme de pays ou de communauté d'origine signale et spécifie une relation particulière entre l'État et les biens en question. Doit-elle être juridiquement caractérisée, objectivement fondée par exemple sur le titre de propriété du revendiquant, enserrée dans des critères que seul le droit pourrait saisir ? Pourrait-elle trouver d'autres justifications, sociales ou culturelles notamment ? Les difficultés, alors, ne sont pas des moindres : « mettre l'accent davantage sur la relation culturelle tout en laissant au second plan l'existence d'une relation strictement juridique ne peut que se révéler controversée et certes plus complexe à réaliser »⁴⁰. L'Institut de droit international avait tenté, dans une résolution sur la vente internationale d'objets d'art sous l'angle

de la protection du patrimoine culturel⁴¹, d'élaborer sur ces bases une définition du pays d'origine, lorsque ce dernier réclame le retour d'un objet sur son territoire. Devait être considéré comme tel « le pays auquel, du point de vue culturel, l'objet en question se trouve rattaché par le lien le plus étroit ». La caractérisation de ce lien avait doublement pour objet de déterminer la loi applicable et de trancher un conflit de souveraineté en cas de demande de retour. Au sens de l'art. 2, « le transfert de la propriété des objets d'art appartenant au patrimoine culturel du pays d'origine des biens est soumis à la loi de ce pays », quand l'art. 4.1 disposait : « Si au regard de la loi du pays d'origine, aucun changement dans la titularité du bien ne s'est produit, le pays d'origine pourra dans un délai raisonnable, réclamer le retour de l'objet dans son territoire, à condition de prouver que l'absence de l'objet porterait une atteinte significative à son patrimoine culturel ». Dans cette mise en place, l'attache culturelle oriente la solution en faveur du pays d'origine, mais la figure de la propriété est la boussole, qu'il s'agisse du droit privatif ou de la propriété collective.

Il reste que, y compris sous cette perspective dans laquelle lien culturel et lien juridique sont intriqués, l'appréciation d'un lien culturel qui devrait en dominer un autre est des plus floues et ne manque pas de susciter des réserves dans la doctrine⁴². Cette appréhension subjective du lien originel ouvre à de multiples interrogations : faudrait-il privilégier le lieu de création, la nationalité de l'œuvre, l'ordre de relation qui unit le bien à son contexte, l'attachement plus ou moins objectif à un territoire, le fait pour un État d'avoir déclaré un bien comme faisant partie de son patrimoine ou la possession prolongée d'un bien qui à certains égards crée du droit ? Tous ces critères postulent la légitimité d'un État à revendiquer une appartenance à des biens. La valeur symbolique des objets serait un « titre de pro-

38. Sur cette question, M. Frigo, *Circulation de biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, La Haye, 2016, p. 409.

39. *Ibid.*, p. 409.

40. *Ibid.*, p. 413.

41. Institut de droit international, *La vente internationale d'objets d'art sous l'angle de la protection du patrimoine culturel*, Bâle, 3 septembre 1991. Accessible sur https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_04_fr.pdf (07.04.2022).

42. Sur cet exercice complexe, X. Perrot, *La restitution internationale des biens culturels aux XIX^e et XX^e siècles. Espace d'origine, intégrité et droit*, op. cit.

priété des pays »⁴³. Mais il y a loin à ce que cette vision fasse consensus. Selon Guido Carducci, chacun de ces critères « n'appréhende qu'un aspect de l'ensemble des composantes qui donnent à l'objet une signification culturelle ».

En outre, la notion d'origine s'interprète différemment selon la nature du bien. Si celle-ci peut être fixée à l'atelier de l'artiste pour une œuvre d'art, sa détermination est plus complexe lorsqu'il s'agit d'un bien archéologique : la recherche en sciences humaines et sociales lui attribue tant le lieu de production, voire dans de rares cas un atelier ou un artiste⁴⁴, que le lieu de la découverte, de la fouille qui met l'objet à jour. Cette dualité se retrouve dans les grands textes que sont la Convention de 1970 et la convention UNIDROIT de 1995⁴⁵. Ce n'est alors plus l'acte créateur qui détermine l'origine, mais bien l'action : la fouille illicite, le passage non déclaré aux frontières ou l'acquisition douteuse. Même lorsque le lien culturel est inscrit dans la matérialité des objets – des vestiges d'un site archéologique, les fragments d'un monument, les objets sacrés des communautés – c'est, en principe, avant tout l'argument juridique qui emportera la solution dans la résolution des conflits. La compréhension par le droit de cette notion d'origine semble se concentrer autour de l'acte illégal et exclure sa dimension protéiforme.

En l'occurrence, l'Unesco ne s'est pas engagée dans cet exercice de la définition du pays d'origine. On observe aussi que la référence aux pays d'origine est tout à fait absente des textes de droit européen qui concernent les déplacements illicites d'un État membre à un autre. C'est encore l'approche que privilégie l'Organisation internationale des musées (ICOM), lorsqu'en matière de recherche de provenance, le Code

dispose dans son art. 2.3 qu'« avant l'acquisition d'un objet ou d'un spécimen offert à l'achat, en don, en prêt, en legs ou en échange, tous les efforts doivent être faits pour s'assurer qu'il n'a pas été illégalement acquis dans (ou exporté illicitement de) son pays d'origine ou un pays de transit où il aurait pu avoir un titre légal de propriété (y compris le pays même où se trouve le musée) ». Dans certains cas, on pourrait avancer que le lien entre un patrimoine et un territoire ne peut en aucun cas être rompu, par exemple dans le cas des archives publiques, intimement liées à l'État qui les produit. Le principe de provenance devrait dominer, un des principes cardinaux en archivistique qui renvoie à cette attache au territoire⁴⁶. Comme le rappelle Xavier Perrot, selon Charles Kecskeméti ce principe va de soi, « les variations durables (extensions de souverainetés dynastiques, établissements d'empires coloniaux, etc.) ou éphémères (occupations militaires, etc.) de la géographie politique ont souvent amené des déplacements d'archives pour diverses raisons, telles que la concentration de titres juridiques et du matériel d'information au siège du pouvoir souverain, la mise à la disposition des États-majors de matériels d'étude, la saisie d'archives pendant ou après les insurrections ou des guerres, etc. Ces archives déplacées doivent être restituées au pays d'origine ». Mais on a vu, dans le cas des archives coréennes pillées par la France en 1866 de quelle façon la France n'a pas su entendre ce lien d'appartenance pourtant indiscutable⁴⁷. Elles sont encore aujourd'hui considérées comme faisant partie des trésors nationaux français et mises à la disposition de l'État coréen à titre de prêt depuis 2011. Plus généralement, de nombreux contentieux archivistiques sont encore en instance au niveau international⁴⁸.

43. Selon l'expression attribuée à Lord Castlereagh, v. A.F. Vrdoljak, « Le droit international, les musées et le retour d'objets culturels », in L.V. Prott (dir.), *Témoins de l'histoire. Recueil de textes et documents relatifs au retour des objets culturels*, Unesco, 2011, p. 207-214, spéc. p. 208.

44. On pense ici à certains artistes de l'Antiquité dont les sources relatent la production et certaines œuvres peuvent être attribuées, comme Praxitèle, v. not. L. Todisco, *Prassitele di Atene : scultore e bronzista del IV secolo*, Giorgio Bretschneider, 2017.

45. Convention UNIDROIT sur la restitution des biens culturels volés et illicitement exportés, Rome, 24 juin 1995, 34 ILM 1322.

46. Sur l'exposé des principes qui devraient gouverner la question des contentieux archivistiques, C. Kecskeméti et E. van Laar, « Accords et Conventions : modèles bilatéraux et multilatéraux relatifs aux transferts d'archives », Unesco Archives Paris, le 4 mai 1981, PGI-81/WS/3, p. 15 et s.

47. C. Douglas, « "Inalienable" Archives: Korean Royal Archives as French Property under International Law », *International Journal of Cultural Property*, vol. 18, n° 4, 2011, p. 409-423.

48. V. sur ce point les travaux éclairants du Conseil international des archives, qui a développé toute une réflexion en lien avec l'Unesco sur les principes de provenance et de pertinence territoriale, v. not. C. Kecskeméti, « L'histoire des contentieux archivistiques », in M. Cornu et J. Fromageau (dir.), *Archives et Patrimoine*, t. 1, L'Harmattan, Collection droit du patrimoine culturel, 2004, p. 41-50.

Ce qui est sûr, c'est que cette entrée par l'acte illicite rend des situations jugées indignes mais placées hors d'emprise du droit complexes à saisir. Les circulations et transferts de propriété ont pu être licites sous l'empire du droit applicable et leur mise en cause est délicate. Des droits sont nés de cette possession, fût-elle condamnable. D'une façon générale, la Convention de 1970 est tout entière ordonnée autour de cet équilibre entre libre circulation de l'art et nécessité de protéger le patrimoine des États. Le choix du compromis est visible jusque dans la définition des biens culturels, qui, selon l'art. 4, « font partie du patrimoine culturel de chaque État ». Ce sont autant les biens nés du génie individuel ou collectif de ressortissants de l'État que ceux créés sur son territoire par des ressortissants étrangers et considérés comme importants. Les objets archéologiques soustraits du sous-sol d'un État sont visés, mais en sont aussitôt réservées les acquisitions légales. Les biens exportés au gré des mouvements de circulation, pour autant qu'ils soient licites, peuvent bien être réappropriés individuellement ou collectivement. Lyndell Prott souligne le fait que sur un bien qui circule, de nouvelles attaches se créent ou s'agrègent, produisant des situations de concurrence.

Dans quels termes alors décider que l'argument des origines puisse remettre en cause la condition juridique d'un bien dont la trajectoire l'a éloigné de son point de départ ? Dans cet exercice, la notion de provenance suggère une autre perspective de remontée dans le temps.

B. La provenance, la remontée vers l'illicite

La notion de provenance, pourtant devenue essentielle dans la prévention et la lutte contre le trafic illicite, ne renvoie d'une part pas véritablement à une catégorie juridique, peut d'autre part être employée dans divers sens. Le terme apparaît peu dans les textes internationaux. On en

trouve quelques occurrences, formulées de manière indirecte, par exemple aux art. 1⁴⁹, 7⁵⁰ et 10⁵¹ de la Convention de 1970 et dans la Convention de 1954 (à propos des biens culturels provenant de territoires occupés). Le terme est utilisé dans les deux textes comme synonyme d'origine. Un bien culturel provient de quelque part ou d'une personne, d'un artiste, d'un lieu, d'un État, d'une communauté, d'un territoire. Mais s'il est sûr que les deux notions entretiennent des liens étroits, la recherche de provenance peut être vue comme une autre façon d'investir la question de l'origine, dans une perspective dynamique de remontée dans le temps. Ce processus de traçabilité permet de débusquer, dans la trajectoire d'un bien culturel, des situations illicites. Il est intimement relié à l'émergence d'une obligation de vigilance de la part des opérateurs, particuliers, collectionneurs, marché et musée. De ce point de vue, la Convention de 1970 est un instrument qui fait date, au sens premier du mot. C'est ce que fait observer Lyndell Prott : « Bon nombre de musées et d'institutions similaires ont adopté volontairement la date de la Convention – 1970 – comme année à partir de laquelle il convenait d'enquêter sur la provenance des objets. » Selon certains auteurs, la Convention « a changé à jamais le paysage éthique du monde des musées »⁵² et « [...] il devient ainsi de plus en plus difficile de maquiller la provenance d'objets ayant fait l'objet d'un trafic récent »⁵³. Le doute quant à la provenance devrait décourager les acquisitions, en particulier de la part des institutions publiques. C'est aussi cette date de la Convention de 1970 qui sert de point de référence lorsque la Commission scientifique des musées de France délivre un avis favorable au déclassement des fresques funéraires Tétiki en vue de leur retour vers l'Égypte, alors même qu'elle n'est pas mobilisée comme argument juridique. OÙ, d'une façon indirecte, la Convention influence le comportement des

49. Selon les termes de l'art. 1, peut être considéré comme bien culturel « les biens qui, à titre religieux ou profane, sont désignés par chaque État comme étant d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science » et qui proviennent « du démembrement de monuments artistiques ou historiques et des sites archéologiques ».

50. L'art. 7 évoque dans son al. a les biens culturels en provenance d'un État partie à la Convention qui aurait été exporté illicitement.

51. L'art. 10 relatif à la tenue des registres par les antiquaires mentionne l'obligation de renseigner la provenance des biens.

52. N. Brodie, J. Doole et P. Watson, *Stealing History. The Illicit Trade in Cultural Material*, MC Donald Institute for Archeological Research, 2000, p. 9.

53. L. Prott, *Forces et faiblesses de la Convention de 1970 : Un bilan 40 ans après son adoption*, Document de référence, Réunion sur « La lutte contre le trafic illicite des biens culturels. La Convention de 1970 : bilan et perspectives », Unesco, 15-16 mars 2011.

acteurs et leur perception de l'illicite. Elle sert de boussole dans la résolution de ce cas, car on a conscience que les recherches diligentes n'ont pas été réalisées et que ces fresques sont issues d'un trafic récent⁵⁴. La référence à la Convention de 1970 est aussi très présente dans le droit européen. Le Règlement (UE) 2019/880 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 concernant l'introduction et l'importation de biens culturels⁵⁵ retient en son art. 4 al. 4 lit. b la date du 24 avril 1972, soit celle de l'entrée en vigueur de la Convention de 1970 après que trois États eurent déposé leur instrument de ratification⁵⁶.

Dans le sillage de la Convention de 1970, la Convention UNIDROIT de 1995 va plus loin encore dans la considération de la provenance des biens, exigeant des acteurs du marché qu'ils vérifient que leurs acquisitions ne sont pas le fruit de trafics illicites. C'est le premier texte à codifier l'obligation de diligence⁵⁷. Bien que n'ayant été ratifiée que par un nombre limité d'États, cet instrument a aussi exercé, indirectement, une grande influence dans la production de normes en matière de provenance, tant dans le droit européen que dans les droits internes.

Toute la question est de savoir à partir de quel moment considérer que la recherche de provenance a été conduite de façon suffisante et quels en sont les critères. Au fil de ces différents emplois du terme de provenance, on a pu le définir comme « l'ensemble des informations qui portent sur l'origine de l'œuvre et qui permettent de l'identifier »⁵⁸. Mais la question des éléments pertinents à retenir dans cette remontée reste

entière. Quelle histoire, quelle trajectoire de l'objet mobilise la recherche de provenance ? De quelles informations se nourrit le droit dans cet exercice ? C'est d'abord et avant tout de l'histoire juridique qu'il s'agit, celle de la succession des propriétaires publics et privés. La provenance sera licite s'il n'y a pas d'appropriation frauduleuse ou de déplacement illégal, par exemple lorsque l'importation ou l'exportation se réalisent conformément à la législation applicable au bien. La notion est donc en étroit contact avec la question de la circulation juridique et matérielle du bien. L'obligation a été tôt formulée à destination des institutions muséales. Dans les travaux de la Convention de 1970, leur responsabilité, en la matière, est visée plus spécialement. Ils ont à leur charge des obligations plus lourdes, y compris dans ce processus de remontée de la trajectoire du bien. C'est aussi ce que suggère le Code de déontologie de l'ICOM, qui insiste particulièrement sur la notion de diligence requise. Nous revenons plus loin sur le contenu des obligations qui pèsent sur les acteurs en la matière. Cela signifie que ces deux lignes de temps que sont la quête des origines et la recherche de provenance, non seulement n'ont pas, en toute hypothèse, ni le même objet, ni la même finalité, mais encore elles ne renvoient pas toujours aux mêmes questions, aux mêmes aspirations sur le terrain du droit⁵⁹. Les deux peuvent être couplées et articulées lorsque l'origine de l'œuvre ou du bien culturel est l'horizon à atteindre dans la recherche de provenance. Mais tel n'est pas toujours le cas. Le point de départ vers lequel est censé remonter celui qui acquiert

54. Voir à ce propos le communiqué de presse du Ministère de la culture qui évoque expressément le texte : « La France a ratifié, en 1997, la convention de l'Unesco du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels. Depuis cette date, la France s'interdit d'intégrer aux collections nationales des œuvres illégalement exportées de leurs pays d'origine ». Ministère de la culture et de la communication, « Frédéric Mitterrand, ministre de la Culture et de la Communication salue la remise aux autorités égyptiennes des cinq fragments de fresques issus de la tombe de Tètki, prince de la XVIII^e dynastie égyptienne », Paris, 14 décembre 2009.

55. JO L 151 du 7 juin 2019, p. 1-14.

56. Art. 21 Convention Unesco de 1970.

57. M. Schneider, « The 1995 UNIDROIT Convention: An Indispensable Complement to the 1970 Unesco Convention and an Inspiration for the 2014/60/EU Directive », *Santander Art and Culture Law Review*, n° 2, 2016, <https://doi.org/10.4467/2450050XSR.16.024.6132>, p. 149-164, spéc. p. 155.

58. *Étude sur la prévention et la lutte contre le trafic illicite des biens culturels dans l'Union européenne* – Contract n° Home/2009/ISEC/PR/019-A2, CECOJI, 2011, p. 188 et s.

59. Ces deux lignes de temps s'entremêlent dans certaines dispositions, créant la confusion et ouvrant la porte à des imprécisions. V. not. l'art. 1 lit. b de l'Ordonnance sur le transfert international de biens culturels en Suisse, qui utilise l'une des notions pour définir l'autre et dispose que « l'origine ou provenance d'un bien culturel est la provenance du bien culturel et lieu de sa fabrication ou s'il s'agit du produit de fouilles ou de découvertes archéologiques ou paléontologiques, de sa découverte », OTBC, RS 444.11.

un bien culturel change donc selon le plan dans lequel la notion est projetée, dans le passé ou dans l'avenir.

Dans cette différenciation du rapport au temps, et de la façon dont ces deux pôles de référence l'instituent, c'est une histoire singulière qui s'écrit. Il s'agit dans un cas de caractériser un lien d'attachement à un État, à une communauté, à un artiste ou à un territoire, avec toutes les incertitudes liées à cet exercice, ce d'autant lorsque que le temps a passé. Dans l'autre cas, c'est un chemin que l'on trace à rebours, à partir de certains repères juridiques. Si cet itinéraire du bien culturel est complexe à reconstituer du point de vue du droit, l'information faisant parfois défaut, il n'en reste pas moins que le processus s'élabore à partir de notions objectives, celle des faits et opérations juridiques, de l'histoire juridique de l'œuvre. Ce sont sans doute ces distances qui font du concept des origines un lieu de controverse, là où la notion de provenance est sans doute plus consensuelle. Ce qui est sûr, c'est que le droit contemporain réinvestit cette notion de provenance dans l'espace du musée et du marché.

II. Le réinvestissement contemporain de la question de la provenance

En lien avec la montée en puissance de revendications multiples, le terme provenance prend aujourd'hui une place beaucoup plus lisible sur les terrains politique, juridique et sur celui des usages. En réalité, la fonction de la notion est à géométrie variable. On pourrait, à premier examen, penser que, d'une façon générale, elle a pour objet de purger le marché et les collections de trafics illicites en tous genres. Et le fait est que les situations contemporaines de crise et de conflits génératrices de ces trafics en ont clairement renforcé l'urgence. La notion n'est cepen-

dant pas mobilisée dans les mêmes termes selon les temporalités dans lesquelles elle s'inscrit. Sous cette perspective, certains retours vers l'histoire s'imposent aujourd'hui comme incontournables face à la poussée des revendications, en particulier celles liées à des dépossessions anciennes. Certaines particularités régionales se distinguent, notamment en Allemagne, pour les biens culturels saisis ou disparus sur le territoire de l'ancienne zone d'occupation soviétique et de la RDA. Dans le traitement de ces moments, ce sont des provenances présumées douteuses sur lesquelles le droit revient (A). Le traitement contemporain de la question de la provenance obéit à une autre rationalité, attaché à faire évoluer les comportements des acteurs, avec notamment la généralisation d'une obligation de diligence (B). Le ressort est alors davantage du côté de la prévention que de celui de la réparation.

A. Le traitement des provenances douteuses : l'apurement du passé

Le retour vers des périodes troubles de dépossesion ont largement contribué à ce réinvestissement de la notion de provenance dans plusieurs espaces, celui du droit mais aussi celui des pratiques. La revendication « des pays victimes d'expropriation » n'est pas nouvelle, puisqu'elle a déjà été entendue et portée par l'Unesco dès les années 1970⁶⁰. Mais elle n'avait jusque-là été que faiblement entendue. Le contexte contemporain a, de ce point de vue, considérablement évolué.

Sur le terrain du droit, ces retours contemporains vers l'histoire concernent principalement deux hypothèses : les spoliations des biens juifs durant la Seconde guerre mondiale et les prises coloniales. La première a vu se formaliser un cadre juridique de restitution dans un certain nombre d'États, en particulier la France, dès 1945⁶¹, et l'Allemagne, également dès la sortie de la guerre et sous l'égide des Alliés. Les solu-

60. V. not. F. Coulée, « Quelques remarques sur la restitution interétatique des biens culturels sous l'angle du droit international public », *RGDIP* 2000, p. 359-392 ; X. Perrot, *La restitution internationale des biens culturels aux ^{xx}e et ^{xx}e siècles. Espace d'origine, intégrité et droit*, op. cit. ; M. Cornu et N. Wagoner, « La propriété de ce qui est à tous : Le débat sur la restitution des biens culturels », in C. Bories, C. Bouglé-Le Roux, P. Charlier et M. Clément-Fontaine (dir.), *Les restitutions de collections muséales. Aspects politiques et juridiques*, Mare et Martin, 2021.

61. Ordonnance du 21 avril 1945 portant deuxième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi ou sous son contrôle et édictant la restitution aux victimes de ces actes de ceux de leurs biens qui ont fait l'objet d'actes de disposition, *JORF*, 22 avr. 1945, p. 2283-2285.

tions sont moins assurées pour la seconde⁶². Les Principes de Washington applicables aux œuvres d'art confisquées par les nazis, dont la nécessité était née du constat de la faiblesse du cadre existant et de l'absence de possibilité de réponse juridique, ont été adoptés en 1998 par 44 États. C'est tout particulièrement le 4^e principe qui a contribué à associer la notion de provenance à celle d'illicéité : il y est stipulé que « lorsque l'on veut établir qu'une œuvre d'art a été confisquée et n'a pas été restituée ultérieurement, il faudrait tenir compte des lacunes ou des ambiguïtés inévitables concernant sa provenance, du fait de l'époque et des circonstances dans lesquelles s'inscrit l'Holocauste ». Le lien entre la période allant de 1933 à 1945, les incohérences dans les changements de propriété et la provenance y sont mis en intime relation. L'origine est en revanche éclipsée, la circulation des biens culturels étant dans ce cadre volontairement limitée à une période et à un contexte donné. De nature non contraignante, les Principes de Washington ont été transposés de manière hétérogène dans les différents États signataires durant les vingt dernières années. En Autriche, la *Kunstrückgabegesetz*⁶³ ne définit pas la provenance, bien qu'une commission dédiée à la recherche de provenance soit créée par le §4a et que ses travaux doivent servir d'orientation aux décisions rendues par la commission consultative (§3 al. 4). Au Royaume-Uni, aucune des dispositions de l'*Holocaust (Return of Cultural Objects) Act 2009* ne mentionne ni ne définit les notions de provenance ou d'origine des biens. Enfin, en Allemagne, la transposition – non législative –

par la Déclaration commune de l'État fédéral, des Länder et des organisations régionales concernant la recherche et la restitution de biens culturels spoliés durant la période nazie, en particulier à des possesseurs juifs⁶⁴ des Principes de Washington ne contient pas le terme de provenance, dont l'histoire et l'application méthodique font l'objet du guide édité en relation avec cette Déclaration⁶⁵.

D'une façon générale, le traitement des biens spoliés est davantage pensé sur le registre politique, même si celui-ci mobilise l'outil du droit, comme l'ont démontré les récentes lois de restitution en France adoptées pour apurer des situations héritées des contextes coloniaux⁶⁶ ou de la Seconde guerre mondiale⁶⁷. En l'occurrence, le rapport Savoy-Sarr centré sur le patrimoine africain déplacé au temps des colonies rapproche ces deux contextes à plusieurs reprises, avançant notamment que, « pour inacceptables qu'ils soient pour notre regard d'aujourd'hui », les actes de dépossession commis à cette époque « ne sont pas juridiquement qualifiés de crimes au regard du droit international, contrairement aux spoliations nazies, en regard desquelles fut adopté un acte juridique spécifique [...] pour autant, dès lors que le droit international contemporain ouvrirait un droit à réparation pour des faits commis aujourd'hui et analogues à des situations passées, tant du point de la violence commise que des conséquences, il est légitime de poser la question d'un droit à restitution des objets issus de faits similaires commis pendant la période coloniale »⁶⁸. Le rapport cite ici la Déclaration interalliée à Londres en 1943 contre les

62. La constatation d'une situation bancale est faite en 1961 déjà par Frantz Fanon, qui tire un parallèle entre la situation dans laquelle « le nazisme a transformé la totalité de l'Europe en colonie », les « réparations et la restitution des [...] œuvres culturelles, tableaux, sculptures, vitraux [...] » et « la réparation morale de l'indépendance nationale ». F. Fanon, *Les damnés de la Terre*, La Découverte, 1961, p. 99-100.

63. Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen und sonstigem beweglichem Kulturgut aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen und aus dem sonstigen Bundeseigentum (Kunstrückgabegesetz – KRG) StF: BGBl. I Nr. 181/1998.

64. Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz (Gemeinsame Erklärung), 9 déc. 1999.

65. Handreichung zur Umsetzung der Gemeinsamen Erklärung von Bundesregierung, Ländern und kommunalen Spitzenverbänden (aktualisierte Neufassung 2019). Le document a été publié la première fois en février 2001, puis a été actualisé en 2007 et en décembre 2019.

66. V. à titre d'exemple en France, Loi n° 2002-323 du 6 mars 2002 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud, *JORF* n° 56 du 7 mars 2002 ; et Loi n° 2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections, *JORF* n° 0114 du 19 mai 2010.

67. Loi n° 2022-218 du 21 février 2022 relative à la restitution ou la remise de certains biens culturels aux ayants droit de leurs propriétaires victimes de persécutions antisémites, *JORF* n° 0044 du 22 février 2022.

68. F. Sarr et B. Savoy, *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain. Vers une nouvelle éthique relationnelle*, 2018, p. 73.

actes de dépossession commis dans les territoires sous occupation et contrôle ennemis⁶⁹. Sans véritable portée juridique, le texte engageait les États signataires à annuler « tous transferts ou transactions relatifs à la propriété, aux droits ou aux intérêts de quelque nature qu'ils soient, qui sont ou étaient dans les territoires sous l'occupation ou le contrôle direct ou indirect des gouvernements avec lesquels ils sont en guerre, ou qui appartiennent ou ont appartenu aux personnes (y compris les personnes morales) résidant dans ces territoires. Cet avertissement s'applique tant aux transferts ou transactions se manifestant sous forme de pillage avoué ou de mise à sac, qu'aux transactions d'apparence légale, même lorsqu'elles se présentent comme ayant été effectuées avec le consentement des victimes ».

Si ces deux ressorts ont leurs logiques propres – nous n'entrons pas dans leur examen ici – sous cet angle de la provenance, il s'agit bien, quelle que soit l'époque considérée, de repérer et de qualifier des situations illicites, d'une certaine façon de les présumer illicites au regard du contexte de la dépossession. La question de la provenance se différencie de celle de l'origine. Il ne s'agit pas de revenir sur ce lien originel mais d'interroger les modes de circulation des biens durant ces périodes. C'est la provenance douteuse qui est ici traquée. Elle l'est, pour la période nazie, dans l'enquête du procès en France avec un certain nombre d'affaires ressurgies à partir de la fin des années 1990 à la suite de l'imposant travail d'enquête mené par Mattéoli⁷⁰ et des contentieux récents. Comme le rappelle le rapport Zivie, « les spoliations de biens culturels demeurent un sujet extrêmement sensible, qui attire l'attention des médias, et qui est toujours

marqué par "l'oubli" dans lequel il est resté pendant 40 ans, de 1955 à 1995 environ »⁷¹. Et le thème de la provenance, comme il l'était dans le rapport Mattéoli⁷², est au cœur de ce rapport, ce que suggère le sous-titre : « rechercher, retrouver, restituer, expliquer ». On mesure à sa lecture à quel point la détermination de la provenance et sa qualification douteuse est tout sauf simple. Les obstacles sont nombreux. D'abord parce que la remontée vers les personnes propriétaires à cette époque est elle-même très difficile. Un certain nombre de tableaux détenus à titre de dépôts (les MNR) par les musées sont encore orphelins. Ensuite parce que les propriétaires eux-mêmes ont peine à faire valoir leurs droits pourtant reconnus par l'Ordonnance de 1945. Enfin parce que les contextes de dépossession ne sont pas toujours faciles à qualifier. En particulier, les actes de violences diffuses ne mènent pas toujours à la restitution des biens⁷³. C'est aussi cette difficulté qui a conduit à envisager un traitement plus politique de la question avec l'adoption en 2022 d'une loi de restitution de certaines œuvres ciblées, davantage fondée – et de façon assumée – sur le ressort éthique⁷⁴. Il y a des œuvres que l'on ne peut pas ne pas restituer, en dépit du fait que l'on ne dispose pas des outils juridiques pour le faire. Selon Xavier Perrot, cette histoire juridique des spoliations dans l'après-guerre « montre que la France a adopté un modèle de restitution des biens culturels spoliés durant la Seconde Guerre mondiale, construit sur une dette perpétuelle de justice à l'égard des victimes »⁷⁵.

Cette recherche de vérité n'est aujourd'hui pas laissée aux seuls tribunaux ou au législateur. Acteurs de l'ombre depuis de nombreuses

69. Déclaration solennelle, 5 janvier 1943, in *Foreign Relations of the United States (FRUS) 1943*, vol. 1, p. 443-444, transposée en France par l'Ordonnance du 12 novembre 1943, *JORF* du 18 novembre 1943, p. 277.

70. Rapport au Premier ministre de la Mission d'étude sur la spoliation des Juifs de France, Jean Mattéoli, 1997, *Missions d'étude sur la spoliation des Juifs de France*, rapport général, La Documentation française, 2000.

71. D. Zivie, Rapport à Madame Françoise Nyssen, Ministre de la Culture, « Des traces subsistent dans des registres... » *Biens culturels spoliés pendant la Seconde guerre mondiale : une ambition pour rechercher, retrouver, restituer et expliquer*, Mission sur le traitement des œuvres et biens culturels ayant fait l'objet de spoliations pendant la Seconde Guerre mondiale, févr. 2018.

72. Sur les angles morts dans cette quête de provenance, J. Linsler, « Lumière sur les « MNR » ? Les œuvres d'art spoliées, les musées de France et la Mission Mattéoli : les limites de l'historiographie officielle », *Yod* [En ligne], 21 | 2018, <https://doi.org/10.4000/yod.2607>.

73. Sur ces difficultés et les mécaniques de restitution au soutien d'une politique publique de réparation, X. Perrot, « Actualité juridique d'une criminalité de guerre. Les restitutions de biens culturels spoliés en France entre 1940 et 1945 », *Tribonien* 2022, à paraître.

74. Loi n° 2022-218 du 21 février 2022 relative à la restitution ou la remise de certains biens culturels aux ayants droit de leurs propriétaires victimes de persécutions antisémites, *JORF* n° 0044 du 22 février 2022.

75. *Ibid.*

années, les personnes spécialisées en recherche de provenance ont récemment gagné en visibilité. Outre le développement de formations *ad-hoc*⁷⁶ et d'une réflexion scientifique sur le rôle et la place du chercheur de provenance⁷⁷, celui-ci fait son entrée dans la jurisprudence. On a vu apparaître dans une affaire récente plaidée autour de la revendication d'œuvres spoliées auprès de musées cette figure nouvelle du chercheur de provenance, auquel les demandeurs font appel pour retracer le parcours de ces œuvres et dont les travaux sont cités par le juge⁷⁸.

En ce qui concerne la remontée vers l'histoire plus ancienne, celle des dominations coloniales, la démarche se complexifie. Elle est de toute évidence plus ambitieuse sur le plan de la recherche de provenance. Le rapport Savoy-Sarr esquisse une définition de ce processus : « les recherches sur la "provenance" concernent l'origine géographique et culturelle de l'objet, son usage, les modalités de son acquisition auprès de son ou ses propriétaires originels, les circonstances de sa sortie du territoire naturel, et de son entrée dans les collections du musée en France ». L'objectif est par conséquent de saisir toute la trajectoire de l'objet, non pas seulement d'un point de vue juridique, mais aussi d'un point de vue historique. Où les approches du droit et des sciences sociales seraient amenées cette fois-ci à se retrouver ensemble, en particulier au travers des pratiques institutionnelles⁷⁹.

Très longtemps la question de la provenance a été négligée, y compris dans la mise en place d'outils pourtant destinés à décrire les œuvres entrées en collection. L'inventaire, outil scienti-

fique, qu'ont en main les conservateurs et les scientifiques, n'a pas pour objet de consigner des informations sur la provenance. C'est ce que signale la première *Instruction sur la manière d'inventorier*, qui, parmi les informations à porter sur l'inventaire indique qu'outre la désignation de l'objet dans la collection que soient mentionnés « le nom du donateur, celui du pays d'où l'objet a été apporté, si l'un et l'autre sont connus, des notes sur l'état de conservation ou autres, et quelque fois des signes de remarque sur la richesse ou la rareté des morceaux »⁸⁰. Mais l'essentiel est ailleurs. L'instrument de l'inventaire est pensé comme un mode de classification des objets sur un mode linnéen⁸¹. Comme le signale Roxana Azimi, « les registres d'entrée des musées mentionnent au mieux le nom du dernier vendeur ou donateur, rarement les patronymes des tout premiers acquéreurs »⁸². Les temps changent, « la recherche de provenance est devenue un axe prioritaire des musées »⁸³. Plusieurs institutions patrimoniales et muséales se sont dotées de services de provenance, lesquels on peut citer le musée du Louvre, la Bibliothèque Nationale de France, le musée du Quai Branly-Jacques Chirac. Le mot apparaît explicitement dans les organigrammes. Au MQB, une historienne a été recrutée « pour coordonner les recherches sur l'histoire des collections », en particulier « autour d'une centaine d'objets, dont la légalité ou la légitimité de l'acquisition sont mises en doute », travail qui « s'inscrit dans un temps long et nous engage pour plusieurs années »⁸⁴.

En Allemagne, le mouvement de remontée vers le passé avait été initié plus tôt en ce qui

76. Ces dernières années, universités et associations professionnelles développent de nouveaux cursus et formations, parmi lesquelles on peut notamment citer les programmes interdisciplinaires des universités de Nanterre (DU Recherche de provenance), Berne (MA Provenienzforschung) et Bonn (MA Provenienzforschung und Geschichte des Sammelns), mais aussi les formations offertes par la FU Berlin à destination des professionnels (Weiterbildung Provenienzforschung – Über die Herkunft der Objekte).

77. C.H. Force, « Intellectual Property and Ownership History », in J. Milosch et N. Pearce (eds.), *Collecting and Provenance. A Multidisciplinary Approach*, Rowman & Littlefield, 2019, p. 17-36 ; M. Hopp, « Wir sind mehr als Kunstdetektive! Ein Appell zur Stärkung der Provenienzforschung », in D. Schütz (Hrsg.), *KMN Magazin*. Nr. 140. KM Kulturmanagement Network GmbH, 2019, p. 13-20.

78. CA Paris, 30 sept. 2020, n° 19/18087.

79. L. Peers, « The magic of Bureaucracy. Repatriation as Ceremony », *Museum Worlds: Advances in Research*, vol. 5, 2017, p. 1123.

80. *Instruction sur la manière d'inventorier et de conserver tous les objets qui peuvent servir aux arts, aux sciences et à l'enseignement*, 15 mars 1794, proposée par la Commission temporaire des arts et adoptée par le Comité d'instruction publique de la Convention nationale, Imprimerie Nationale, An second de la République, p. 6.

81. Cet héritage est en l'occurrence revendiqué, puisqu'il convient de mentionner « tout ce qui concerne la nomenclature, c'est-à-dire le nom vulgaire, celui de Linnéus ou d'un autre naturaliste moderne, etc. celui par lequel l'objet est désigné dans la collection », *ibid.*, p. 6.

82. R. Azimi, « Comment chercheurs et musées enquêtent sur l'origine des objets pillés en Afrique », *Le Monde*, 29 avr. 2021.

83. *Ibid.*

84. *Ibid.*

concerne les biens spoliés durant la Seconde guerre mondiale et s'était alors essentiellement concentré autour des musées de beaux-arts, des musées d'histoire et des bibliothèques. Le débat autour du projet du Humboldt Forum à Berlin et de la présentation, dans l'ancien château prussien reconstruit au ^{xxi}^e siècle, de collections d'ethnographie, a suscité un nouvel élan dans la recherche, en en élargissant le champ et le financement. Or, dans cet État où la culture est de la compétence des *Länder*⁸⁵, le travail autour de la provenance et l'origine des biens culturels est essentiellement mené par les institutions culturelles et les universités, par le biais de financements de projets, de chercheurs indépendants travaillant sur mandats et de rares postes pérennes. En droit, les textes mentionnent la provenance, sans néanmoins la définir. C'est le cas au §42 al. 1 paragraphe 3 de la Loi fédérale sur la protection des biens culturels (*Kulturgutschutzgesetz*)⁸⁶, qui lie les recherches sur la provenance d'un bien culturel au devoir de diligence, mais aussi dans le tout récent Code de la culture (*Kulturgesetzbuch*) entré en vigueur le 1^{er} janvier 2022 en Rhénanie-du-Nord-Westphalie⁸⁷. La recherche de provenance y est définie en creux. Cette nécessité est placée au début du texte, au §5, ce qui démontre l'importance que revêt ce domaine pour le Land et les institutions culturelles qui s'y trouvent.

Mais en quoi consiste cette démarche d'une institutionnalisation de la recherche de provenance et son intégration au quotidien muséal ? Il y a sans doute, dans ces mises en œuvre, l'idée que les institutions sont redevables de cette histoire d'enrichissement des collections, particulièrement dans cette période de l'occupation coloniale. C'est aussi l'une des conclusions du rapport Savoy-Sarr. Cette histoire doit s'écrire. Mais la question se pose de savoir si la recherche de provenance est en toute hypothèse reliée à la question de la restitution. La restitution de l'histoire doit-elle accompagner la restitution des objets⁸⁸ ? Il n'est pas sûr que les institutions l'entendent ainsi. Quoi qu'il en soit, pour l'avenir, le droit élève le niveau d'exigence quant aux comporte-

ments des acteurs face à cette question de la provenance.

B. L'évolution des standards de comportement

La démarche qui consiste à remonter la provenance d'un bien culturel constitue une sécurité pour l'acquéreur, qui, l'ayant acquis après recherches diligentes, peut invoquer sa bonne foi, deux autres notions fondamentales. La recherche de provenance a pour objet d'assurer la traçabilité du bien, et ainsi de consolider les droits du possesseur. Ce devoir de diligence s'est établi dans les deux principaux domaines confrontés à la circulation physique des biens culturels, soit le marché et les musées, et gagne peu à peu en importance dans la recherche, avec des variations en fonction des domaines de spécialisation et des contextes.

L'entrée en vigueur de la Convention de 1970 aura donc « fait date », en fixant une limite chronologique à partir de laquelle s'imposent de nouvelles exigences pour les personnes en contact avec les biens culturels, et tout particulièrement le marché et les institutions patrimoniales. Les États ayant ratifié la Convention de 1970 doivent en transposer les dispositions dans leur droit interne et astreindre notamment les acteurs du marché à ces nouvelles règles. Ces obligations sont de plusieurs natures et concernent essentiellement la documentation des trajectoires de biens culturels, par le biais d'informations à obtenir de la part des vendeurs. Cette obligation de recherche doit conduire à changer les comportements et à sensibiliser les acteurs du marché aux exigences de transparence et d'information, tout en les dissuadant de mettre en circulation des biens à la provenance douteuse. Ces obligations se retrouvent, de manière plus poussée encore, dans la Convention UNIDROIT de 1995. Celle-ci introduit en effet en son art. 4 al. 4 les critères selon lesquels est établie la diligence avec laquelle un acquéreur doit s'être informé sur la provenance du bien. Ces critères sont cumulatifs et combinent des éléments factuels, comme le prix payé, à des

85. Art. 70 al. 1 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*).

86. Gesetz zum Schutz von Kulturgut (Kulturgutschutzgesetz – KGSG), 31 juill. 2016, BGBl. I p. 1914.

87. Kulturgesetzbuch für das Land Nordrhein-Westfalen (Kulturgesetzbuch – KulturGB NRW), 1 déc. 2021, GV. NRW. p. 1353.

88. V. l'ouvrage récemment édité par les historiens T. Sandkühler, A. Eppler et J. Zimmerer (Hrsg.), *Geschichtskultur durch Restitution? Ein Kunst-Historikerstreit*, Böhlau, 2021.

éléments plus subjectifs, comme les démarches entreprises pour s'informer sur l'historique de ce bien⁸⁹.

Dans l'Union européenne, les dispositions adoptées relatives à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre renforcent ce devoir de diligence⁹⁰ et proposent « une liste non exhaustive de critères à prendre en compte pour déterminer si le possesseur a exercé la diligence requise lors de l'acquisition de biens culturels »⁹¹. Leur respect est d'autant plus crucial, qu'elle peut ouvrir à un droit à indemnité en cas de restitution (art. 10 al. 1). Empruntant largement à la méthode pragmatique initiée par la Convention Unidroit, ces critères sont fixés à l'art. 10 al. 2 de la Directive 2014/60/UE et consistent en la prise en « compte de toutes les circonstances de l'acquisition, notamment de la documentation sur la provenance du bien, des autorisations de sortie exigées en vertu du droit de l'État membre requérant, de la qualité des parties, du prix payé, de la consultation ou non par le possesseur de tout registre accessible sur les biens culturels volés et de toute information pertinente qu'il aurait pu raisonnablement obtenir ou de toute autre démarche qu'une personne raisonnable aurait entreprise dans les mêmes circonstances »⁹². La transposition de ces critères dans les droits nationaux ajoute de nouveaux éléments. On constate ainsi que le législateur allemand dispose, au §41 de la *Kulturgutschutz* que ce devoir de diligence doit permettre à la personne qui souhaite mettre un bien culturel en circulation de vérifier que ce bien n'ait pas été signalé disparu, illégalement importé sur le territoire allemand ou fait l'objet de fouilles illicites. Le texte introduit une présomption (*Vermutung*) d'illégalité et cite deux exemples, à savoir un prix anormalement bas ou la volonté affichée d'être payé en argent liquide

(§41 al. 1 KGSG). Le législateur a par ailleurs introduit une obligation de diligence renforcée pour les personnes actives professionnellement sur le marché, qui doivent étendre leurs recherches concernant la provenance du bien et sa documentation (§42 KGSG). La loi dispose enfin que le principe de proportionnalité entre « le contrôle des informations pertinentes qui peuvent être raisonnablement obtenues ou tout autre contrôle qu'une personne sensée entreprendrait dans les mêmes circonstances » (§41 al. 3 KGSG) s'articule avec la valeur commerciale du bien pour les professionnels. Les obligations de diligence renforcées ne s'appliquent pas aux biens culturels qui ne sont pas des biens archéologiques et dont la valeur est inférieure à 2 500 € (§42 al. 3 KGSG).

Ces dispositions légales s'articulent avec les obligations de diligence fixées dans les codes de conduite des professionnels. Les acteurs du marché de l'art, organisés en groupements professionnels selon leurs lieux d'activité et leurs spécialisations, sont soumis au respect de dispositions propres à ces associations. Les codes de conduite s'adosent au droit en vigueur et les renforcent, parce que leur non-respect peut mener à l'exclusion de l'association. On identifie dans cette articulation l'importance d'une autorégulation par les pairs, couplée au contrôle par les autorités publiques. La portée de ces règles internes varie cependant selon les associations. Dans sa thèse publiée en 2018, la juriste Henrike Strobl constate que la Confédération Internationale des Négociants en Œuvres d'art (CINOA) délègue l'application de son *Code of practice for the Control of International Trading in Works of Art* aux associations nationales, ce qui en limite la portée⁹³. L'auteure constate que la situation est semblable au sein de la *Federation of European Art Galleries Associations*/Fédération des Asso-

89. M. Schneider, « The 1995 UNIDROIT Convention: An Indispensable Complement to the 1970 Unesco Convention and an Inspiration for the 2014/60/EU Directive », préc., spéc. p. 155-157.

90. V. not. S. Urbinati, « L'Union européenne et la lutte contre le trafic illicite de biens culturels », *Ethnologies*, vol. 39, n° 1, 2017, p. 237-250. <https://doi.org/10.7202/1051062ar>, § 10 et s.

91. Cons. 19, Directive 2014/60/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012, JO L 159 du 28 mai 2014, p. 1-10.

92. Sur cette approche pragmatique de la définition des diligences, M. Cornu et M. Frigo, « Nouvelle directive 2014/60/UE en matière de restitution de biens culturels : l'alliance entre le droit de l'union et le droit international », *Europe : Actualité du droit communautaire*, vol. 25, n° 4, 2015, p. 5-10.

93. H. Strobl, *Kulturgüterrelevante Verhaltenskodizes. Bestand, Analyse und rechtliche Bedeutung*, Nomos, 2018, p. 124-125.

ciations Européennes de Galeries d'Art⁹⁴. Les dispositions de ces codes s'appliquent dans certains cas uniquement aux membres, dans d'autres également à leurs employés, ce qui en augmente alors la portée. H. Strobl rapporte ainsi que l'*International Association of Dealers of Ancient Art* a procédé à plusieurs reprises à l'exclusion de membres pour non-respect de son *Code of Ethics and Practice* et de ses *Due Diligence Guidelines*. Elle constate par ailleurs que la protection du consommateur, particulièrement en ce qui concerne l'authenticité du bien, renforce mécaniquement les exigences en matière de recherche de provenance⁹⁵. Dans ce champ d'activité, le rôle de l'Unesco, qui a adopté en 1999 un *Code international de déontologie pour les négociants en biens culturels*, est qualifié par l'auteur de faible, ce qu'elle explique par l'importance du rôle des pairs sur le marché⁹⁶. Face à ce manque d'efficacité, l'Unesco a lancé récemment un nouveau cycle de réflexion autour de ce Code, en y intégrant cette fois des représentants du marché de l'art⁹⁷. Les autres acteurs du marché, comme les professionnels du livre, de l'archéologie mais aussi les numismates, semblent tous avoir adopté, depuis le milieu des années 1980, des codes de conduite englobant des obligations de diligence en matière de provenance⁹⁸. Une initiative regroupant des représentants du marché, des organisations internationales, des avocats et des chercheurs a été lancée récemment afin d'offrir des outils pour guider les personnes actives sur le marché de l'art et concernées par les obligations de diligence⁹⁹.

En matière de collections également, les obligations de diligence relèvent d'une combinaison entre les obligations légales et les codes inhérents aux différents types d'institutions mémorielles. Dans la foulée de l'adoption de la Convention de 1970, l'ICOM a adopté un code d'éthique, dont les dispositions ont fait l'objet de nom-

breuses révisions depuis 1986. Les modifications successives font état d'un renforcement des exigences en matière de diligence au moment de l'entrée des biens dans les collections, mais aussi dans le traitement des fonds historiques¹⁰⁰. En vertu de l'art. 2.3, intitulé « Provenance et Obligation de diligence », le Code précise qu'« avant l'acquisition d'un objet ou d'un spécimen offert à l'achat, en don, en prêt, en legs ou en échange, tous les efforts doivent être faits pour s'assurer qu'il n'a pas été illégalement acquis dans (ou exporté illicitement de) son pays d'origine ou un pays de transit où il aurait pu avoir un titre légal de propriété (y compris le pays même où se trouve le musée). À cet égard, une obligation de diligence est impérative pour établir l'historique complet de l'objet depuis sa découverte ou création ». Cette obligation est particulièrement forte, sachant que concrétiser cette exigence d'un historique complet remontant à la source reste impossible dans de nombreux cas. Quoi qu'il en soit, le non-respect des règles fixées au Code d'éthique peut mener à l'exclusion d'un membre de l'association, décision qui peut intervenir après que le cas ait été traité par le comité d'éthique de l'ICOM (ETHCOM).

Se dévoile dans ce Code et par la transposition de ses exigences dans les règles professionnelles des associations nationales la force issue de l'adoption de la Convention de 1970. Comme le rappelle Lyndell Prott, « un musée doit s'interdire d'acquérir toute pièce dont il n'est pas établi qu'elle n'était plus dans son pays d'origine à cette date et qu'elle est la propriété légitime d'une personne physique ou morale d'un autre État. L'année 1970 est par exemple retenue depuis longtemps au Royaume-Uni par la Museums Association (depuis 2002), par le British Museum (depuis 1998) et par le Ministère de la culture, des médias et des sports (depuis 2005). Aux États-Unis, elle est appliquée par

94. Elle en limite par conséquent l'analyse à la branche allemande de l'association. H. Strobl, *Kulturgüterrelevante Verhaltenskodizes*, op. cit., p. 125, 186 s.

95. *Ibid.*, p. 129.

96. *Ibid.*, p. 132-133.

97. V. « L'Unesco consulte les acteurs du marché de l'art sur le Code international de déontologie pour les négociants en biens culturels », 9 févr. 2022, <https://fr.unesco.org/news/lunesco-consulte-acteurs-du-marche-lart-code-international-deontologie-negociants-biens> [4 avr. 2022].

98. V. not. H. Strobl, *Kulturgüterrelevante Verhaltenskodizes*, op. cit., p. 155 et s.

99. Responsible Art Market Initiative, créée à Genève en 2015. V. <https://responsableartmarket.org/> [4 avr. 2022].

100. V. not. § 2.3 et 2.20, Code de déontologie des musées.

l'Institut archéologique américain et, depuis octobre 2006, par le Musée Getty »¹⁰¹. Enfin le code d'éthique de l'ICOM, outre son caractère de modèle, participe à l'homogénéisation des exigences, puisqu'il s'applique à tous ses membres, quelle que soit leur qualité. Il a par ailleurs servi de colonne vertébrale aux travaux plus récents, en lien avec les contextes coloniaux, menés en Allemagne, aux Pays-Bas et en Belgique notamment¹⁰². Ces nouveaux guides, préparés par les organisations professionnelles nationales avec le concours de chercheurs et chercheuses, de praticiens et de représentants des communautés d'origine, élèvent encore le niveau des exigences de diligence dans les institutions culturelles.

En droit en revanche, les dispositions légales varient d'un État à un autre, ainsi que d'une collection à une autre. Les dispositions en matière de diligence peuvent varier selon qu'il s'agit d'un musée public ou y étant apparenté, par exemple en raison d'une forte implication des pouvoirs publics en matière de financement, ou d'un musée privé. La répartition des compétences culturelles entre État central et régions génère aussi des différences, de même que la structure juridique de la collection. On constate néanmoins que le respect des exigences de diligence auxquelles se soumettent les musées par leur appartenance à l'ICOM irrigue le droit national, après avoir été initialement uniquement reconnu par la jurisprudence¹⁰³. Dans des pays décentralisés comme la Suisse, l'obligation de se soumettre aux Principes de Washington et au code d'éthique de l'ICOM a été atteinte par le biais des critères d'attribution de financements¹⁰⁴. Les obligations de diligence dans les musées concernent bien évidemment les acquisitions, quel qu'en soit le mode, les prêts et le traitement

de l'histoire des fonds, mais aussi la restauration physique des biens et la gestion des ressources qui y sont liés. Dans ces deux domaines également, origine et provenance jouent un rôle toujours plus central. En matière de restauration aussi, les associations professionnelles ont adopté des codes éthiques, où la documentation et le respect des marques de provenance figurent en bonne place.

Le droit français s'est contenté pendant longtemps d'une transposition *a minima* de l'obligation de diligence, reproduisant purement et simplement la directive dans le Code du patrimoine. Jusque dans les contrôles de circulation et la délivrance de certificats d'exportation, les vérifications de provenance n'étaient pas véritablement assurées. L'ordonnance n° 2017-1134 du 5 juillet 2017, prise en application de la loi du 7 juillet 2016 sur la liberté de création, l'architecture et le patrimoine fait quelque peu évoluer les choses, en renforçant le dispositif. En particulier, s'il existe des présomptions graves et concordantes de provenance illicite, l'instruction de la demande de certificat peut être suspendue¹⁰⁵. L'autorité administrative exige du demandeur qu'il justifie de la licéité de la provenance ou de l'importation du bien. La demande sera déclarée irrecevable si la preuve n'en est pas rapportée. Le texte réserve cependant l'hypothèse selon laquelle le demandeur a exercé la diligence requise au moment de l'acquisition à la condition que « le délai dont dispose le propriétaire d'origine ou toute autre personne fondée à agir en revendication du bien ou en nullité de l'acte de cession du bien est expiré ». Le droit français introduit par ailleurs un contrôle à l'importation en provenance directe d'un État non-membre de l'Union européenne. C'est à nouveau la Convention de 1970 qui gouverne la mise en œuvre du

101. L. Prott, « Forces et faiblesses de la Convention de 1970 : Un bilan 40 ans après son adoption », préc., spéc. p. 3, qui cite à ce propos N. Brodie, « The effect of an artefact's provenance on its saleability », *Culture Without Context*, n° 19, Autumn 2006, p. 4-6.

102. V. Association allemande des musées, *Guide à l'usage des musées allemands. Le traitement des biens de collections issus de contextes coloniaux*, 2021 ; Principes éthiques pour la gestion et la restitution des collections coloniales en Belgique, juin 2021, accessible sur <https://restitutionbelgium.be/fr/rapport> (7 avr. 2022) ; Nationaal Museum van Wereldculturen Return of Cultural Objects: Principles and Process, Leiden, mars 2019, accessible sur <https://www.tropenmuseum.nl/en/about-tropenmuseum/return-cultural-objects-principles-and-process#> (7 avr. 2022).

103. V. pour la présentation d'une dizaine de ces cas H. Strobl, *Kulturgüterrelevante Verhaltenskodizes*, op. cit., p. 391-405, qui voit dans les codes professionnels une source de connaissances au grand potentiel de développement pour les praticiens du droit (p. 405).

104. V. art. 4, al. 1, lit. e, Ordonnance du Département fédéral de l'Intérieur instituant un régime d'encouragement des musées, des collections et des réseaux de tiers en vue de la sauvegarde du patrimoine culturel du 29 novembre 2016, RS 442.121.1.

105. Art. L111-3-1 du C. patrimoine.

texte, puisque le contrôle s'opère vis-à-vis de biens issus d'États-parties à cette Convention. Les biens culturels en provenance de pays visés par les résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, États confrontés à de nombreuses instabilités et notamment le terrorisme, comme l'Irak¹⁰⁶ et la Syrie¹⁰⁷ sont aussi soumis à une interdiction de portée très générale (importation, exportation, transit, détention, vente, acquisition, échange)¹⁰⁸. Le droit évolue¹⁰⁹. Les pratiques, cependant, ne suivent pas toujours¹¹⁰.

La recherche de provenance est intrinsèquement liée au concept de diligence, puisqu'elle vise la reconstitution de l'histoire et de la trajectoire d'un bien culturel depuis sa création ou découverte jusqu'à sa localisation actuelle, mais comme le signale Felicity Bodenstein, « la provenance complète reste l'information la plus difficile à obtenir »¹¹¹. Jusqu'à quel point, pour des biens très anciens faudrait-il remonter cette histoire juridique de l'objet, cet enchaînement des titularités pour être considéré comme diligent ? Tel était l'un des arguments avancés par les opposants à la Convention Unidroit de 1995. L'institution de la possession prolongée comme fait créateur de droits et le mécanisme de présomption qui lui sont attachés sont précisément fondés sur cette idée que la preuve de la transmission des titres successifs est impossible à rapporter – preuve diabolique disait-on à ce propos. Mais, en vérité, à la différence de la démarche

des sciences historiques et sociales, il ne s'agit pas de retracer l'intégralité de cet itinéraire, à la façon dont le recommande l'ICOM, mais d'être vigilant sur les indices qui pourraient trahir une provenance douteuse.

Cette vigilance est devenue le maître mot d'une plus grande transparence dans la circulation des biens culturels. Les exigences de diligence développées à l'adresse du marché et des institutions culturelles doivent permettre de consolider le futur : la conscience éthique développée doit éviter de reproduire les déséquilibres du passé¹¹². Cette conscience de la provenance des biens et de l'importance de leur origine se déploie dans les autres domaines de la recherche et de ses infrastructures. C'est ainsi que se pose la question de la publication de biens archéologiques dont la provenance est incertaine¹¹³, mais aussi d'une analyse stylistique d'une œuvre d'art qui ne prenne pas en considération sa trajectoire. Ces interrogations dominent également la dimension numérique des objets¹¹⁴, bien que l'on puisse constater que la numérisation des fonds et de la documentation qui y est liée est dominée par l'application toujours plus conséquente des principes de gestion des données FAIR et CARE. Ceux-ci ont pour but d'assurer d'une part que les données doivent être organisées pour être plus facilement accessibles, comprises, échangeables et réutilisables (FAIR). Cette exigence contribue bien évidemment à la divulgation des informations et permet une augmen-

106. UNSC Res 1483 (22 May 2003) UN Doc S/RES/1483.

107. UNSC Res 2199 (12 February 2015) UN Doc S/RES/2199.

108. Art. L. 111-9 C. patrimoine.

109. V. enfin la résolution adoptée en 2017 par le Conseil de sécurité de l'ONU en faveur de la protection du patrimoine. « Maintenance of International Peace and Security » (24 March 2017) UN Doc S/RES/2347 ; P. Gerstenblith, « United Nations Security Council Resolution 2347 », *International Legal Materials*, 57(1), 2018, p. 155-162. doi:10.1017/ilm. 2018.1 ; A. Jakubowski, « Resolution 2347 : Mainstreaming the protection of cultural heritage at global level », *QIL* 48, 2018, p. 21-44.

110. Voir notamment l'enquête menée dans le cadre de l'étude CECOJI sur la prévention et la lutte contre le trafic illicite des biens culturels dans l'Union européenne, *Étude sur la prévention et la lutte contre le trafic illicite des biens culturels dans l'Union européenne* – Contract n° Home/2009/ISEC/PR/019-A2, CECOJI, 2011 ; N. Brodie, M.N. Kersel, S. Mackenzie, I. Sabrine, E. Smith et D. Yates, « Why there is still an illicit trade in cultural objects and what we can do about it », *Journal of Field Archaeology*, vol. 41, n° 2, 2022, p. 117-130.

111. Citée dans R. Azimi, « Comment chercheurs et musées enquêtent sur l'origine des objets pillés en Afrique », *Le Monde*, 29 avr. 2021.

112. C. Hershkovitch, N. Gundogar et C. Benoit reconnaissent l'existence d'une « convergence autour de la notion de diligence requise », C. Hershkovitch, N. Gundogar et C. Benoit, « Le contentieux de la restitution des biens culturels », *Revue de droit international d'Assas*, p. 92-105, spéc. p. 99.

113. N. Brodie et C. Renfrew, « Looting and the World's Archaeological Heritage: The Inadequate Response », *Annual Review of Anthropology*, vol. 34, 2005, p. 343-361, spéc. p. 356.

114. M. Pavis et A. Wallace, « Response to the 2018 Sarr-Savoy Report: Statement on Intellectual Property Rights and Open Access Relevant to the Digitization and Restitution of African Cultural Heritage and Associated Materials », *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 10(2), 2019, p. 115-129.

tation des ressources disponibles pour les travaux liés à la recherche de provenance. Les principes CARE ont été élaborés comme complément aux principes FAIR et s'orientent plus précisément vers les personnes et les objectifs; ils introduisent l'idée du bénéfice commun, d'une autorité en matière de contrôle, de la responsabilité et de l'éthique. Leur potentiel en matière de recherche

de provenance est indéniable, bien qu'encore balbutiant¹¹⁵. Cette complexité se retrouve dans notre relation aux biens culturels, que celle-ci soit dominée par le droit ou sous l'angle des sciences humaines et sociales; la provenance et l'origine sont l'une des multiples facettes du bien que nous voyons et qui nous accompagnent dans sa perception¹¹⁶.

115. L. Lixinski, « Digital Heritage Surrogates, Decolonization, and International Law: Restitution, Control, and the Creation of Value as Reparations and Emancipation », *Santander Art and Culture Law Review* 2020, n° 2/2020 (6), p. 6586. <https://doi.org/10.4467/2450050XSNR.20.011.13014>; M. Sargent, V. Marrone, A.T. Evans, B. Lilly, E. Nemeth et S. Dalzell, *Tracking and Disrupting the Illicit Antiquities Trade with Open Source Data*, Rand Corporation, 12 mai 2020, https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR2706.html.

116. V. sur l'articulation entre vision épistémologique et ontologique P. Reilly, S. Callery, I. Dawson et S. Gant, « Provenance Illusions and Elusive Paradata: When Archaeology and Art/Archaeological Practice Meets the Phygital », *Open Archaeology* 7/1, 2021, p. 454-481.

Dossier

Droit et culture

Faut-il consacrer le dommage culturel en matière de responsabilité civile ?

Jean-Sébastien Borghetti

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Charlotte Dubois

Professeure à l'Université de Bourgogne

Nature et culture ne sont-elles pas indissociables ? Ne sont-elles pas les deux jambes d'une civilisation ? Au-delà de la paronymie, ces notions traduisent l'importance d'un héritage transmis de génération en génération. La nature, on le sait, a désormais en droit civil son dommage, le dommage écologique pur, consacré dans un premier temps par la jurisprudence dans l'affaire du naufrage de l'*Erika*, puis codifié par le législateur en 2016. Aussi la parenté des deux notions conduit-elle à s'interroger : ne faudrait-il pas, sur le modèle du dommage *écologique* pur, consacrer un dommage *culturel* pur ? Cette idée a donné lieu à un article, et cet article à une discussion dans le cadre des *Ateliers des obligations* du Laboratoire de droit civil de l'Université Panthéon-Assas. Ces ateliers mensuels, organisés par Jean-Sébastien Borghetti et Claire-Marie Pégliion-Zika, sont l'occasion pour des chercheurs (encore doctorants ou libérés du fardeau de la thèse, français ou étrangers) de présenter leurs travaux et d'échanger à bâtons rompus dans un cadre informel. Soumettant l'idée d'un préjudice culturel pur, Charlotte Dubois trouva un contradicteur en la personne de Jean-Sébastien Borghetti. Ce sont ces échanges que nous proposons de synthétiser pour ce numéro 23 de la *Revue de droit d'Assas*.

1. Qu'entendrait-on par dommage culturel ?

Charlotte Dubois : Imaginez-vous sortir du centre Panthéon à la nuit tombée. Contempler ce décor éblouissant du Quartier latin. Admirer ce monumental hommage de la Patrie aux Grands hommes, Voltaire, Zola, Rousseau, Jean Moulin et désormais Simone Veil et Joséphine Baker. Quel déluge d'émotions, de fierté patriotique. Et, à ce moment précis, voir le charme se briser... Voir arriver un malotru, le regard vide – mais de toute évidence la vessie pleine –, titubant vers le Panthéon pour y uriner. Il aurait pu choisir un lampadaire ou un immeuble quelconque pour assouvir son besoin. Mais non, c'est sur un monument historique qu'il a porté son dévolu. Certes, le mal est réparable ; mais le préjudice se réduit-il à l'atteinte matérielle ? Je ne le pense pas. Cette désagréable expérience a fait naître l'idée de la création d'un nouveau dommage : le dommage culturel. Le préjudice né d'une atteinte à un bien culturel serait extrapatrimonial ; il constituerait un préjudice pur, en ce qu'il ne transite pas par un patrimoine individuel. La Culture française (avec un grand « C ») est la victime de l'atteinte.

En somme, les biens culturels (qu'ils soient des propriétés publiques ou privées) auraient

deux valeurs : l'une vénale, l'autre symbolique. Les atteintes qui y sont portées donneraient lieu à réparation de ces deux chefs. Ainsi, la destruction de la stèle du Maréchal Juin à coups de barre de fer par un manifestant lui a valu une condamnation à des dommages et intérêts dont le montant a été apprécié au regard du coût des réparations ; mais en sus, on aurait pu imaginer une condamnation à la réparation du préjudice culturel ainsi causé.

Jean-Sébastien Borghetti : Passée une réaction initiale plutôt empreinte de scepticisme, je dois dire que je trouve cette idée de préjudice ou de dommage culturel pur (les termes étant peut-être à préciser) assez séduisante. Si l'on reconnaît un dommage écologique en cas d'atteinte au patrimoine naturel, ne faut-il pas admettre également l'existence d'un dommage culturel en cas d'atteinte au patrimoine culturel ?

Il importe à mon sens de souligner le lien entre dommage culturel et patrimoine culturel. Un dommage ne se conçoit pas, en effet, indépendamment de l'intérêt dont il constitue la lésion. Admettre la réparation ou le caractère réparable d'un dommage, c'est *ipso facto* reconnaître qu'il existe un intérêt sous-jacent et que celui-ci mérite d'être protégé. C'est précisément parce que cet intérêt bénéficie de la protection du droit positif que sa lésion va être sanctionnée à travers la réparation du dommage en quoi consiste cette lésion.

Il est évident, cependant, que la reconnaissance du patrimoine culturel comme intérêt protégé constitue un choix politique, ce qui en fait un sujet sensible. Autant la nécessité de préserver l'environnement fait aujourd'hui consensus dans la société, ce qui rend la consécration du dommage écologique pur et sa réparation quasi incontestables, autant la notion de patrimoine culturel peut être discutée, non pas tant dans son principe, d'ailleurs, que dans son contenu, celui-ci supposant la définition d'une culture commune. Or, dans une société travaillée par des identités multiples, mouvantes et parfois contradictoires, il s'agit-là d'une tâche délicate et potentiellement polémique, comme l'ont montré il y a quelques années les débats sur l'identité nationale. Pour que le dommage culturel puisse être admis, il convient donc de délimiter le patrimoine culturel de manière précise, et sans doute assez restrictive.

2. Quel serait le domaine du dommage culturel ?

C.D. : La notion de culture est polysémique et son champ difficile à circonscrire. Un noyau dur permettrait indéniablement d'y inclure les monuments historiques, les tableaux, sculptures, et reliques en tout genre. Plus discutable est son extension aux emblèmes nationaux : les atteintes à la Marseillaise, au drapeau français, ou à la langue française, pourraient-elles tomber dans le giron du préjudice culturel ? Dans l'affirmative, les exemples seraient pléthoriques : siffler la Marseillaise, gagner un concours de photographie (organisé par la Fnac en 2010) grâce à un cliché représentant une personne essuyant son postérieur dans le drapeau tricolore, ou encore, très à la mode, malmenier la langue française par l'écriture dite « neutre ». Qualifier de préjudices culturels ces atteintes, risquerait non seulement d'en étendre le champ à outrance, mais également d'entrer en conflit avec d'autres valeurs ou libertés, et tout particulièrement la liberté d'expression. Plus raisonnable serait, dans un premier temps du moins, une limitation du domaine de la culture aux seules œuvres tangibles.

De même, un second enjeu de la délimitation du dommage culturel s'avère déterminant : devrait-il saisir la seule destruction d'un bien protégé ou une simple altération suffirait-elle ? Prenons l'exemple du tableau de Delacroix, *La Liberté guidant le peuple*, sur lequel une visiteuse avait apposé une inscription au stylo. Même si l'inscription a finalement pu être retirée, le tableau ne s'en trouve-t-il pas symboliquement définitivement altéré ? Partant, je suis d'avis que le préjudice culturel pourrait justifier l'indemnisation non pas des seules destructions de biens culturels, mais également des dégradations en tout genre qui portent atteinte à la symbolique que renferme l'œuvre.

J.-S.B. : Compte tenu de ce qui a été dit plus haut, limiter le patrimoine culturel aux seules œuvres tangibles paraît effectivement raisonnable, du moins dans un premier temps. Si la notion de dommage culturel devait « prendre » et susciter une adhésion de la société, il serait toujours temps d'étendre le champ du patrimoine culturel. Il convient cependant de garder à l'esprit que la reconnaissance du patrimoine culturel, comme celle de tout intérêt protégé, n'est pas socialement neutre. Côté face, elle

exprime ce à quoi nous attachons collectivement de la valeur. Côté pile, elle se traduit par une restriction de nos libertés collectives, puisque nous ne sommes plus libres d'agir de telle sorte que nous portions atteinte à ce nouvel intérêt protégé. Ce lien entre responsabilité civile et liberté est une des raisons de l'hostilité à l'extension de la responsabilité civile que l'on observe dans certains pays, notamment de culture anglo-américaine. On ne peut pas dire, cependant, que cette préoccupation soit très présente en France !

S'agissant du type d'atteinte susceptible d'être sanctionnée, il me semble qu'il convient de raisonner pour le patrimoine culturel comme pour tous les autres intérêts : toute atteinte doit en principe pouvoir donner lieu à réparation – à condition bien sûr qu'elle ait été causée de manière illicite. Si l'élément de patrimoine est une chose corporelle, aussi bien sa destruction complète que son endommagement peuvent ainsi constituer un dommage, susceptible d'entraîner l'obligation d'indemniser les préjudices qui en résultent. Le problème, me semble-t-il, est plutôt celui de l'identification de ces préjudices.

3. Quelle légitimité pour la responsabilité civile : peut-elle se saisir d'un dommage collectif ?

C.D. : L'idée d'un préjudice culturel pourrait sembler curieuse au regard de la responsabilité civile qui est traditionnellement l'opposition de deux personnes, un débiteur responsable du dommage et un créancier victime du dommage. Le préjudice culturel serait dénué de tout caractère personnel, à rebours de l'appréhension classique de la notion : personne n'est victime d'un tel dommage, mais, en réalité, tout le monde en souffre. La voie n'a-t-elle pas été ouverte par le préjudice écologique pur qui permet la réparation d'une atteinte portée à la nature, et non à un patrimoine ? En outre, la responsabilité civile a connu, ces dernières années, un tournant important. Elle s'inscrit de plus en plus dans une perspective collective : le développement de dommages identiques et répétitifs, en particulier en droit de la santé et en droit de la consommation, a conduit les victimes à se rassembler (grâce notamment à l'action de groupe). À côté de ces dommages de masse, des dommages qu'on pourrait qualifier de « dommages massues » en

raison de leur intensité, touchent la collectivité et méritent un traitement juridique particulier. Le dommage écologique en est une première illustration, le dommage culturel pourrait en être une seconde.

J.-S.B. : La question du dommage collectif renvoie de nouveau à l'intérêt protégé qui en constitue le substrat. Lorsque le dommage consiste en une atteinte à un intérêt individuel – par exemple une atteinte à l'intégrité physique d'une personne ou une atteinte matérielle à une chose corporelle appropriée –, la légitimité de l'action en réparation du titulaire de cet intérêt ne fait *a priori* aucun doute. Il faut simplement prendre garde que celui qui agit n'est pas toujours celui dont l'intérêt a ainsi été lésé : outre que l'action en réparation ou en indemnisation est parfois transmise ou cédée, il y a tous les cas où le demandeur est une « victime par ricochet », c'est-à-dire une personne ayant subi un préjudice (patrimonial ou extrapatrimonial) résultant de l'atteinte à l'intérêt d'autrui. Le droit français, au contraire de nombreux droits étrangers, se montre de prime abord très accueillant aux actions des victimes par ricochet. La réalité est toutefois plus nuancée qu'on ne le dit souvent : s'il est vrai que les actions des membres de la famille proche de la victime directe (conjoint, parents, enfants, frères et sœurs habitant avec la victime directe) sont admises sans discussion dans notre droit, les choses se compliquent singulièrement lorsque la victime par ricochet a ou avait avec la victime directe des liens d'affection présumés moins étroits (oncle, tante, ami, admirateur, etc.) ou des liens purement économiques (employeur, associé, cocontractant, etc.).

Les choses sont d'emblée plus délicates en cas d'atteinte à un intérêt collectif. Il n'y a en effet pas alors de titulaire de cet intérêt qui soit une personne juridique et qui possède ainsi *a priori* la légitimité pour agir en réparation. C'est au demeurant la raison pour laquelle le projet Terré de réforme de la responsabilité civile proposait de définir le dommage comme « toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit » et de n'admettre la réparation de l'atteinte aux intérêts collectifs que par exception, « dans les cas et aux conditions déterminés par la loi ». Cela étant, cela fait maintenant assez longtemps que la jurisprudence et même le législateur admettent que des atteintes à des intérêts collectifs, et notamment à l'envi-

ronnement, peuvent donner lieu à des actions en responsabilité. Plusieurs moyens ont été trouvés pour contourner l'obstacle constitué par l'absence de titulaire de l'intérêt collectif.

Certains systèmes juridiques ont ainsi fait le choix d'attribuer à la nature ou à certains de ses éléments la personnalité juridique. Cette solution n'a toutefois pas (encore) été retenue en droit français.

Un autre moyen consiste à dire que les associations, ou du moins certaines d'entre elles présentant certaines garanties de sérieux et de représentativité, peuvent demander réparation des atteintes aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre. C'est notamment ce que prévoient les articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale, mais la solution a été admise par la Cour de cassation même en dehors de telles habilitations législatives spéciales. Un des problèmes de cette solution est qu'elle laisse dans le flou l'identification précise de ce qui donne lieu à réparation ou à indemnisation (s'agit-il de l'atteinte en elle-même ou des préjudices qui peuvent en résulter ; mais lesquels, le cas échéant ?), en plus de créer un risque de multiplication des demandeurs et des actions.

Un autre moyen de permettre des actions individuelles liées à des atteintes à des intérêts collectifs consiste à s'appuyer sur la distinction aujourd'hui largement admise, et sur laquelle repose notamment la nomenclature Dintilhac, du dommage et du préjudice. Si le dommage consiste en l'atteinte à un intérêt protégé et le préjudice en la conséquence patrimoniale ou extrapatrimoniale de cette atteinte, alors l'obstacle constitué par le caractère collectif de l'intérêt lésé peut être contourné de deux manières au moins. La première consiste à obliger l'auteur de l'atteinte à réparer directement le dommage, c'est-à-dire en fait à payer le coût de la réparation, qui sera le plus souvent effectuée par un autre. Il convient alors bien évidemment de désigner les personnes qui vont pouvoir agir en réparation, alors qu'elles n'ont pas personnellement subi le dommage, mais le problème de l'attribution des dommages et intérêts, et de l'enrichissement éventuel de quelqu'un qui ne serait pas une victime, ne se pose pas. Cette approche est notamment celle qu'adoptent les articles 1246 et suivants du Code civil relatifs à la réparation du « préjudice » (qui constitue en réalité un dommage dans la perspective ici adoptée) écolo-

gique. L'autre manière consiste à reconnaître, dans le chef des personnes (morales ou physiques) particulièrement concernées par l'intérêt collectif lésé, l'existence d'un préjudice extrapatrimonial, lié à une forme de souffrance morale, résultant de l'atteinte à l'intérêt collectif, et dont elles peuvent demander réparation. La solution a souvent été admise par la jurisprudence en matière environnementale depuis la fameuse affaire dite du balbuzard pêcheur. Cette solution pose elle aussi de nombreux problèmes, à commencer par celui des personnes souffrant ou habilitées à se prévaloir d'un tel préjudice moral.

Dans le cas du dommage culturel, comment conviendrait-il de raisonner et de procéder ? Définir le patrimoine culturel de manière étroite, en le cantonnant aux œuvres tangibles, rend les choses à la fois plus simples et plus délicates, me semble-t-il. Plus simples, car les œuvres tangibles sont en principe appropriées, ce qui fait que leur « propriétaire » (peu important qu'il dispose d'un droit de propriété au sens de l'article 544 du Code civil ou qu'il s'agisse d'une propriété publique) est naturellement habilité à demander la réparation de l'atteinte et l'indemnisation des préjudices patrimoniaux qui peuvent en découler. Plus délicates, car il convient de concilier le droit à réparation de ce propriétaire avec le droit d'agir résultant de l'atteinte à l'intérêt collectif qui s'attache à l'œuvre. En d'autres termes, si le propriétaire a naturellement vocation à exercer les actions liées au fait que l'œuvre constitue un objet de propriété, qu'en est-il des actions reflétant sa dimension extrapatrimoniale ? L'analogie du patrimoine naturel et du patrimoine culturel, utilisée plus haut, trouve ici sa limite. En effet, la dimension extrapatrimoniale de l'environnement naturel n'empêche pas que la réparation de l'atteinte qui lui a été portée prenne une forme matérielle. En revanche, s'agissant d'une œuvre culturelle, la réparation matérielle ne suffit pas à réparer l'atteinte à sa dimension culturelle, du moins dans la conception défendue par Charlotte. Comment alors organiser cette réparation « culturelle » ?

Cela dépend me semble-t-il de la manière dont on analyse ce qui doit être réparé ou indemnisé. Si l'on considère que l'atteinte à l'œuvre constitue en elle-même un dommage culturel qui appelle réparation – réparation qui ne consiste pas ou ne se limite pas à la réparation matérielle de l'œuvre –, le plus logique serait me

semble-t-il de prévoir une réparation en nature. Mais comment celle-ci peut-elle se concevoir ? Je dois avouer que je ne vois pas trop. Faut-il alors admettre une réparation monétaire du dommage ? Mais comment réparer avec de l'argent une atteinte à la fois immatérielle et extrapatrimoniale, comment calculer le montant de la réparation et à qui attribuer l'argent ? Autant de questions auxquelles je ne trouve pas de réponses satisfaisantes et qui m'incitent à envisager, plutôt qu'une réparation directe du dommage culturel, une indemnisation du préjudice qui en résulte. De même qu'une atteinte à l'environnement, réparée ou non, peut causer un préjudice extrapatrimonial à ceux qui avaient un rapport particulier avec la portion de l'environnement qui a été atteinte ou dégradée, on peut admettre qu'une atteinte au patrimoine culturel cause un préjudice extrapatrimonial à ceux qui y étaient particulièrement attachés. On retombe toutefois ici sur les problèmes que pose l'indemnisation du préjudice moral en cas d'atteinte à l'environnement. Si l'on veut éviter les dérives, il faudrait me semble-t-il désigner clairement les personnes habilitées à se prévaloir d'un préjudice moral en cas d'atteinte au patrimoine culturel, voire tenter de préciser les modalités de calcul des dommages et intérêts. Cela supposerait toutefois une intervention législative, peu vraisemblable à court ou moyen terme.

4. Quel régime pour le dommage culturel ?

C.D. : L'action en réparation du préjudice culturel pourrait être portée devant les juridictions (civiles ou pénales) par l'État ou ses émanations, ou par des acteurs privés, en particulier des associations (sur le modèle des titulaires de l'action en réparation d'un dommage écologique de l'article 1248 du Code civil). Certes, je suis consciente des difficultés d'évaluation d'un tel préjudice ; mais finalement, sont-elles réellement plus grandes que celles auxquelles se heurtent les juges pour évaluer le montant de tout dommage extrapatrimonial ?

Sur le modèle du préjudice écologique, en cas de réparation par équivalent, une affectation des fonds serait souhaitable pour s'assurer qu'ils profitent effectivement à la protection du patri-

moine culturel. Pourquoi, allant encore plus loin, ne pas envisager la création d'un fonds d'indemnisation de défense de la culture, alimenté par les condamnations d'auteurs de préjudices culturels, et qui aurait pour finalité la défense du patrimoine ?

J.-S.B. : Dans le contexte français, marqué par le rôle très important de l'État et une tradition d'intervention de celui-ci dans les affaires culturelles, l'État me paraît être le titulaire le plus naturel des actions en réparation du dommage culturel, ou plus précisément des actions en indemnisation des préjudices moraux qui en résultent. Le risque est cependant celui de la passivité de l'État, qui n'exercerait pas les actions qui lui sont ouvertes.

On peut attendre plus de réactivité de la part des associations, mais l'ouverture de l'action en indemnisation à leur bénéfice est à mes yeux plus délicate, ne serait-ce qu'en raison de la difficulté d'identifier les associations ayant une légitimité suffisante et de contrôler l'utilisation des sommes allouées. Certes, les associations sont tenues d'agir dans le cadre fixé par leur objet, mais j'avoue ignorer dans quelle mesure on exerce sur elles un contrôle effectif et efficace. L'attribution des sommes allouées à un fonds spécifique voué à la protection du patrimoine culturel permettrait de résoudre le problème de leur affectation, mais ferait resurgir le problème de la passivité des demandeurs potentiels : quel serait en effet l'intérêt pour une association d'agir en vue d'obtenir la condamnation du responsable à payer des dommages et intérêts, si ceux-ci sont versés intégralement à un fonds et que l'association assume seule le coût financier du procès, en ne pouvant compter que sur le jeu de l'article 700 du Code de procédure civile pour espérer rentrer dans ses frais ?

Une solution serait peut-être de permettre à l'État et à certaines personnes morales de droit public ou associations d'agir, sur le modèle de ce que prévoit l'article 1248 du Code civil en matière environnementale, et de répartir les dommages et intérêts alloués entre le fonds *ad hoc* et le demandeur. Un tel mécanisme, dont il conviendrait de préciser les détails, n'aurait cependant d'intérêt que si le montant des dommages et intérêts alloués n'est pas trop faible.

5. Quel avenir pour le dommage culturel ?

C.D. : L'avenir du dommage culturel nous semble sombre ; l'idée de sa création nous avait semblé séduisante, mais peut-être restera-t-il à tout jamais au paradis des concepts. La proposition de réforme de la responsabilité civile ne saurait être qualifiée ni d'innovante, ni d'audacieuse. Elle se contente très largement d'entériner le droit en vigueur ; l'heure n'est pas à la création de nouveaux préjudices !

Aussi est-ce du côté des gardiens de la culture française que nous avons espéré trouver un soutien pour relayer la défense de ce nouveau préjudice. Une lettre a été adressée en ce sens à la Fondation du patrimoine en octobre 2020...restée sans réponse. Puisse Stéphane Bern être un

lecteur attentif de la *Revue de droit d'Assas* et trouver dans cette contribution l'outil d'une protection renouvelée des œuvres culturelles !

J.-S.B. : Effectivement, on imagine mal le gouvernement ou le législateur se saisir spontanément de la question du dommage culturel, que ce soit dans le cadre de la réforme de la responsabilité civile (qui est en passe de devenir l'arlésienne du droit des obligations) ou indépendamment de celle-ci. Peut-être une affaire médiatisée permettrait-elle d'inciter les pouvoirs publics à s'intéresser à la question, mais on ne peut tout de même pas souhaiter un nouvel incendie de Notre-Dame de Paris dans l'espoir que cela fasse avancer la cause du dommage culturel. Reste donc effectivement la solution consistant à sensibiliser Stéphane Bern !

Dossier

Droit et culture

Pour un élargissement de la catégorie des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques

Laurence Mauger-Vielpeau

Professeur à l'Université de Caen-Normandie

Membre de l'ICREJ

Les ventes aux enchères publiques, qu'elles portent sur des immeubles ou des meubles, ont toujours fait l'objet de régimes juridiques distincts selon qu'elles sont volontaires ou amiables, judiciaires ou d'autorité de justice, voire forcées¹. En ce qui concerne les ventes de meubles aux enchères publiques, les ventes volontaires sont dissociées des ventes judiciaires. Bien qu'antérieure à la loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques², cette distinction a pris une importance considérable depuis cette réforme.

En effet, la loi du 10 juillet 2000 a mis fin au monopole des commissaires-priseurs pour la réalisation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, confiées à l'époque à des

sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques³, puis depuis la loi n° 2011-850 du 20 juillet 2011, dite de libéralisation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques⁴, aux opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques⁵. Par ailleurs, l'article 29 de la loi de 2000 a maintenu l'ancien monopole au profit des commissaires-priseurs judiciaires pour l'organisation et la réalisation des ventes judiciaires de meubles aux enchères publiques. En conséquence, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000, les commissaires-priseurs étaient chargés de toutes les ventes aux enchères publiques, qu'elles soient judiciaires ou volontaires, alors que, suite à ces changements, les ventes volontaires sont organisées par des opérateurs de ventes volontaires de

1. Sur cette terminologie incertaine : v. not., notre thèse : *Les ventes aux enchères publiques*, préf. P.-Y. Gautier, Economica, 2002, spéc. n° 60 et s.

2. JO, 11 juill. 2000, p. 10474.

3. Les anciens commissaires-priseurs ont alors eu l'obligation de constituer de telles sociétés pour continuer à exercer leur activité de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques. Aujourd'hui encore, l'art. 29, al. 3, de la loi du 10 juillet 2000 contraint les commissaires-priseurs judiciaires à constituer une société commerciale par la forme pour exercer cette activité.

4. JO, 21 juill. 2011, p. 12441.

5. L'opérateur peut être depuis lors une personne physique ou une autre forme de personne morale telle une association. La loi n° 2022-267 visant à moderniser la régulation du marché de l'art du 28 février 2022, JORF n° 0050 du 1^{er} mars 2022, prévoit qu'à compter du 1^{er} juillet 2026, l'opérateur personne physique sera qualifié de « commissaire-priseur » et l'opérateur personne morale de « maison de vente » (art. 4). C'est le retour du commissaire-priseur dans notre droit ! En outre, on ne peut que se réjouir de l'usage par le législateur d'une terminologie bien plus éclairante qui correspond à celle usitée en pratique.

meubles aux enchères publiques et les ventes judiciaires par des commissaires-priseurs judiciaires⁶.

Dès l'année 2002, le Tribunal de Grande instance de Paris, puis la Cour d'appel de Paris en 2005, ont eu à connaître d'une difficulté relative à la qualification d'une vente⁷. Il faut dire que les textes sont peu éclairants et le demeurent malgré les réformes successives des ventes aux enchères publiques de meubles. Ainsi l'article 29, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 juillet 2000, modifié depuis⁸, définit les ventes judiciaires comme celles « prescrites par la loi ou par décision de justice ». En revanche, la loi de 2000⁹, comme celle de 2011, n'ont jamais défini ce qu'est une vente volontaire. Il peut alors être déduit *a contrario* que sont volontaires toutes les ventes aux enchères publiques qui ne répondent pas à la définition des ventes judiciaires. Encore faut-il déterminer ce qu'est une vente judiciaire...

La distinction entre les deux sortes de ventes revêt aujourd'hui une importance encore plus grande en raison de la profonde mutation que connaît la profession de commissaire-priseur judiciaire. La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a créé le « commissaire de justice ». Elle opère une fusion des professions d'huissier de justice et de commissaire-priseur judiciaire. Le législateur a, en effet, habilité le Gouvernement

à organiser ce nouveau statut par voie d'ordonnance n° 2016-728 en date du 2 juin 2016¹⁰ qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2022. Il s'agit d'unir deux professions qui s'opposent depuis de nombreuses années, notamment au sujet de la réalisation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques... Comme nous l'avons déjà écrit, on a peine à comprendre la logique du législateur¹¹. Les commissaires de justice seront donc amenés, outre les activités de ventes aux enchères publiques¹², à réaliser, entre autres, des procédures civiles d'exécution, des significations d'actes, des constats, du recouvrement amiable des créances, de la liquidation d'entreprises ou du service des audiences près les cours et les tribunaux.

À travers ces nouvelles attributions, on ne reconnaît plus l'ancien commissaire-priseur national qui a toujours été un acteur majeur du marché de l'art, unique en son genre. Or, sauf dispenses, si pour devenir opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, les intéressés (l'opérateur personne physique ou le dirigeant, associé ou salarié de l'opérateur personne morale¹³) doivent toujours préalablement suivre un double cursus en art et en droit¹⁴, il n'en va pas de même des commissaires de justice qui doivent être titulaires d'un master en droit ou de l'un des titres ou diplômes qui seront reconnus comme équivalents pour l'exercice de

6. L'activité de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques peut aussi être confiée accessoirement aux notaires et aux huissiers de justice s'ils satisfont à un certain nombre d'exigences, sans que ces derniers aient l'obligation de constituer une société commerciale (v. art. L. 321-2, al. 2, C. com.) et occasionnellement aux ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans le cadre de la libre prestation de services (art. L. 321-24 et s. C. com.). Quant aux ventes judiciaires, les commissaires-priseurs judiciaires conservent un monopole, les notaires et les huissiers de justice ne pouvant procéder à de telles ventes que dans leur ressort d'instrumentation et dans les communes dans lesquelles n'est pas établi un office de commissaire-priseur judiciaire conformément notamment à l'alinéa 3 de l'art. 3 de l'ordonnance du 26 juin 1816 établissant des commissaires-priseurs judiciaires dans diverses villes.

7. V. not. : TGI Paris, 25 sept. 2002, *Gaz. Pal.* 2003, jur., p. 2292 et s., note S. Crevel et CA Paris, 8 mars 2005, *D.* 2005, jur., p. 1404, note L. Mauger-Vielpeau. V. *infra*.

8. Notamment par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n° 0181 du 7 août 2015.

9. Dont la plupart des dispositions ont été codifiées aux art. L. 320-1 et s. du Code de commerce.

10. JORF n° 0128 du 3 juin 2016.

11. V. notamment « Le roi est mort, Vive le roi ! Le commissaire-priseur, hier, aujourd'hui et demain », in *Liber Amicorum en l'honneur de F. Duret-Robert, Marché de l'art et Droit, Originalité et Diversité*, Institut Art & Droit et éditions du Cosmogone, p. 221 et s., spéc. p. 231.

12. Pour réaliser des ventes volontaires, ils doivent encore constituer une société commerciale : art. 1^{er}, IV de l'ordonnance du 2 juin 2016.

13. Art. L. 321-4 C. com.

14. Une double licence : un diplôme national de licence en droit et un diplôme national de licence en histoire de l'art, ou en arts appliqués, ou en archéologie ou en arts plastiques, ou des titres ou diplômes, admis en dispense, dont la liste est fixée par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé de l'enseignement supérieur : art. R 321-18, 3^o C. com.

la profession de commissaire de justice par arrêté du Garde des Sceaux, ministre de la Justice¹⁵. Pour pratiquer des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, ils ont quand même l'obligation de passer un « module de perfectionnement en art »¹⁶. Quoi qu'il en soit, cela demeure insuffisant. Il apparaît donc nécessaire et urgent d'élargir le domaine d'activité des opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques afin de conserver des acteurs formés au marché de l'art.

La profession en a conscience et le réclame. Il faut absolument diversifier l'activité de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques pour qu'elle puisse se suffire à elle-même, comme c'est déjà le cas pour certains opérateurs, et n'oblige pas les professionnels concernés à exercer deux métiers bien différents. En ce sens, la Mission sur l'avenir de la profession d'opérateur de ventes volontaires a fait des propositions très intéressantes¹⁷, qui ont été discutées lors du vote de la loi visant à moderniser la régulation du marché de l'art¹⁸. Il s'agit d'étendre le champ d'application de la réglementation des ventes et prises volontaires à toutes les prises et ventes aux enchères non forcées.

Conformément à ce que nous proposons dès 2001, le législateur a omis dans la réforme des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques issue de la loi du 10 juillet 2000, d'intégrer parmi les ventes volontaires, les ventes volontaires judiciaires¹⁹. C'est pourquoi, après avoir démontré que l'opposition actuelle entre les ventes volontaires et les ventes judiciaires est insatisfaisante en ce qu'elle est source d'incerti-

tudes (I), il apparaît nécessaire de repenser ces catégories (II).

I. Ventes volontaires *versus* ventes judiciaires : une opposition incertaine

Le législateur définit les ventes judiciaires de meubles aux enchères publiques comme étant celles « prescrites par la loi ou par décision de justice ». Cette définition s'est très rapidement montrée insuffisante et peu éclairante, à tel point que les professionnels concernés se sont vite mobilisés sur cette question (A). La jurisprudence a été amenée, encore récemment, à livrer son interprétation (B).

A. La réaction des professionnels

Peu après l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000, les deux nouvelles catégories de professions, issues de la réforme, ont livré chacune leur propre lecture de la définition des ventes volontaires et des ventes judiciaires.

Ainsi, le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques²⁰, qui constitue une nouvelle autorité de régulation créée par la loi de 2000 pour cette catégorie de ventes, a rendu un avis laconique à ce sujet, le 10 octobre 2002, au terme duquel il considère que : « le critère pour distinguer volontaire et judiciaire est la capacité qu'a le propriétaire du bien de choisir en toute liberté le type de vente. S'il n'en a pas la capacité, ou s'il n'en est pas libre, il a droit à une protection particulière et il s'agit alors d'une vente judiciaire »²¹.

15. Art. 1^{er}, 4^e du décret n° 2019-1185 du 15 novembre 2019 relatif à la formation professionnelle des commissaires de justice et aux conditions d'accès à cette profession, JORF n° 0267 du 17 novembre 2019.

16. Art. 37 à 41 *bis* du décret n° 2019-1185 du 15 novembre 2019. Étonnamment, la loi visant à moderniser la régulation du marché de l'art (v. préc. note 5) présume déjà qualifiés pour réaliser ces ventes volontaires, au 1^{er} juillet 2022, les commissaires de justice qui justifient avoir organisé et réalisé des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques à titre habituel. Il s'agit de ceux ayant organisé et réalisé, entre le 1^{er} janvier 2016 et le 31 décembre 2021, pendant une période d'au moins 3 années consécutives, soit au moins 24 ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, soit des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques dont le produit total est supérieur à 230 000 euros (art. 7).

17. H. Chaubon et E. de Lamaze, *Mission sur l'avenir de la profession d'opérateur de ventes volontaires*, Rapport remis au Garde des Sceaux en 2019.

18. Une proposition de loi « visant à moderniser la régulation du marché de l'art » a été déposée au Sénat, par Mme C. Morin-Desailly et plusieurs de ses collègues, le 7 février 2019 (n° 300). Elle a donné lieu à la loi visant à moderniser la régulation du marché de l'art (v. préc. note 5).

19. V. notre article « Les ventes judiciaires de meubles aux enchères publiques », in *Code des ventes volontaires et judiciaires*, éd. Le Serveur Judiciaire, 2001, p. 325 et s., spéc. p. 330 et 331.

20. Re-dénommé « Conseil des maisons de vente » et réformé de manière substantielle par la loi visant à moderniser la régulation du marché de l'art (v. préc. note 5) (art. 2).

21. Rapport d'activité du Conseil des ventes 2001-2002.

Les commissaires-priseurs judiciaires, soucieux de conserver l'organisation et la réalisation d'un nombre non négligeable de ventes de meubles aux enchères publiques, vont, quant à eux, jusqu'à rédiger un Livre blanc consacré à cette question²², ce qui montre l'enjeu du débat. Ainsi, ils considèrent que sont des ventes judiciaires, les ventes prescrites par la loi ou par décision de justice conformément à l'article 29 de la loi de 2000. Ils précisent que « la règle imposée par la loi ou la décision de justice de procéder à une vente publique aux enchères peut porter soit sur la volonté d'aliénation elle-même : c'est la vente forcée [...]. Mais les ventes judiciaires ne sont nullement limitées aux ventes forcées. La prescription imposée par la loi ou par décision de justice peut également porter sur la forme selon laquelle s'exécute l'aliénation du bien ». Ce Livre blanc propose ensuite un inventaire des ventes judiciaires.

Les deux propositions sont convergentes. Le Conseil des ventes, comme la chambre nationale des commissaires-priseurs judiciaires, estiment que les ventes judiciaires ne se limitent pas aux seules ventes forcées et comprennent les ventes pour lesquelles les enchères sont imposées tant par la loi que par une décision de justice. C'est cette même interprétation qui a été retenue par les juges du fond.

B. L'interprétation des juges du fond

La jurisprudence, notamment la Cour d'appel de Paris, a eu l'occasion de se prononcer sur la qualification des ventes aux enchères publiques lors de deux affaires majeures : en 2005 à l'occasion de la succession de la veuve d'Alberto Giacometti et en 2021 lors de la vente de treize bronzes d'Alberto et Diego Giacometti (frère d'Alberto).

La succession de la veuve Giacometti comprenait des œuvres de l'artiste d'une très grande valeur (122 millions d'euros), qui ont été placées sous administration provisoire en vertu d'une ordonnance du président du TGI de Paris du 1^{er} juillet 1999, dans l'attente de la constitution d'une fondation. Pour régler les frais d'administration de la succession, l'administrateur judiciaire a été autorisé par une autre ordonnance du président du TGI de Paris du 21 février 2002 « à

faire procéder par tel commissaire-priseur de son choix » à la vente aux enchères publiques d'œuvres pour un montant de 6 millions d'euros. L'administrateur judiciaire a alors demandé à la société Christie's, en tant que société de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, d'organiser ladite vente. Aussitôt, la chambre nationale des commissaires-priseurs judiciaires et la chambre de discipline de la Compagnie des commissaires-priseurs judiciaires de Paris ont assigné Christie's pour que le tribunal fasse interdiction à cette société d'organiser la vente, au motif qu'il s'agissait d'une vente judiciaire qu'une simple société de ventes n'était pas habilitée à réaliser.

En définitive, par jugement du 25 septembre 2002²³, le tribunal ne s'est pas prononcé sur la nature juridique de la vente en cause, considérant seulement que Christie's n'ayant pas la qualité de commissaire-priseur, ne disposait pas d'un mandat régulier conforme à la décision judiciaire autorisant la vente, « sans qu'il soit nécessaire de déterminer son caractère judiciaire ou volontaire ».

La société Christie's France a décidé d'interjeter appel de ce jugement.

La Cour d'appel de Paris²⁴ a finalement retenu la qualification de vente judiciaire. Les magistrats estiment que, si l'administrateur de la succession avait la liberté de décider la vente, celle-ci a été prescrite par une décision de justice en ce sens que le juge a ordonné « d'y procéder par voie d'enchères publiques ». « La vente dont il s'agit portait sur des biens dépendant d'une succession placée sous l'administration provisoire d'un administrateur désigné en justice dans l'attente de la reconnaissance par les pouvoirs publics de la fondation devant la recueillir ; que les circonstances qui justifiaient cette mesure de protection d'un patrimoine non encore affecté avec certitude imposaient donc, non seulement un contrôle des actes de l'administrateur provisoire, désigné judiciairement, mais aussi des garanties sur les conditions des aliénations auxquelles il était autorisé à procéder que seules les ventes judiciaires permettent [...] ». La motivation est convaincante.

22. Les commissaires-priseurs judiciaires : la réforme (loi du 10 juill. 2000), Livre blanc, Doc. fr., Paris, 2003, p. 15 et s.

23. V. préc. note 7.

24. CA Paris, 8 mars 2005, v. préc. note 7.

Seize ans plus tard, le TGI et la Cour d'appel de Paris ont à qualifier une autre vente intervenue dans un contexte différent. Ainsi, une mère, plus précisément son tuteur, et son fils ont décidé de vendre aux enchères publiques treize bronzes qui étaient leur propriété indivise. Or, la mère étant placée sous tutelle, la vente était soumise à l'autorisation du juge des tutelles en vertu de l'article 505 du Code civil. Celui-ci a alors autorisé le tuteur à confier la vente à la SAS Artcurial, opérateur de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques. Là encore, la chambre de discipline de la compagnie des commissaires-priseurs judiciaires de Paris a assigné d'heure à heure, par-devant le juge des référés du TGI de Paris, la société Artcurial, aux fins de voir interdire, sous astreinte, à cette société de procéder à la vente, faisant valoir que s'agissant d'une vente judiciaire, celle-ci ne pouvait être réalisée que par un commissaire-priseur judiciaire. En définitive, le juge des référés a débouté la chambre de discipline de sa demande et la vente est intervenue. Par la suite, la même chambre et la chambre nationale des commissaires-priseurs judiciaires ont assigné en responsabilité la société Artcurial devant le TGI de Paris pour obtenir réparation de leurs préjudices patrimoniaux et moraux. Pour ce faire, ils ont soutenu qu'en procédant en ses locaux à la vente volontaire des treize bronzes, la société Artcurial avait violé le monopole des commissaires-priseurs judiciaires.

Les premiers juges, dans leur jugement du 5 septembre 2018, ont débouté les deux chambres de leurs demandes. Ils considèrent que « l'autorisation de vendre donnée sur le fondement de l'article 505 du Code civil par le juge des tutelles, qui peut être obtenue extra-judiciairement par le conseil de famille, concerne tout acte de disposition au nom de la personne protégée auquel le tuteur de celle-ci voudrait procéder. Une telle vente a un caractère volontaire et la circonstance qu'elle ait pu être soumise à autorisation du juge des tutelles ne lui confère pas un caractère judiciaire, de sorte que cette vente échappe à la compétence exclusive des commissaires-priseurs judiciaires »²⁵.

La chambre de discipline de la compagnie des commissaires-priseurs judiciaires de Paris a interjeté appel du jugement. La Cour d'appel de Paris²⁶ infirme sur ce point le jugement. La motivation de l'arrêt est très intéressante et développée. Ainsi, elle retient que : « La qualification de ventes aux enchères publiques dépend, au sens de la loi du 10 juillet 2000, du sens qui doit être donné à la locution « ventes prescrites par la loi ou par décision de justice » et, notamment, du point de savoir si elle ne vise que les « ventes ordonnées » par décision de justice, ce qui la limite aux ventes judiciaires forcées, ou si elle s'étend aux ventes soumises obligatoirement aux formalités des enchères publiques par décision du juge. En d'autres termes, il convient de déterminer si le qualificatif de judiciaire doit être retenu, non seulement dans le cas où le juge prescrit qu'une vente aux enchères publiques ait lieu (vente forcée), mais également dans celui où il prescrit qu'une vente ait lieu aux enchères publiques ». Elle cite l'avis du Conseil des ventes de 2002, exclut, à juste titre, un arrêt de la Cour de cassation cité par Artcurial qui n'avait pas tranché cette question juridique²⁷ et prend en compte la protection de l'intérêt du majeur protégé qui repose sur le seul contrôle du juge des tutelles. « Ainsi, la vente initiée par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs et autorisée par le juge, qui prescrit d'y procéder sous la forme d'une vente aux enchères, est une vente judiciaire. La société Artcurial qui, sachant qu'un commissaire-priseur judiciaire avait effectué l'inventaire et programmé d'effectuer la vente, a œuvré pour aller récupérer les œuvres à vendre chez ce dernier avant même d'avoir obtenu l'autorisation de vente conforme au mandat qu'elle a fait signer au tuteur afin de pouvoir effectuer cette vente alors que cette vente était une vente judiciaire a commis une faute et le jugement sera infirmé en ce sens ».

Comme en 2005, la motivation de la Cour d'appel de Paris est convaincante au regard du droit en vigueur et de l'article 29 de la loi du 10 juillet 2000. Cependant, ces catégories doivent être revues afin de circonscrire le domaine des ventes soumises au monopole des

25. À titre préalable, ils rappellent le principe de la liberté du commerce, qui implique une interprétation restrictive du monopole des commissaires-priseurs judiciaires.

26. Arrêt du 31 mars 2021, n° RG 18/22566.

27. Civ. 1^{re}, 29 nov. 2005, n° 03-17.623.

commissaires-priseurs judiciaires, bientôt commissaires de justice, et d'élargir, corrélativement, celui des ventes volontaires.

II. La nécessité d'étendre le domaine d'application des ventes dites volontaires

En opposant les ventes volontaires de meubles aux enchères publiques aux ventes judiciaires, définies comme « prescrites par la loi ou par décision de justice », le législateur a omis que certaines ventes judiciaires conservent un caractère volontaire (A). Celles-ci doivent être rattachées à la catégorie des ventes volontaires car les deux sortes de ventes n'obéissent pas au même régime juridique (B).

A. L'omission légale des ventes judiciaires volontaires

La définition légale des ventes judiciaires de meubles aux enchères publiques comprend, sans nul doute, les ventes forcées. Ce sont les ventes seulement autorisées par une décision de justice qui ont suscité des divergences. Pour les uns, il s'agit de ventes judiciaires²⁸ alors que pour d'autres, elles demeurent volontaires²⁹. En effet, si l'on reprend la définition légale : « sont judiciaires au sens de la présente loi les ventes de meubles aux enchères publiques prescrites par la loi ou par décision de justice », deux interprétations peuvent en être données.

Une interprétation stricte de la notion de vente judiciaire suggère que le législateur n'a visé que les seules ventes ordonnées par la loi ou par une décision de justice, autrement dit les seules ventes aux enchères forcées qui sont imposées au propriétaire d'un bien, lequel n'en a pas l'initiative, ni ne la poursuit. Ces prérogatives reviennent à un tiers, essentiellement un créan-

cier. Il s'agit, notamment, de la vente forcée sur saisie-vente³⁰, de la vente d'un bien gagé³¹ ou d'objets abandonnés³².

Une interprétation large de la notion de vente judiciaire laisse à penser que le législateur a visé toutes les ventes traditionnellement qualifiées de judiciaires au sens qu'elles sont soumises obligatoirement à des formalités prévues par la loi ou décidées par un juge, telle l'autorisation préalable d'un juge ou le recours aux enchères publiques. Plus précisément, la prescription imposée par la loi et/ou la décision de justice porte sur deux éléments. En premier lieu, la décision même de vendre est visée, ce qui revient à l'interprétation stricte, car il s'agit alors de ventes judiciaires forcées. En second lieu, la forme selon laquelle s'exécute l'aliénation est en outre concernée. La vente judiciaire ne serait plus seulement la vente judiciaire forcée, mais aussi celle décidée par le propriétaire du bien, autrement dit une vente judiciaire volontaire, mais dont la loi ou le juge impose qu'elle ait lieu aux enchères publiques. La Cour d'appel de Paris, à deux reprises, et les professionnels concernés ont opté pour cette interprétation large qui semble correspondre à la volonté du législateur.

La définition légale laisse pourtant apparaître une insuffisance notable. Les ventes aux enchères publiques volontaires sont opposées aux ventes aux enchères publiques judiciaires. Or l'étude des situations que recouvrent ces notions démontre qu'il existe en réalité une dualité des ventes judiciaires. Ainsi, à l'intérieur de la catégorie des ventes judiciaires, il faut distinguer deux sous-ensembles : les ventes judiciaires forcées et les ventes judiciaires volontaires³³. En effet, les ventes judiciaires sont des ventes aux enchères publiques prescrites par la loi ou par décision de justice, soumises à des formalités prévues par la loi ou décidées par un juge. Ces formalités sont

28. S. Armand, « Les ventes judiciaires et les ventes volontaires au sens de la loi du 10 juillet 2000 », *Gaz. Pal.* 2003, doctr., p. 20 et s. ; S. Crevel, note sous TGI Paris, 25 sept. 2002, préc., note 7 ; L. Mauger-Vielpeau, note sous CA Paris, 8 mars 2005, préc., note 7.

29. En ce sens notamment : R. Sermier, « Comment distinguer les ventes aux enchères volontaires des ventes judiciaires ? (à propos de « l'affaire de la vente Giacometti ») », *LPA* 17 mars 2003, n° 54, p. 13 et s.

30. Art. L. 221-3 et R. 221-33 à R. 221-39 du CPCE.

31. Art. 2346 C. civ.

32. Art. 4 de la loi du 31 mars 1896 relative à la vente des objets abandonnés ou laissés en gage par les voyageurs aux aubergistes ou hôteliers et art. 3 de la loi du 31 décembre 1903 relative à la vente de certains objets abandonnés, JORF n° 0007 du 8 janvier 1904.

33. V. à ce sujet, not., L. Mauger-Vielpeau, *Les ventes aux enchères publiques*, op. cit., spéc. n° 106 et s. ; id., « Les ventes judiciaires de meubles aux enchères publiques », in *Code des ventes volontaires et judiciaires*, éd. Le Serveur Judiciaire, 2001, p. 325 et s.

justifiées par la protection de l'intérêt d'une ou de plusieurs autres personnes, directement concernées par l'aliénation : le saisi ou, dans la première affaire Giacometti, la fondation à venir et dans la seconde, la majeure protégée. Le juge est là pour contrôler que la vente projetée ne nuit pas à l'intérêt de ces personnes. C'est le point commun de toutes les ventes judiciaires, qu'elles soient forcées ou volontaires.

Parmi ces ventes judiciaires, il faut, en outre, opérer une autre différenciation selon que le propriétaire du bien, ou son représentant, a, ou au contraire, n'a pas, la volonté de vendre le bien. Si la vente est décidée par le propriétaire du bien, ou son représentant, la vente peut être qualifiée de vente judiciaire volontaire. À l'inverse, si le propriétaire du bien ne fait que subir la vente qui s'impose à lui, il s'agit d'une vente judiciaire forcée. Au regard de cette caractéristique, les deux ventes Giacometti auraient pu être qualifiées de ventes judiciaires volontaires car l'administrateur de la succession et le tuteur de la majeure protégée avaient la liberté de décider de la vente dont la réalisation devait seulement être contrôlée par le juge compétent.

En définitive, le législateur n'a donc pas tenu compte de cette distinction, ce qui est fort regrettable car celle-ci n'est pas purement conceptuelle et affecte le régime juridique des ventes judiciaires volontaires.

B. Le régime juridique des ventes judiciaires volontaires

Les ventes judiciaires volontaires de meubles aux enchères publiques sont aujourd'hui considérées comme des ventes judiciaires et non des ventes volontaires. Or, ces deux catégories n'obéissent pas aux mêmes règles de droit, sous réserve de quelques dispositions communes. Ainsi, l'article L. 321-17 du Code de commerce régissant la responsabilité des professionnels procédant à ces ventes ou les articles L. 321-29 à L. 321-33 relatifs aux experts intervenant dans ces ventes s'appliquent aux deux sortes d'aliénations.

La différence majeure gouvernant ces deux formes de ventes concerne la personne habilitée à les réaliser. S'il s'agit d'une vente judiciaire, c'est un commissaire-priseur judiciaire, et bientôt un commissaire de justice, alors que si la vente est volontaire, elle est organisée par un opérateur de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques. Or, les réformes de 2000 et de 2011 ont libéralisé les modalités de ventes aux enchères publiques volontaires, afin de développer le marché de l'art national. Elles permettent notamment aux opérateurs de ventes de garantir au vendeur un prix d'adjudication minimal du bien proposé à la vente³⁴ ou même de lui consentir une avance de prix³⁵. Il n'en va pas de même des ventes judiciaires réalisées par des officiers ministériels dont le statut demeure inchangé et qui ne bénéficient pas de ces nouvelles mesures. Le vendeur aurait eu aussi la possibilité de stipuler un prix de réserve, en deçà duquel le bien ne peut être vendu³⁶, comme l'avait admis la Cour de cassation pour une vente aux enchères publiques de stock de matériel autorisée par une ordonnance du président du Tribunal de commerce³⁷.

En retenant la distinction ventes volontaires/ventes judiciaires, le législateur a exclu du champ d'application des premières toutes les ventes aux enchères publiques judiciaires, qu'elles soient forcées ou volontaires. Dès lors, en application de la loi, la Cour d'appel de Paris ne pouvait qu'être convaincue que la qualité d'officier ministériel du professionnel instrumentant ou les tarifs imposés³⁸ étaient véritablement nécessaires et protecteurs pour toutes les ventes judiciaires, y compris les ventes judiciaires volontaires. Cette protection n'est pourtant pas indispensable. En effet, les opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques présentent aussi de nombreuses garanties. Ils doivent notamment préalablement déclarer leur activité auprès du Conseil des maisons de vente³⁹, comprenant une commission des sanctions qui peut les punir en cas de manquement aux lois, règlements ou obli-

34. Art. L. 321-12 C. com.

35. Art. L. 321-13 C. com.

36. Art. L. 321-11, al. 2, C. com.

37. Com., 27 avr. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 157 ; *RTD civ.* 1994, p. 128, obs. P.-Y. Gautier ; *Rev. huissiers* 1993, p. 1374.

38. Art. A. 444-1 à A. 444-9 C. com.

39. Art. L. 321-4 C. com.

gations professionnelles⁴⁰. Ils sont tenus de justifier de l'existence dans un établissement de crédit d'un compte destiné exclusivement à recevoir les fonds détenus pour le compte d'autrui et d'une assurance ou d'un cautionnement garantissant leur représentation et d'une assurance couvrant leur responsabilité professionnelle⁴¹. De même, ils ne peuvent pas, sauf exceptions, acheter ou vendre directement ou indirectement pour leur propre compte des biens proposés à la vente aux enchères publiques, tout comme les prestataires de services auxquels ils recourent⁴². En conséquence, les ventes aux enchères publiques judiciaires volontaires auraient pu bénéficier des nouvelles techniques de vente introduites par le législateur en 2000 et 2011, et ceci dans l'intérêt de toutes les personnes concernées par la vente, si celui-ci avait adopté une distinction plus adéquate⁴³. D'ailleurs, l'État s'est bien octroyé cette possibilité puisque les ventes aux enchères publiques de meubles lui appartenant ou celles effectuées en la forme domaniale, tout comme celles relevant du Code des douanes, peuvent être réalisées pour son compte par les opérateurs

de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques dans les conditions décrites ci-dessus.

Comme *il n'est jamais trop tard pour bien faire*, les discussions parlementaires relatives à la loi visant à moderniser la régulation du marché de l'art⁴⁴ ont remis à l'ordre du jour la distinction entre les ventes volontaires et les ventes judiciaires. Si le Sénat voulait réduire le monopole des commissaires de justice aux seules ventes forcées à compter du 1^{er} juillet 2022, l'Assemblée nationale a, au contraire, maintenu le monopole des commissaires-priseurs judiciaires, bientôt commissaires de justice, sur toutes les ventes judiciaires, hormis une seule exception : prévoir à l'article 505 du Code civil que la vente de biens appartenant à une personne mineure ou majeure sous tutelle, qui doit être autorisée par le conseil de famille ou par le juge, puisse désormais, si l'autorisation prévoit qu'elle a lieu aux enchères publiques, être organisée et réalisée par un opérateur de ventes volontaires. *La montagne n'a finalement accouché que d'une souris...*

40. Art. L. 321-23 et s. C. com.

41. Art. L. 321-6 C. com.

42. Art. L. 321-5 C. com.

43. Sans compter que certaines maisons de vente offrent à leurs clients des conditions de vente exceptionnelles en France ou ailleurs, ce qui permet d'obtenir le prix le plus élevé possible, dans l'intérêt même des personnes concernées. Quant aux frais qui ne cessent de croître (la barre des 30 % ayant été récemment dépassée), ils sont à la charge de l'acquéreur et non du vendeur qui peut toujours négocier les modalités du mandat de l'opérateur.

44. V. préc. note 5.

Perspectives

Droit de la propriété intellectuelle

Dans chaque numéro, la *RDA* donne la possibilité à des auteurs de dessiner les contours, de tracer les évolutions récentes ou à venir d'une matière donnée. À cette fin, la liberté est la plus totale : les contributeurs présentent un libre-propos sur la discipline en général ou sur certains de ses aspects.

Perspectives en propriété intellectuelle	p. 141	L'œuvre, l'auteur, le monopole : le droit d'auteur en quête de (re)définition	p. 153
Perspectives – Propriété intellectuelle	p. 145		
La propriété intellectuelle hors les murs ?		« Meccano de la finance », « nettoyer les quartiers au Karcher » ... : conséquences juridiques de l'usage métaphorique	
Exercice de prospective	p. 149	des marques dans le débat public	p. 158

Perspectives

Droit de la propriété intellectuelle

Perspectives en propriété intellectuelle

Jean-Christophe Galloux

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Président de l'IRPI

La propriété intellectuelle ne constitue pas une zone calme du droit. Née à la fin du XVIII^e siècle avec le droit d'auteur, le droit des marques et le droit des brevets, elle s'est peu à peu enrichie de nouveaux instruments au fil des besoins des créateurs, des commerçants et des investisseurs : droit des dessins et modèles, indications géographiques, droits voisins du droit d'auteur, droit sur les obtentions végétales, droit sur les bases de données, sur les topographies de semi-conducteurs. Elle a toujours présenté une vocation internationale qui s'est affirmée avec la mondialisation des échanges.

En dépit de cette histoire récente et de son développement constant, évoquer les perspectives de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire ses évolutions probables ou simplement possibles, n'est ici pas plus simple que dans d'autres disciplines juridiques.

La matière a sur le droit un avantage certain : elle ne perd pas de substance avec le temps. Ce principe de la physique a été excellemment exposé par le philosophe présocratique Anaxagore de Clazomènes dès le V^e siècle avant notre ère : « Rien ne naît ni ne périt, mais des choses déjà existantes se combinent, puis se séparent de nouveau » ce que de manière sans doute apocryphe, la bouche de Lavoisier aurait traduit par son fameux « Rien ne se crée, rien ne se perd,

tout se transforme ». Cette comparaison va guider notre approche : la propriété intellectuelle va-t-elle perdre de sa substance ou va-t-elle la conserver (I) voire l'accroître sinon se transformer (II) ?

I. La propriété intellectuelle sous la menace d'un déclin ?

Universitaires, praticiens et experts en tout genre de la propriété intellectuelle semblent peu enclins à considérer que la propriété intellectuelle va perdre de son intérêt dans les années qui viennent¹, la perspective d'un accroissement du commerce international et du développement technologique produisant les mêmes effets, en accéléré, que ceux constatés sur la propriété intellectuelle au cours des dernières décennies. Aucune perte de substance donc, bien au contraire.

À y regarder de plus près, et sans sombrer dans le pessimisme le plus noir, la récente crise sanitaire et ses conséquences encore largement insoupçonnées doivent sans doute conduire à une approche plus nuancée.

Pour ma part, je vois trois facteurs, déjà présents aujourd'hui, qui pourraient être de nature à diminuer le champ ou le recours à la propriété intellectuelle dans les prochaines années, et en

1. T. Wong et G. Dutfield, *Intellectual Property and Human Development. Current Trends and Future Scenarios*, Cambridge University Press, 2012 ; D. Gervais, *The Future of Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2021.

tout cas à en entraver le développement, sans aller toutefois jusqu'à sa disparition : la question de l'acceptation sociale de la propriété intellectuelle, la géopolitique de la propriété intellectuelle et la propriété intellectuelle face aux machines.

A. La critique économique ou politique des droits de propriété intellectuelle a coexisté avec le développement de cette dernière²; elle est même parfois radicale : « La propriété intellectuelle c'est du vol » répète-t-on³. Il n'y a aucune raison pour que ces critiques ne cessent, bien au contraire. Si le débat intellectuel demeure, il se déplace sur le plan de l'acceptabilité sociale de la propriété intellectuelle⁴. La réception du discours critique de la propriété intellectuelle rejoint une attitude naturellement hostile à celle-ci dans une portion croissante de la population.

Deux exemples illustrent ce phénomène. Dans le domaine du médicament, qui longtemps échappa au droit des brevets, et celui de l'exploitation des œuvres sur les réseaux et notamment internet.

L'industrie pharmaceutique a souvent mauvaise presse et l'épidémie de la Covid n'a guère amélioré son image, en dépit de la mise au point rapide et de la production massive de vaccins qui ont permis à une grande partie de l'humanité d'y faire face. Cette mauvaise image rejaille sur le droit des brevets qui constitue un élément essentiel de consolidation des investissements colossaux nécessaires à ces entreprises. Les demandes de « levée » des brevets qui protègent ces inventions pharmaceutiques voire, la suppression de toute possibilité de breveter des remèdes indispensables lors d'une pandémie a été âprement discutée jusque devant l'OMC⁵. Compte tenu des pressions politiques et sociales, il n'est pas certain que le domaine de la brevetabilité des médicaments en sorte, à terme, épargné.

Le phénomène est un peu différent pour les utilisateurs d'internet : le respect des droits intellectuels demeure largement méconnu, inappliqué et incompris. Comme le souligne l'OMPI⁶, la promotion du respect de la propriété intellectuelle exige plus que d'appliquer des droits; il s'agit également d'éduquer, d'informer et de changer les mentalités. Est-ce réellement possible à une telle échelle, la culture de la gratuité étant si profondément ancrée⁷? S'il a fallu adapter le droit d'auteur aux usages sur internet comme l'a récemment fait la directive n° 2019/790 du 17 avril 2019, comme les textes qui l'ont précédée, son respect effectif par les utilisateurs reste problématique. Internet et d'une manière générale les réseaux vont-ils devenir des zones de non-droit intellectuel?

B. C'est ici qu'intervient le second facteur : la géopolitique de la propriété intellectuelle. Va-t-on vers une division du monde entre des zones de droits et de non-droit intellectuel ce qui va inévitablement rejaille sur les réseaux (notamment) en raison de leur ubiquité naturelle? Il suffit que quelques pays ne jouent pas le jeu de la propriété intellectuelle pour que les délicats équilibres internationaux vacillent et que le respect de ces instruments, même au plan national, se trouve compromis.

L'expansion de la propriété intellectuelle s'est nourrie d'une mondialisation soutenue par l'harmonisation des droits impliqués dans le commerce international auxquels les droits de propriété intellectuelle appartiennent. Leur sort se trouve dès lors lié à l'avenir de celui-ci. L'essentiel de l'harmonisation des droits intellectuels s'est opéré entre moins de 40 pays, entre la fin du XIX^e siècle et le milieu du XX^e. Ils sont désormais plus de 180. Les espoirs ouverts par la décolonisation puis par la désoviétisation se sont affadés. Certains pays neufs n'ont rejoint l'OMC que du

2. Pour le droit d'auteur, voir par ex. : D. Sagot-Duvaurox, « La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^e siècle », *L'économie politique* 2004/2, n° 22, p. 34-52; d'un point de vue économique : M. Boldrin et D. Levine, « The Case Against Intellectual Property », *The American Economic Review*, févr. 2002, vol. 92, n° 2, p. 209-212.

3. J. Smiers, « La propriété intellectuelle, c'est le vol ! », *Le Monde diplomatique*, oct. 2001.

4. Sur la notion : P. Batellier, « Acceptabilité sociale. Cartographie d'une notion et de ses usages », *Cahier de recherche* 2015, Université du Québec à Montréal.

5. Voir par ex. : M. Raffini, « L'Afrique du Sud et l'Inde proposent la fin des brevets sur les vaccins en temps de pandémie », *Témoignages*, 25 nov. 2020, disponible à l'adresse suivante : https://text.so/YCKsT_; C. Belzung, A. Nicoglou, L. Bruni et M. Yunus, « Appel pour un futur vaccin contre le Covid-19 libre de tout brevet ! », *Progressistes*, disponible à l'adresse suivante : <https://text.so/rT-hex>.

6. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

7. S. Proulx et A. Goldenberg, « Internet et la culture de la gratuité », *Revue du MAUSS* 2010/1, n° 35, p. 503-517.

bout du stylo de leurs négociateurs et ne font guère de cas des droits de propriété intellectuelle, tandis que d'autres sont devenus de redoutables puissances industrielles et ont même dépassé les vieilles nations pionnières de ces droits. Les antagonismes géopolitiques renaissent et de plus fort : ils se nourrissent des droits intellectuels devenus des armes comme des enjeux. Certains de ces droits survivront-ils à ces luttes ?

C. Les machines enfin, vont-elles tuer la propriété intellectuelle ? La création n'est plus dans l'Homme et la protection de l'intelligence fait place peu à peu à celle de l'investissement. Quel statut conférer à la création artificielle, celle des robots, car ils créent eux aussi ? Que deviendra l'activité inventive du droit des brevets face à un homme du métier rempli de toute la rationalité de l'univers ? Le droit des créations intellectuelles va-t-il se réduire à ce qu'il y a de plus irrationnel dans l'Homme, et de plus borné⁸ ?

II. Vers un renouveau ?

« Rien ne se crée, rien ne se perd, tout se transforme » : si, sans doute et nous le souhaitons, la propriété intellectuelle survit à ces défis, elle ne va pas pour autant conserver sur l'ensemble de son champ, la même forme et les mêmes limites.

Il y a d'abord la complexité croissante des droits intellectuels eux-mêmes, de leurs interactions et de leur volume (pensons aux registres des marques qui enflent exagérément malgré les dispositifs de déchéance). Comment gérer cette complexité et ces volumes ? Les entreprises voient leurs actifs immatériels exploser. Comme pour éviter de répondre à ces défis, les Offices de propriété industrielle (offices de brevets, marques et dessins et modèles) investissent (fuient ?) dans des tâches hors de leurs missions traditionnelles : dispenser de la formation, promouvoir l'innovation, conseiller les entreprises. Le monde judiciaire peine lui aussi à réguler les conflits dans ce domaine, laissant peu à peu la place à des instances spécialisées, moins enclines à concevoir les droits de la propriété intellectuelle comme la seule part d'un grand tout civil et commercial.

Car si « rien ne se crée et rien ne se perd », il ne faut pas perdre la cohérence de cette discipline.

Dans cette perspective, les droits de propriété intellectuelle vont se rejoindre aux droits sur les données. Les droits de propriété intellectuelle peuvent devenir de simples données dans les systèmes de gestion automatisés qui permettront leur évaluation, les risques auxquels ils sont exposés et qu'ils engendrent, tandis que les données générées et associées par les systèmes intelligents vont nécessiter des protections spécifiques. Le monde informationnel interagissant abolit les frontières et les catégories juridiques.

Participant du même mouvement, la propriété intellectuelle va sans doute accueillir en son sein des droits exclusifs jusqu'à présent situés à sa périphérie. Tel est le cas de l'exploitation des manifestations sportives : en application de l'article L. 333-1 du Code du sport, les fédérations sportives, ainsi que les organisateurs de manifestations sportives, sont propriétaires du droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent. Les sportifs sont également à la pointe d'un rapprochement du droit à l'image et de la propriété intellectuelle : pris en application de l'article 17 de la loi du 1^{er} mars 2017, visant à préserver l'éthique du sport, à renforcer la régulation et la transparence du sport professionnel et à améliorer la compétitivité des clubs, le décret n° 2018-691 du 1^{er} août 2018 détermine les catégories de recettes générées par l'exploitation commerciale de l'image, du nom et de la voix du sportif ou de l'entraîneur professionnel susceptibles de donner lieu au versement de la redevance prévue à l'article L. 222-2-10-1 du Code du sport.

Dans quelles mesures les techniques associées à la protection des droits, notamment dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, ne vont-elles pas se substituer à ces derniers ?

Les droits de propriété intellectuelle ont ceci de commun qu'ils constituent tous des droits privatifs : à l'instar de la propriété tangible, ils accordent à leur titulaire l'exclusivité de leur exploitation et l'absoluité de leur usage, dans le respect des lois qui les encadrent. Ces droits

8. « Alcène n'illumine pas. Elle n'est sensible ni à l'éclat, ni à l'apparence. Elle n'a pas d'imagination, et peut-être pas beaucoup plus d'intelligence. Mais il y a justement en elle quelque chose d'inattaquable et de borné qui doit être l'infini humain » : J. Giraudoux, *Amphitryon* 38, 1929.

vont-ils perdre cette qualité et se transformer en un simple droit à rémunération sous la pression du droit de la concurrence et des revendications sociales ? Dans le domaine des licences de brevets essentiels à une norme technique, les autorités judiciaires se reconnaissent le droit d'imposer à leur titulaire de délivrer des licences⁹. Les systèmes de licences non volontaires, qui permettent l'exploitation licite d'une œuvre sans autorisation de l'auteur, mais moyennant le paiement d'une redevance, s'étendent peu à peu en Europe, et la directive n° 2019/790 du 17 avril

2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique va dans ce sens en imposant aux auteurs l'affiliation à une société de gestion collective des droits pour leur exploitation sur internet.

Nous avons commencé par Anaxagore, terminons avec un autre philosophe présocratique, Héraclite, qui nous rappelait qu'on « ne se baignait jamais dans le même fleuve » : la propriété intellectuelle, comme toute œuvre humaine, est en éternel devenir.

9. UK Supreme Court, 26 août 2020, *Unwired Planet International Ltd & another v Huawei Technologies (UK) Co Ltd & another* (« the Unwired Planet appeal »); *Huawei Technologies Co Ltd & another and ZTE Corporation & another v Conversant Wireless Licensing SARL* (« the Conversant appeal »).

Perspectives

Droit de la propriété intellectuelle

Perspectives – Propriété intellectuelle

Nicolas Binctin

Professeur à l'Université de Poitiers

La propriété intellectuelle est une matière juridique « récente » : elle aborde son troisième siècle et le Code de la propriété intellectuelle sa troisième décennie, là où de nombreuses autres matières juridiques entrent dans leur troisième millénaire. La propriété intellectuelle est récente mais épouse une évolution essentielle de notre société moderne : la propriété privée individuelle comme socle de l'organisation sociale.

Consacrées en même temps, car pleinement complémentaires, la propriété privée, la liberté d'expression et la liberté du commerce et de l'industrie irriguent la propriété intellectuelle et assurent son succès contemporain : 90 % des actifs des entreprises cotées au *Standard & Poors* sont des actifs incorporels entrant dans le champ de la propriété intellectuelle. Elle concurrence pleinement, dans notre monde contemporain, la propriété foncière et la propriété mobilière corporelle. Ce bilan constitue indéniablement une réussite de la propriété intellectuelle et devrait nourrir une perspective heureuse. Pourtant, l'actualité laisse apparaître un avenir nettement moins certain, voire sombre.

Les fausses bonnes idées ou les vraies contestations accaparent le débat public autour de la propriété intellectuelle : « levée » des brevets pour régler la crise sanitaire liée à la covid-19, statut de l'œuvre transformatrice pour éviter le respect du droit de propriété de l'auteur de l'œuvre première, libre utilisation de la marque d'autrui pour le référencement au risque de dilution de la marque et d'accroissement des coûts du référencement pour son propriétaire, multipli-

cation des solutions spéciales et des exceptions en droit d'auteur comme en droits voisins, glissement sémantique de l'œuvre vers le contenu, recul de la volonté de lutter contre la contrefaçon en ligne sous l'influence notamment des intermédiaires numériques, maintien d'un morcellement du territoire de l'UE, remise en cause de la nature même de la propriété intellectuelle pour la sortir de la propriété privée et en faire un simple mécanisme indemnitaire et une exception au droit du marché... La liste pourrait être allongée, par exemple avec la triste juste rémunération qui fait des auteurs, artistes, éditeurs et producteurs les seuls opérateurs de marché qui verraient le revenu de leur travail capé !

La propriété intellectuelle se trouve aux prises avec le pire de notre société : le populisme sous toutes ses formes ! Matière précise, fine, complexe, il est toujours simple de la caricaturer et de faire reposer sur elle nos maux. Elle devient alors un exutoire facile avec toujours l'Autre, l'étranger, le propriétaire, etc. qui constitue un responsable parfait.

Dans ce contexte, la proposition d'une perspective pour la propriété intellectuelle est un exercice délicat. Il n'y a pas lieu de voir uniquement l'avenir en noir, mais ne le voir qu'en rose serait le signe d'une cécité certaine. Ce libre propos tourné vers l'avenir de la propriété intellectuelle va être articulé autour de deux approches : d'une part, les enjeux de la propriété intellectuelle et, d'autre part, mes souhaits pour la propriété intellectuelle.

I. Les enjeux de la propriété intellectuelle

La propriété intellectuelle est une matière en tensions constantes liées à la dynamique originale qui l'anime : l'évolution de ses objets et la variété de la réception de ceux-ci par les outils juridiques locaux. Marqué par son ubiquité, le bien intellectuel n'a pas de rattachement physique à un territoire mais uniquement juridique, ce qui le distingue des autres biens. La coopération internationale assure une harmonisation des solutions de rattachement. Les enjeux de la propriété intellectuelle sont aujourd'hui assez similaires à ceux d'hier : accueillir les nouvelles créations et innovations et fournir des réponses internationales pour l'appropriation.

A. Les objets

L'histoire doit nécessairement être convoquée pour comprendre que cet enjeu contemporain de la propriété intellectuelle est un enjeu historique, structurel de celle-ci. L'évolution des objets appropriés est au cœur de la matière : de la mécanique à la chimie puis aux nanoparticules, des peintures à l'huile aux photographies et œuvres cinématographiques, du signe verbal au signe holographique, la propriété intellectuelle a toujours su intégrer les nouvelles formes d'expression, les nouvelles formes de créations, d'inventions, d'innovations. Elle a su faire cela en adaptant *a minima* ses critères, ses régimes. La tentation est aujourd'hui grande de solliciter des régimes spéciaux pour de nouvelles formes de créations, d'inventions, et ainsi de rompre avec le principe d'une solution générale de propriété adaptable à tout bien intellectuel.

Les défis ne manquent pas face aux nouveaux objets et aux risques d'émiettement de la propriété intellectuelle. L'appropriation du vivant par le droit des brevets, mais aussi le droit des variétés végétales, les relèvent depuis quarante ans maintenant. L'intelligence artificielle, que l'on devrait plutôt nommer intelligence augmentée, nourrit de nombreux débats sur l'intégration de ces productions dans le champ de la propriété intellectuelle. Faut-il un nouveau régime, une propriété intellectuelle de l'intelligence artificielle ? Est-ce la fin de tout critère de la propriété intellectuelle prenant en considération le travail intellectuel humain ? Les réponses varient selon les rapports des différentes institutions, les inté-

rêts qui président à l'établissement de ces rapports, les fantasmes que nourrissent ceux-ci...

L'environnement numérique impose une convergence complexe pour la propriété intellectuelle avec un entrecroisement de solutions techniques et esthétiques, le tout porté par un besoin d'identification, de reconnaissance et une émancipation territoriale accrue. On a parlé *Blockchain*, on parle encore des *NFT*, on commence à parler des créations dans le métavers. Ce dialogue constant de la propriété intellectuelle avec les innovations, les créations, constitue l'un des aspects les plus passionnants de la matière, et impose une empathie et une ouverture d'esprit pour comprendre ces dynamiques, ces évolutions.

B. Le multilatéralisme

Le second enjeu que l'on propose d'aborder dans le cadre de ce libre propos est celui du multilatéralisme. Sans rattachement physique à un territoire et avec une ubiquité qui leur assure une parfaite diffusion sur l'ensemble du globe dès leur divulgation, les biens intellectuels appellent une coopération internationale importante pour la mise en place et le maintien de solutions d'appropriation. Cette coopération internationale est pratiquement aussi ancienne que la propriété intellectuelle et est marquée notamment par deux grandes conventions du XIX^e siècle, la Convention d'Union de Paris et la Convention de Berne.

Le multilatéralisme s'est renouvelé avec l'intégration de la propriété intellectuelle dans les accords fondant l'Organisation mondiale du commerce en 1994. Cette consécration est certainement aussi la source de difficultés nouvelles pour la propriété intellectuelle, une contestation « alter » et une instrumentalisation géopolitique qui la fragilisent. Hier, ce fut le contentieux contre l'Australie et l'Uruguay conduit sous l'influence des manufactures de tabac pour contester les dispositions législatives encadrant l'apposition des marques sur les paquets de cigarettes. Ce fut aussi une caisse de résonance pour le conflit entre les États du Golfe Persique.

Aujourd'hui est portée devant l'OMC la question de la levée des brevets... « levée » qui pourrait aussi intégrer la protection des savoir-faire. On a du mal à imaginer que les tensions grandissantes autour des questions technologiques entre la Chine et les États-Unis, notamment, ne

conduisent pas, demain, à d'autres instrumentalisation de la propriété intellectuelle dans le cadre de l'OMC. L'embargo américain sur les équipements de réseau de télécommunication d'origine chinoise n'a, par exemple, pas eu d'influence sur la délivrance de brevets à des entreprises chinoises pour les technologies mises en œuvre par ces équipements. Si Huawei ne peut pas vendre d'antennes aux États-Unis, toutes les antennes installées dans ce pays et qui intègrent des technologies appartenant à cette société doivent être produites en respect des droits de propriété intellectuelle détenues par celle-ci dans ce pays.

Le multilatéralisme est un outil essentiel de la propriété intellectuelle : il assure une harmonisation des conditions d'appropriation qui évite une multiplication des appropriations frauduleuses. Les conventions du ^{xix}^e siècle ont osé consacrer un principe d'assimilation écartant toute idée d'étranger dans la mise en œuvre de la propriété intellectuelle. Tout auteur, interprète, inventeur, obtenteur ou propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle est traité, suivant le principe d'assimilation, comme un national. L'instrumentalisation de la propriété intellectuelle pourrait remettre en cause ce principe cardinal. Le multilatéralisme assure une parfaite circulation des biens intellectuels en harmonisant les conditions d'obtentions multi-territoriales des droits de propriété intellectuelle. L'affaiblissement de cette dynamique ne pourrait que renforcer, dans un premier temps, l'économie de la fraude, de la contrefaçon et, dans un second temps, la coopération créative internationale et la réduction des investissements créatifs corolaires. Une réflexion similaire pourrait être conduite au regard de l'extension de la doctrine de l'épuisement international des droits de propriété intellectuelle.

Cette question du multilatéralisme est d'autant plus cruciale que la traditionnelle identification du lieu de création des biens intellectuels, pour créer le premier rattachement juridique, est, elle, en plein délitement en raison de l'évolution des solutions techniques de création. On peut résumer la solution actuelle en retenant que le lieu de création constitue le point de rattachement légal d'un bien intellectuel. Cette solution fut efficace jusqu'à l'avènement des outils numériques de création collaborative et l'éclatement de la localisation de la création. Cette solution traditionnelle ne fonctionne plus lorsqu'un japo-

nais, un argentin et un polonais travaillent ensemble, chacun depuis son pays, grâce à des outils numériques, pour la création de biens intellectuels. Il n'y a plus une unité de lieu (référence qui donne à la propriété intellectuelle une certaine pureté propre à la tragédie racinienne).

L'un des défis de la propriété intellectuelle dans les années à venir sera d'apporter une nouvelle réponse juridique pour définir la première localisation juridique d'un bien intellectuel crée dans de telles conditions. L'efficacité de cette réponse dépend directement de son adoption par l'ensemble des parties prenantes, suivant la logique de multilatéralisme.

II. Les souhaits

Parce que le sujet est vaste et que les choix sont nécessairement porteurs d'une subjectivité de l'auteur, les perspectives souhaitées ne peuvent pas embrasser tous les sujets sensibles de la propriété intellectuelle. Focalisée sur l'accès, une part importante de la doctrine en oublie le bien intellectuel et son propriétaire... au risque de contester directement ou indirectement la nature même de la propriété intellectuelle. Cette propriété intellectuelle doit aussi répondre à des logiques territoriales fortes et l'intégration européenne porte celles-ci.

A. Le maintien du modèle propriétaire

Le souhait du maintien du modèle propriétaire est un souhait non pas idéologique mais rationnel et de cohérence. La propriété intellectuelle est une propriété privée, toute contestation de la nature de la propriété intellectuelle appelle alors une contestation générale de l'organisation sociale contemporaine fondée sur la propriété privée. Une telle contestation a déjà existé, existe encore, et doit, sans réserve, nourrir de futurs travaux académiques tant la vie scientifique est le terreau de la mise en œuvre d'un esprit critique. Intégrée dans un système, il est incohérent, irrationnel, d'en isoler la propriété intellectuelle. Le système est porteur d'une cohérence interne, sans aucun doute critiquable et perfectible, mais avec ses équilibres. Sortir la propriété intellectuelle de ce système, c'est la priver de ces équilibres, tel le principe de proportionnalité qui irrigue l'articulation des droits fondamentaux. Hors du système, la propriété intellectuelle n'est plus rien juridiquement.

La maintenir dans le système appelle, en revanche, à limiter son application aux effets de la propriété. Ainsi, le droit de propriété n'est pas un mécanisme de protection des personnes physiques. Le droit d'auteur ne protège pas l'auteur, il approprie le travail de ce dernier. L'auteur doit bénéficier d'une protection sociale, mais celle-ci n'est pas du ressort du droit d'auteur. Il en va de même pour l'artiste-interprète ou l'inventeur. En instrumentalisant la propriété intellectuelle pour en faire soit un vecteur de développement économique soit un vecteur de protection sociale, les États cherchent une réponse dans un instrument qui ne peut pas la leur apporter. On ne crée pas dans l'espoir d'avoir un droit de propriété intellectuelle, ce n'est pas la propriété intellectuelle qui motive l'activité intellectuelle créative et assure le développement économique d'un État. Dans le meilleur des cas, la propriété permet d'orienter l'investissement... mais l'investissement n'est pas la garantie de l'existence d'une création et encore moins de son succès.

La encore, la sémantique joue un rôle important : dans le vocabulaire contemporain, la propriété intellectuelle « protège » soit les biens intellectuels soit leurs créateurs. Le droit des biens n'est pas un droit de protection : cela est du ressort du droit des personnes, du droit de la consommation ou encore du droit du patrimoine. En affublant la propriété intellectuelle de cette mission de protection, on l'éloigne de sa nature première et on offre une relecture de ses fonctions qui affaiblissent le modèle propriétaire. Si l'auteur, l'inventeur ou l'interprète doit être défendu en tant que partie faible à un contrat, ce n'est pas son droit de propriété qui est en question mais sa qualité personnelle. Celle-ci n'a pas à rejaillir sur la propriété qui doit être de même nature quelle que soit l'identité du propriétaire.

B. L'intégration européenne

Le droit de propriété est très directement la traduction juridique de la puissance étatique, il est donc normal que la propriété soit, historiquement, strictement nationale. La propriété intellectuelle, dans le cadre de l'intégration européenne, a su montrer le chemin d'un nouveau modèle, une propriété supranationale au travers de la marque, du modèle et de la variété végétale

de l'Union européenne. Malheureusement, la dynamique est enrayée depuis vingt ans au point que l'Union européenne semble même souscrire à son exclusion totale du droit des brevets par la mise en place du brevet européen à effet unitaire affublé de sa Juridiction unifiée des brevets. La solution n'est pas meilleure quand la Cour de justice souscrit à une approche strictement nationale des marchés en droit d'auteur, que ce soit pour la gestion collective ou les accords de distribution. Dans tous les cas, ce morcellement européen, d'une part, exclut l'émergence d'acteurs européens forts car ils ne disposent pas d'un marché initial intégré et, d'autre part, renforce le pouvoir de marché des opérateurs globaux (GAFAM, BATX) qui savent pleinement tirer avantage de cette situation. L'apparente protection des marchés et opérateurs nationaux, et, en France, de notre exception culturelle, est, en fait, une efficace promotion des opérateurs globaux.

Il y a urgence à stopper cet abandon européen et proposer une plus forte intégration de l'Union européenne dans l'économie du savoir, notamment au travers d'une reprise de la construction d'un droit de la propriété intellectuelle de l'Union européenne. Pour le droit des brevets, aucun obstacle sérieux n'existe, ce ne sont que des réflexes protectionnistes nationaux et des jeux d'influences qui expliquent l'absence d'un brevet de l'Union européenne. À préserver les offices nationaux... on en perd la possibilité d'avoir un office de l'Union européenne apte à répondre à la concurrence mondiale. Quant au droit d'auteur et aux droits voisins, il y a peu de pas à faire pour permettre la construction d'un droit d'auteur de l'Union européenne. Ces pas sont sensibles, symboliques pour l'essentiel, mais seraient si importants pour replacer les États de l'Union européenne dans la place historique qu'est la leur en la matière. De promoteurs de la convention de Berne, ces États ne sont plus aujourd'hui que simples négociateurs avec Google et Netflix. En offrant à l'Union européenne une propriété en conformité avec l'attractivité de son marché, on serait à même de retrouver un vrai pouvoir d'influence et une ambition mondiale pour la diffusion du modèle juridique européen d'appropriation des biens intellectuels.

Perspectives

Droit de la propriété intellectuelle

La propriété intellectuelle hors les murs ? Exercice de prospective

Michel Vivant

Professeur émérite à l'École de droit de Science Po

1. Prospective ? – L'exercice est confortable tant qu'aucune date n'est fixée. En effet, bien périlleux sur le court terme car le caractère erroné des prévisions se constate vite, il n'engage guère s'il s'agit d'imaginer un possible futur à trente, cinquante ans, voire davantage. Ce futur rêvé sera sans doute oublié et seul un historien des idées pourra trouver quelque intérêt à l'exhumer (encore qu'il ne soit pas certain qu'un historien des idées se passionne pour celles des juristes).

Sous le bénéfice de cette observation de sage précaution, le vrai est que les thèmes ponctuels pour une prospective de la propriété intellectuelle ne manquent pas : reconsidération du droit d'auteur dans l'univers véritablement dématérialisé d'internet, retour aux fondamentaux du brevet afin que celui-ci soit au service de l'intérêt général, meilleure analyse des fonctions de la marque empruntant le chemin tracé par la Cour de Justice mais sans s'y laisser enfermer...

On peut toutefois à cela préférer se risquer à une vision d'ensemble : non pas prétendre dessiner la propriété intellectuelle du futur mais s'efforcer de discerner quelles voies elle pourrait ou devrait emprunter. Dans cette perspective, faute ici d'une date fixée pour l'exercice prospectif

sollicité, le thème suggère au moins, me semble-t-il, de faire une distinction entre ce qui risque fort de n'être que de l'utopie et ce qui ne l'est ou ne le serait point. Faut-il parler alors de réalisme ? Comme si l'utopie était inévitablement irréaliste ? « Possible souhaitable » peut-être...

2. De l'utopie... – N'ignorons pas, même pour n'en dire qu'un mot, la voie de l'utopie. Si le terme est souvent pris comme renvoyant à un idéal irréalisable, retenons ici qu'il renvoie donc à un idéal¹.

Or la propriété intellectuelle, forte depuis ses origines de vraies réflexions, est, en dépit de toutes les critiques qu'on peut lui adresser, un instrument susceptible d'accompagner, sinon même d'encourager, la création, tout en servant l'intérêt du public². Cette idée d'équilibre est, pour fournir un seul exemple, très présente dès le ^{xix}^e siècle dans les écrits de Renouard, qu'il s'agisse de propriété littéraire et artistique ou de propriété industrielle.

Si donc la propriété intellectuelle cherche bien à établir un juste équilibre entre tous les intérêts en présence, peut-être faut-il, considérant ce qu'elle est dans la réalité, et cela contre tous les discours reçus, juger simplement – avec un zeste

1. Et, pour être plus rigoureux, il faut sans doute rappeler que *proprio sensu*, dans la lignée de Thomas More, ce n'est pas le caractère irréaliste qui caractérise l'utopie mais le caractère imaginaire de ce « non-lieu » qui autorise une liberté de pensée qui, bon gré mal gré, oblige à considérer d'un œil nouveau les « vérités » reçues.

2. Du moins dans les configurations qui lui sont adaptées, c'est-à-dire quand la création faite est à même de trouver un public.

de provocation, j'en conviens – que l'utopie ne serait que faire de la propriété intellectuelle ce qu'elle devrait être. Il s'agirait – *taking rights seriously*... – de considérer la propriété intellectuelle au prisme de ses fonctions et de la mettre en œuvre sous cet éclairage, suivant une idée que je défends à présent de longue date³. Trois observations à ce propos. Premièrement, il s'agit, ce faisant, de s'interroger sur ce que l'on attend de tel droit donné : droit d'auteur, dessins et modèles, brevet, etc. non pas d'un point de vue prétendument ontologique, point de vue qui permet en réalité de faire passer pour la vérité ce qui n'est jamais que le point de vue de celui qui s'exprime, mais en examinant *hic et nunc*, en fonction des besoins d'une société donnée, dans un contexte donné, ce qu'on peut raisonnablement attendre d'un droit donné, et cela dans cette logique du débat mise en avant par Habermas. Deuxièmement, il faut, à partir de là, radicalement *inverser la logique* des discours juridiques⁴ : si les droits de propriété intellectuelle sont porteurs d'un pouvoir d'interdire, il faut se demander ce qui fonde ce pouvoir et conséquemment *quand il peut être légitimement exercé*. Ainsi que je l'ai écrit à propos du droit d'auteur⁵, « *the presupposition is that the copyright holder is intended to control all copies of their work and obtain payment for said copies. But, in reality, copyright makes it possible to control copies in order to obtain, for the holder, a justified payment* »⁶. L'interdit n'est pas l'*alpha* et l'*oméga* du droit d'auteur ou de tel autre droit de propriété intellectuelle mais doit être questionné. Ce qui – troisième observation – s'avère n'être pas absolument utopique puisque la Cour de Justice s'est engagée dans cette voie à propos des marques en jugeant qu'une marque ne pouvait être protégée qu'en se référant aux fonctions qui sont les siennes.

Ce n'est pas absolument utopique... mais cela l'est largement⁷. La Cour de Justice n'a pas d'ailleurs osé prolonger sa démarche en matière de droit d'auteur comme, avec un minimum d'inventivité et un peu plus de courage, elle aurait pu le faire⁸. Et surtout défendre la thèse fonctionnaliste, comme je crois intellectuellement devoir le faire, est certainement d'un point de vue pragmatique fortement irréaliste. Cela va à l'encontre d'un *lobbying* permanent et fortement efficace qui tend bien évidemment à éviter que de telles questions soient posées, les choses étant bien simplement présentées : « Nous pouvons interdire ! Interdisons ! » – cela appuyé sur l'idée que l'édifice légal est dans son état positif parfaitement équilibré comme en règle générale l'enseigne la doctrine *main stream*.

3. Du possible souhaitable...⁹ – Reste alors ce que j'ai qualifié plus haut de « possible souhaitable » : ce qui paraît souhaitable et devrait pouvoir être accepté sans susciter trop de réactions, ce sans quoi – les choses autrement formulées – la propriété intellectuelle deviendrait un édifice formel qui pourrait peut-être avoir encore la fonction rémunératrice attendue d'elle (mais pas forcément si elle s'avérait trop déconnectée du réel) mais ne répondrait pas ou pas nécessairement à d'autres fonctions, tel que le développement économique local bien oublié aujourd'hui du brevet¹⁰ ou un réel enrichissement d'un patrimoine culturel commun qu'on pourrait attendre du droit d'auteur.

Concrètement, si je persiste à penser qu'il faudra bien s'interroger sur ce que nous entendons faire de nos droits de propriété intellectuelle, à Beijing comme à Paris ou ailleurs, il me semble que l'évolution de la propriété intellectuelle doit se penser, dans un monde toujours plus ouvert et toujours plus complexe, à travers un double impératif : « penser global », « penser contextuel ».

3. M. Vivant, « Intellectual Property Rights and their functions: Determining their Legitimate "Enclosure" », in G. Ghidini, H. Ullrich et P. Drahos (dir.), *Kritika: Essays on intellectual property*, Edward Elgar, 2017, vol. 2, p. 44.

4. M. Vivant, « *Reversing logic* », in G. Ghidini et V. Falce (dir.), *Reforming IP*, Edward Elgar, à paraître.

5. Ou du *copyright*, n'en déplaise à ceux qui jugent ces deux droits irréductibles l'un à l'autre.

6. Article précité.

7. Au moins suivant le sens commun du mot.

8. Ainsi dans l'arrêt *Funko Medien* (CJUE, 29 juill. 2019, C-469/17) qui n'a pas suivi les remarquables conclusions de l'avocat-général qui pointait du droit une instrumentalisation du droit d'auteur poursuivant des fins étrangères à celui-ci.

9. Ou souhaitable possible ?

10. Et cela délibérément, notamment avec le jeu des ADPIC identifiant l'importation à l'exploitation sur place.

4. L'impératif de globalisation. – La mondialisation ou la globalisation¹¹ ont mauvaise presse. Qu'on les juge néfastes ou bénéfiques, qu'on les accepte ou qu'on recherche la voie d'une altermondialisation, il n'en demeure pas moins que le phénomène est une réalité et qu'on ne peut pas sérieusement l'ignorer. Aucun État qui prétend participer au concert des nations ne peut adopter une politique isolationniste. Même les États-Unis qui ont largement imposé, parfois de vive force, leur vision de la propriété intellectuelle lors de la négociation des ADPIC, sont ainsi revenus *unilatéralement*, avec l'*America Invents Act*¹², sur la règle traditionnelle du *first to invent* qui les différenciait jusque-là de l'essentiel de la planète.

Il ne s'agit pas de tirer de cette observation l'idée qu'il faudrait s'aligner sur tel ou tel droit étranger. Lequel et pourquoi ? Et puis n'oublions pas : « A beau mentir qui vient de loin... » *Il s'agit de prendre en compte une réalité à facettes multiples et les analyses différentes qui peuvent en être faites et qui, tout dogmatisme mis de côté, par leur variété, peuvent enrichir la réflexion*¹³. Prenons l'exemple du droit de marque. Le schéma dominant veut qu'il naisse avec l'enregistrement mais, si la valeur réelle ne naît qu'avec l'exploitation de l'image que véhicule le signe, l'idée de marque d'usage, d'une marque naissant véritablement avec l'usage, présente dans les pays de culture anglo-saxonne, ne mériterait-elle pas considération ? Et quand la Cour de Justice choisit avec raison de s'attacher aux fonctions de la marque mais dresse de celles-ci une liste bien peu convaincante, ne serait-il pas bienvenu d'examiner cette fonction d'attraction qu'on rencontre en droit italien qui n'existe vraiment qu'avec l'usage fait du signe ?

Le repliement sur soi, sur un droit, quand désormais le théâtre où notre pièce se joue est mondial, est une pure absurdité. Pour moi, j'espère voir se tarir ces écrits qui en droit d'auteur, pures caricatures, relèvent davantage de la guerre de religion que de l'investigation scientifique. Le « bien » serait dans le droit d'auteur (et

vu de France plutôt à Paris qu'à Berlin ou Rome) et le « mal » dans le *copyright* ! « Vérité en-deçà des Pyrénées... » Est-il possible encore aujourd'hui de raisonner en ces termes ? Il est temps d'abord d'une « modélisation » de ce droit d'auteur ou *copyright*, comme on voudra, à partir des défis concrets et non pas des dogmes reçus.

Ce qui me conduit à mon second impératif.

5. L'impératif de contextualisation. – Partir des défis concrets, voilà qui oblige à sortir d'un univers juridique clos sur lui-même déjà dénoncé en son temps par Carbonnier. En effet, si le droit est un outil social, les choix juridiques ne doivent pas seulement relever d'un souci de cohérence dogmatique mais doivent être éclairés, ce qui suppose de poser d'autres regards sur ce que le droit entend appréhender.

Ainsi un droit, comme le droit de la propriété intellectuelle, construit sur une idée de réservation de marché, doit indubitablement être passé au crible d'une analyse économique. Faut-il préciser qu'ici aussi il ne s'agit pas de se soumettre à un *autre* raisonnement mais, avec l'aide de cet *autre* raisonnement, qui a lui aussi ses dogmatismes auxquels il n'y a pas à se plier, d'affiner les choix juridiques ?

Il faut s'interroger encore, et ce très pratiquement, sur les besoins sociaux, comme l'a bien montré la crise de la Covid – et, à rester dans une logique de globalisation, ce faisant ne pas s'intéresser au seul petit nombre des pays privilégiés où breveter a un sens.

Semblablement, à l'heure du *sampling* et des mêmes, il paraît indispensable de prendre en compte les pratiques sociales, non pas simplement comme on le voit souvent faire pour s'en défendre, mais pour construire un modèle juridique renouvelé qui ne soit pas déconnecté du temps présent. On ne peut durablement légiférer contre le corps social.

6. Hors les murs... – Trouvera-t-on tout cela bien abstrait ? J'aurais pu bien sûr dissenter sur le délai de grâce en matière de brevet ou la chrono-

11. L'adjectif français globalisé est plus pertinent que l'adjectif mondialisé en tant qu'il suggère non pas seulement une expansion géographique mais l'appréhension d'un tout.

12. Adopté en 2011.

13. Ce qui suppose d'ailleurs une ouverture sur des situations substantiellement différentes de celles que connaît l'observateur – comme, par exemple, pour un juriste européen, celles des pays du Sud dont les besoins ne sont pas ceux des grands pays développés.

logie des médias dans l'audiovisuel. Il me semble que plaider pour une propriété intellectuelle sortie des sillons tout tracés et pensée – contextualisation – à l'échelle de la planète – globalisation

– n'a rien d'une vue de l'esprit. Une propriété échappant aux murs qui l'enserrent...

Efficace et équilibrée.

Nous verrons bien... ou nous ne verrons pas.

Perspectives

Droit de la propriété intellectuelle

L'œuvre, l'auteur, le monopole : le droit d'auteur en quête de (re)définition

Guillaume Blanc-Jouvan

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Observant le droit de la propriété littéraire et artistique dans ses mouvements les plus récents, dans son évolution passée comme dans certaines de ses évolutions prévisibles, on peut être tenté de penser que la matière a atteint plusieurs limites dans la logique qui la sous-tend, mettant en cause ses fondements classiques : l'œuvre, l'auteur, le monopole d'exploitation opposable à tous.

La propriété littéraire et artistique paraît en effet confrontée à de nouveaux enjeux qui sont de nature à interroger les concepts se trouvant au cœur de la matière : remise en cause de la notion d'œuvre d'abord (I), remise en cause de la définition de l'auteur titulaire des droits ensuite (II), remise en cause de la place du droit d'auteur en tant que monopole enfin (III).

I. À la recherche de la définition de l'œuvre

L'absence de définition de l'œuvre dans le Code de la propriété intellectuelle n'est pas sans poser des difficultés quant au domaine d'application de la protection légale. Le Code ne précise pas, en effet, quelles sont les conditions positives exigées pour accéder à la protection, et c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de préciser que l'originalité et la forme étaient nécessaires pour la reconnaissance du statut d'œuvre protégeable.

Cette absence de définition de l'œuvre – pourtant évidemment au cœur du droit d'auteur en tant qu'objet de la protection légale – révèle aujourd'hui des difficultés qui remettent en question de manière profonde l'appréhension même du droit d'auteur.

Tout d'abord, elle pose des problèmes de compréhension du droit d'auteur. La faible exigence de l'accès à la protection (l'« originalité », concept subjectif et flou) permet d'appliquer le droit d'auteur à des créations qui semblent bien éloignées de l'art, pourtant domaine naturel d'application de la propriété littéraire et artistique. Le développement de la protection s'est alors accompagné de critiques portant sur la légitimité du droit d'auteur. Son application à des objets du quotidien, entraînant une dévalorisation de l'œuvre, une dévalorisation de la création, a ouvert la voie à une contestation plus générale de l'octroi de monopoles.

Ensuite, l'absence de définition a permis, de manière plus récente, de nouvelles revendications concernant des domaines dans lesquels le droit d'auteur n'était pas présent de façon traditionnelle, la mise à l'écart de certaines créations apparaissant de plus en plus comme illégitime.

Comment justifier les exclusions qui demeurent aujourd'hui ? Si les œuvres perceptibles par l'ouïe, la vue, voire le toucher sont protégées, celles qui relèvent de l'odorat ou du goût ne sont pas incluses dans le périmètre de la

protection. Or, le Code de la propriété intellectuelle, s'il ne précise pas les conditions positives d'accès à la protection, pose en revanche des conditions indifférentes à celle-ci, c'est-à-dire des éléments que le juge ne peut rendre en considération pour la refuser. Parmi ces critères figure expressément le genre de l'œuvre. Quel que soit son genre, et au-delà sa forme d'expression, l'œuvre pourra être protégée. Dès lors, aucun sens ne peut être discriminé *a priori* pour écarter une création du domaine du droit d'auteur.

Ainsi, l'exclusion des parfums et créations culinaires, qui semble être la position de la jurisprudence aujourd'hui, ne saurait être justifiée au regard des exigences légales. La Cour de cassation a précisé que le droit d'auteur ne protège les créations dans leur forme sensible qu'autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication. Dès lors, pour la Haute juridiction, la fragrance d'un parfum qui, lors de son procédé de fabrication, lequel n'était pas lui-même une œuvre de l'esprit, ne revêt pas une forme présentant cette caractéristique, ne peut bénéficier de la protection par le droit d'auteur¹.

De même, s'agissant des créations culinaires, il a été jugé qu'une recette de cuisine n'est qu'une succession d'instructions, un savoir-faire qui n'est pas protégeable², position qui est aussi celle de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui par un arrêt du 13 novembre 2018 a précisé qu'une saveur n'est pas une œuvre de l'esprit, car elle ne répond pas aux conditions de précision et d'objectivité exigée pour qu'une œuvre soit protégée par le droit d'auteur³. La situation n'apparaît pas satisfaisante et elle pourrait d'ailleurs prochainement évoluer en France⁴.

Pour expliquer leur refus, différents arguments ont été utilisés par les juridictions de façon similaire pour ces deux types de créations.

La jurisprudence considère qu'il s'agit d'un savoir-faire, non d'une œuvre originale. Cepen-

dant, dans d'autres domaines, ce dernier existe sans pour autant que les œuvres concernées soient totalement exclues de toute possibilité de protection. On ne voit pas en quoi le parfum est plus un savoir-faire que l'œuvre d'architecture, par exemple. Ou que les domaines qui se trouvent à la frontière de la propriété industrielle et du droit d'auteur, protégés à la fois par le droit des dessins et modèles et la propriété littéraire et artistique.

Les juges ont parfois également justifié le refus de protection par l'absence de précision suffisante. L'argument ne convainc guère. On est dans le domaine des sens, qui échappe par définition à toute approche objective. L'originalité reste subjective, et toute tentative de faire entrer dans cette définition un élément d'objectivité contredit la définition classique de l'œuvre par les juridictions.

Ainsi, le droit d'auteur se trouve ici face à une impasse : l'absence volontaire de toute référence aux Beaux-Arts, laquelle se trouverait d'ailleurs impossible à vérifier et serait déjà condamnée par la pratique judiciaire, entraîne l'impossible délimitation de la matière. Soit tout devient tout protégeable, et le droit d'auteur se perd dans un flou généralisé ; soit certains domaines restent exclus, et il s'agit là d'un résultat arbitraire qui ne repose sur aucun argument résistant à l'analyse.

Ces récents problèmes de frontière du droit d'auteur témoignent de la fragilité d'une matière qui repose sur un objet central qui n'est pas défini : l'œuvre. Et qui sans doute – et surtout – ne peut pas être défini.

Autre évolution de nature à changer l'approche de la notion d'œuvre : les créations issues de l'intelligence artificielle. On rappellera que le concept d'originalité a été adapté au cours du temps, permettant au droit d'auteur d'accompagner les changements dans les modalités de la création. Ainsi, la notion d'originalité a été interprétée de manière à englober les nouvelles créa-

1. Civ. 1^{re}, 10 déc. 2013, n° 11-19.872.

2. TGI Paris, 30 sept. 1997, *RIDA* juill. 1998.273, note V. Piredda.

3. CJUE, 13 nov. 2018, n° C-310/17.

4. En effet, une proposition de loi a été présentée à l'Assemblée Nationale le 30 avril 2019 afin de créer un nouveau droit de propriété intellectuelle protégeant une création culinaire. Un certificat de création culinaire serait ainsi créé à l'article L. 146-1 du Code du Patrimoine, délivré par un Institut national de la création culinaire qui serait mis en place. La protection aurait une durée de 20 ans, et emprunterait ses différentes caractéristiques aux droits de propriété intellectuelle classiques : elle serait subordonnée à une activité créatrice, ressemblant à l'activité inventive requise pour les brevets ; la création devrait, comme pour les dessins et modèles, être nouvelle et avoir un caractère gustatif propre ; enfin, comme en droit d'auteur, la protection entraînerait la reconnaissance de droits patrimoniaux et d'un droit moral.

tions et assurer la protection des photographies, des œuvres audiovisuelles, des logiciels, des œuvres multimédia...

L'originalité, au-delà de la définition classique comme empreinte de la personnalité de l'auteur, est en effet devenue l'effort intellectuel, l'apport intellectuel. Aujourd'hui, l'apparition des premières œuvres nées de l'intelligence artificielle fait émerger de nouvelles problématiques juridiques, dont la définition de l'œuvre. L'originalité, en tant qu'« empreinte de la personnalité de l'auteur » n'est plus applicable (sauf à redéfinir la notion d'auteur, ou de personne).

C'est donc à une exigence de définition de la notion d'œuvre que le droit d'auteur risque d'être confronté s'il veut maintenir sa cohérence, ainsi qu'à une adaptation de la notion d'originalité.

Une autre notion centrale de la matière peut être bouleversée dans les années à venir : celle de l'auteur, titulaire des droits.

II. La redéfinition de l'auteur

La conception française du droit d'auteur s'attache à la personne humaine. D'abord, parce que l'originalité a longtemps été identifiée avec l'empreinte de la personnalité de l'auteur, ce qui suppose que celui-ci soit une personne physique. Ensuite, en raison de l'importance du droit moral, le droit d'auteur français ne reconnaissant pas la personne morale à l'égal la personne physique. La personne morale peut être ainsi seulement investie des droits d'auteur (cas de l'œuvre collective) ou alors titulaire de droits voisins quand il s'agit de tenir compte de l'importance d'un investissement.

Mais aujourd'hui, la définition même de l'auteur est susceptible d'être remise en cause par l'évolution technologique. En effet, que décider avec l'irruption dans cette matière des créations réalisées via l'intelligence artificielle ? Au-delà d'une redéfinition de l'originalité, c'est la détermination de l'auteur titulaire de droits qui est ici au cœur du problème. La création assistée par ordinateur n'a jusqu'à présent guère posé de problèmes quant à l'identification de l'auteur. En effet, derrière la machine, il y a toujours l'humain. La création assistée par ordinateur ne bouleversait pas la matière, les droits pouvant être

attribués sans difficulté à une personne humaine, auteur du programme.

Mais le développement de l'intelligence artificielle, et les créations réalisées dans le domaine de la peinture ou de la musique apparues ces dernières années, font apparaître de nouveaux problèmes. Il n'y a en effet plus d'humain ici. Les robots deviennent de plus en plus autonomes. Les logiciels d'apprentissage automatique se sont développés, engendrant des systèmes qui n'ont plus recours à une programmation spécifique par un être humain. Le processus de création par une machine est alors identique au processus de réflexion que l'on rencontre chez ce dernier. Or, le besoin d'une protection par la propriété intellectuelle naît de la nécessité de rentabiliser des investissements souvent considérables.

Il paraît par conséquent essentiel de distinguer deux situations.

La première vise ce que l'on appelle la création assistée par ordinateur. Dans ce cas de figure, l'intelligence artificielle entre dans le processus créatif, mais en tant qu'outil utilisé par la personne humaine. L'œuvre peut alors être protégée, et l'auteur sera la personne qui est à l'origine de la création. C'est en ce sens qu'est déjà la jurisprudence. Ainsi, il a été jugé que « la composition musicale assistée par ordinateur, dès lors qu'elle implique une intervention humaine, [...] conduit à la création d'œuvres originales »⁵. De même, une œuvre de l'esprit, même créée à partir d'un système informatique, peut bénéficier des règles protégeant les droits d'auteur, à condition qu'elle laisse apparaître, même de façon minime, l'originalité qu'a voulu apporter son concepteur⁶.

La seconde situation remet en cause la conception classique du droit d'auteur, car la personne humaine disparaît du processus créatif, l'ordinateur ayant une autonomie quasi-totale dans le processus créatif. On peut alors parler d'une création issue directement de l'intelligence artificielle. C'est cette situation qui remet en cause la conception classique du droit d'auteur, notamment en droit français avec notre conception personnaliste de l'auteur.

À cette question qui, il y a peu, relevait encore de la science-fiction, les autorités européennes ont commencé à réfléchir. Les différentes

5. TGI Paris, 5 juill. 2000, n° 97/24872.

6. CA Bordeaux, 31 janv. 2005, n° 03/05512.

réponses envisageables s'articulent autour de trois idées :

- Soit le refus de toute protection des œuvres ainsi créées : on considère qu'il s'agit de créations qui ne peuvent accéder à la protection, faute de présence humaine. Mais ceci pose un problème économique : il n'y aura plus d'investissement s'il n'y a pas de protection par un droit de propriété intellectuelle ;
- Soit la reconnaissance d'un droit d'auteur, mais au profit d'une personne humaine, en adaptant les notions classiques du droit d'auteur. L'originalité a déjà fait l'objet de modification. *Quid* de l'auteur ? On peut considérer que derrière l'intelligence artificielle, il y a toujours l'humain. Mais qui sera l'auteur ? Le concepteur du robot ? Le fabricant ? Le programmeur informatique ? L'utilisateur ? En ce sens, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) a engagé une réflexion et rendu un rapport « Mission intelligence artificielle et Culture » le 27 janvier 2020, dans lequel il a proposé différentes pistes s'inspirant de cette adaptation des notions existantes : un droit d'auteur adapté comme pour les logiciels ; un droit voisin ; ou un droit *sui generis* comme celui qui est reconnu pour le producteur d'une base de données⁷.
- Soit une modification des concepts existants et notamment l'attribution de la personnalité juridique aux robots⁸. En ce sens, le Parlement européen a pris une résolution le 16 février 2017 proposant à la Commission « la création, à terme, d'une personnalité juridique spécifique aux robots pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques responsables, tenues de réparer tout dommage causé à un tiers »⁹. La question, abordée pour la responsabilité civile,

a fait plus récemment l'objet d'une résolution du 20 octobre 2020 sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle, dans laquelle le Parlement européen estime que la personnalité juridique ne peut être attribuée aux technologies de l'intelligence artificielle¹⁰. Les robots ne seraient donc pas éligibles à la protection du droit d'auteur¹¹.

Si cependant cette dernière voie était finalement suivie dans un avenir plus ou moins proche, c'est à une redéfinition complète de la notion d'auteur, titulaire des droits, que l'on assisterait.

Redéfinition de l'œuvre, redéfinition de l'auteur, la place du droit d'auteur pourrait elle aussi être redéfinie en raison du développement des droits concurrents.

III. La redéfinition du monopole

Si la reconnaissance légale de monopoles d'exploitation en droit d'auteur a pu être critiquée d'un point de vue idéologique par certains, c'est surtout en raison de l'émergence de droits concurrents, particulièrement au niveau européen, que la place du droit d'auteur pourrait être remise en cause dans l'avenir.

Cette influence du droit européen est illustrée d'abord par le droit de l'Union européenne. Ce fut d'abord, dans les années 1990, sous l'angle du droit de la concurrence. Aujourd'hui, on note l'effacement du principe de subsidiarité et le développement des droits fondamentaux¹² qui, protégés aussi par la Cour européenne des droits de l'Homme, peuvent conduire à la contestation du droit d'auteur en tant que monopole opposable à tous.

Le droit d'auteur a été reconnu comme un droit fondamental, en tant que forme particulière de propriété, par le Conseil constitution-

7. Le droit anglais a lui choisi de protéger ces créations par le droit d'auteur (*Copyright, Designs, Patents Act*, 1988, art. 9) en attribuant les droits d'auteur à la personne qui prend les dispositions nécessaires pour la création de l'œuvre.

8. La question n'est pas nouvelle : v. déjà, A. Bensoussan, « Les robots ont-ils une personnalité ? », *Planète Robots*, n° 19, janv. 2013.

9. Résolution du Parlement européen du 16 février 2017, 2015/2013 (INL).

10. Point 13 de la résolution : « il ne serait pas opportun de vouloir doter les technologies de l'IA de la personnalité juridique ». Le texte mentionne ensuite les « répercussions négatives d'une telle démarche sur la motivation des créateurs humains ».

11. Cette question de la reconnaissance d'un droit d'auteur en dehors de toute intervention humaine a pu être posée relativement à l'animal. Ce dernier a un statut particulier, n'étant ni une personne ni un bien comme un autre. Des juridictions américaines ont pu dénier à un singe ayant réalisé un selfie la qualité d'auteur (Cour de Californie, 23 avr. 2018).

12. V. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 17-2°.

nel¹³, la Cour de justice¹⁴ puis la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁵. Cette reconnaissance au sommet de la hiérarchie des sources était une garantie pour l'auteur.

Mais droit fondamental, il doit aussi lui-même être concilié avec les autres droits fondamentaux de même valeur. Ainsi, de la liberté d'expression. De manière traditionnelle, on pouvait considérer que le Code de la propriété intellectuelle, à travers la reconnaissance des exceptions au droit d'auteur, permettait la préservation des droits concurrents¹⁶. Face aux autres droits fondamentaux, placés sur un même niveau hiérarchique, les exceptions permettent en effet de justifier des atteintes au droit d'auteur¹⁷. Le juge aura à effectuer une balance entre les intérêts en appliquant le principe de proportionnalité.

Mais de récentes décisions peuvent faire craindre que cette recherche d'équilibre se révèle défavorable à l'auteur.

Ainsi, par trois arrêts rendus par la Cour de Justice le 29 juillet 2019, le juge européen a estimé que la protection du droit d'auteur ne peut être assurée de manière absolue, celui-ci n'étant pas intangible. La Cour a précisé que les exceptions et limitations qui peuvent être reconnues au bénéfice des tiers utilisateurs des œuvres doivent être également protégées, dès lors qu'ils peuvent se prévaloir de droits fondamentaux¹⁸. Au vu de la jurisprudence de la Cour de Justice, qui met en avant le principe de primauté du droit européen sans se référer au principe de subsidiarité, un auteur relève de manière générale que, le plus souvent, la cour manifeste un « esprit hostile à la propriété intellectuelle »¹⁹.

La Cour de cassation a pu elle aussi étendre la notion d'exception au-delà des prévisions du Code et mettre en avant la liberté d'expression pour limiter de façon importante l'invocation de son monopole par un auteur. Ainsi, la Haute Juri-

diction, dans une décision rendue le 15 mai 2015, a semblé poser une curieuse hiérarchie entre les droits des auteurs et la liberté d'expression²⁰. Dans cette affaire, des photographies, œuvres protégées, avaient été intégrées sans l'autorisation de leur auteur par un peintre dans plusieurs de ses œuvres. La Cour d'appel avait estimé, en condamnant le peintre, qu'il n'y avait pas d'atteinte à sa liberté d'expression artistique, à défaut de la démonstration d'un intérêt supérieur qui aurait permis de faire prévaloir celle-ci sur les droits du photographe. Faire prévaloir ici les droits du peintre aurait au contraire conduit à méconnaître le droit à la protection des droits d'auteur en matière de création artistique. Or, pour la Cour de cassation, qui casse l'arrêt d'appel, les juges du fond auraient dû expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait. C'est donc à l'auteur de justifier de l'usage de son monopole²¹.

Certes, il est légitime de procéder à la conciliation des droits lorsqu'ils ont la même valeur. Cependant, la multiplication des droits fondamentaux et leur caractère imprécis est de nature à faire craindre la remise en cause du droit d'auteur en tant que monopole d'exploitation opposable à tous. Si l'on avance en plus que certains militent en faveur de la reconnaissance d'un droit à la culture qui serait de nature à briser la protection légale, on ne peut que craindre les conséquences qu'aurait une telle consécration sur l'existence même du droit d'auteur.

L'avenir du droit d'auteur semble donc subordonné à une remise en cause de certains de ses éléments constitutifs, à une redéfinition des concepts qui sous-tendent la matière et à la réaffirmation de sa place au sein des droits fondamentaux.

13. Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC.

14. CJCE, 29 janv. 2008, n° C-275/06.

15. CEDH, 29 janv. 2008, n° 19247/03.

16. Ainsi, l'exception de parodie protège la liberté d'expression ; ou l'exception de citation protège la liberté d'information, par exemple.

17. Au moment de la loi Hadopi, le Conseil constitutionnel avait pu censurer la première version de la loi qui, dans ses sanctions, portait atteinte à la liberté de communication.

18. CJUE, 29 juill. 2019, n° C-469/17. V., V. Varet, « Droit d'auteur et liberté d'expression : état des lieux après les arrêts du 29 juillet 2019 », *PI* 2020, n° 75, p. 68 et s.

19. P.-Y. Gautier, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, avec le concours de N. Blanc, LGDJ, 2021, n° 36.

20. Civ. 1^{re}, 15 mai 2016, n° 13-27.391.

21. Sur renvoi, la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 16 mars 2018, a toutefois reconnu le droit de l'auteur.

Perspectives

Droit de la propriété intellectuelle

« Meccano de la finance », « nettoyer les quartiers au Karcher »... : conséquences juridiques de l'usage métaphorique des marques dans le débat public

Jérôme Passa

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Le phénomène évoqué par le titre de cette contribution ne nécessite sans doute pas, au plan factuel, d'explications particulières. Sous l'angle juridique, il présente un indéniable intérêt, récemment illustré par les arrêts successivement rendus dans l'affaire Meccano, qui témoignent de la complexité de la question.

L'analyse conduit une nouvelle fois au constat que, parmi les divers droits de propriété intellectuelle, le droit sur une marque est sans doute celui dont la portée de protection est la plus limitée, contrairement à une idée répandue. Si le titulaire entend réagir face à un tel usage métaphorique, par hypothèse non autorisé, de sa marque, il ne pourra pas l'envisager sur le fondement de son droit, par l'exercice de l'action (en contrefaçon) spécialement attachée à celui-ci (I). La réplique judiciaire ne peut se situer que sur le terrain du droit commun de la responsabilité civile et n'aboutira qu'à d'assez strictes conditions, dont il a finalement été jugé dans l'affaire

Meccano, sur renvoi après cassation, qu'elles n'étaient pas satisfaites (II).

I. Absence d'atteinte au droit sur la marque

Il est désormais bien acquis, à la différence de ce qui fut souvent jugé en France jusqu'au milieu des années 90, que le droit (de propriété intellectuelle) sur une marque, né d'un acte juridique de dépôt, suivi d'un enregistrement par l'office¹, confère à son titulaire une protection relativement limitée : cantonnée au périmètre des produits ou services pour lesquels la marque a été déposée, puis enregistrée, constituant la « spécialité » de la marque ; limitée encore, et c'est plus nouveau, par la fonction exercée par la marque objet du droit et par la stricte nécessité de préserver la réalisation de cette fonction. Le droit ne confère en aucune façon, même dans le périmètre de la spécialité, une protection abso-

1. En France, l'Institut national de la propriété industrielle. Pour une marque de l'Union européenne, l'EUIPO, dont le siège est en Espagne.

lue qui permettrait à son titulaire de s'opposer à toute forme d'utilisation non autorisée de sa marque, y compris par des professionnels.

D'importants arrêts de la Cour de justice, rendus en interprétation de la directive sur les marques au début des années 2000, ont clairement fait apparaître que la contrefaçon de marque n'est constituée, et le droit de marque alors opposable au tiers non autorisé, que si celui-ci a fait usage d'un signe identique ou similaire à la marque – par hypothèse pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux couverts par l'enregistrement – à la fois dans la vie des affaires, à titre de marque et dans des conditions de nature à porter atteinte à l'une des fonctions de la marque. Il n'est pas utile à cette place d'entrer dans les détails de ces conditions ; les arrêts Google² et Interflora³ de la Cour de justice donnent une idée du degré de complexité que leur mise en œuvre peut parfois atteindre.

Il suffit d'évoquer la condition d'un usage à titre de marque, pour relever que l'acte d'usage accompli par le tiers n'est susceptible d'être qualifié de contrefaçon de la marque invoquée que si le signe objet de cet usage exerce, dans la perception que le public en a dans le contexte particulier de cet usage, la fonction d'une marque, c'est-à-dire identifie des produits ou services sur le marché en les associant à une origine commerciale.

C'est là une condition de la qualification de contrefaçon de marque qui a pris une grande importance dans la jurisprudence et justifie le rejet de la demande en contrefaçon dans un certain nombre de cas, notamment ceux dans lesquels le signe du tiers exerce une fonction décorative, descriptive, informative ou évocatrice d'un sentiment ou d'une opinion.

Lorsque le tiers non autorisé utilise un signe identique ou similaire à la marque enregistrée comme désignation générique d'un type de produit ou service – Bic, Caddie, Velux, Pina Colada, Botox, Perfecto, Thermos... les exemples sont nombreux et connus –, la condition d'un usage du signe dans sa fonction de marque n'est pas remplie. Elle ne l'est pas non plus, à plus forte raison, on le verra, lorsque l'acte litigieux consiste dans un usage, que l'on peut dire métaphorique,

de la marque, pour évoquer par analogie une notion abstraite.

C'est sans doute la raison pour laquelle, dans l'affaire Meccano déjà citée, l'action en justice n'a pas été exercée, pour contrefaçon, sur le fondement des marques éponymes du demandeur. Dans cette affaire, dans laquelle la Cour de cassation s'est prononcée le 1^{er} mars 2017 puis la cour de renvoi le 18 mai 2018, la société titulaire de la marque Meccano, française ou de l'Union européenne, dont l'enregistrement vise notamment les jeux et jouets, et qu'elle utilise pour identifier sur le marché un célèbre jeu de construction constitué de multiples pièces métalliques à assembler, a cherché à prévenir une déchéance de ses droits pour dégénérescence. Elle reprochait à la société editrice de l'hebdomadaire Le Point d'y avoir publié plusieurs articles dans lesquels le terme « Meccano » était utilisé, sans guillemets mais avec une majuscule le plus souvent, de manière métaphorique pour évoquer des systèmes ou constructions complexes – politiques, scientifiques, financiers, architecturaux... Il ne s'agissait pas même dans cette affaire, comme dans la célèbre formule « nettoyer les quartiers au Karcher », d'un usage de la marque pour désigner directement, de façon générique, un type de produit.

C'est sur le seul fondement du droit commun de la responsabilité pour faute que l'action a été exercée.

II. Faute délictuelle de droit commun ?

Si, dans ce type de situation, une action en responsabilité pour faute peut être envisagée, en dépit de l'exclusion des règles spéciales du droit des marques, c'est parce que cette forme d'usage non autorisé de la marque, spécialement l'usage générique déjà évoqué, peut favoriser ce qu'il est convenu d'appeler une dégénérescence de la marque : constituée, selon un phénomène connu, lorsque la marque a perdu son caractère distinctif, et donc son aptitude à exercer sa fonction, parce que le public a été amené avec le temps à la comprendre comme le nom générique ou usuel d'un type de produit ou service – le plus souvent, ceux pour lesquels il n'existe pas, en langue française, de modalité simple de dési-

2. CJUE, 23 mars 2010, n° C-237/08.

3. CJUE, 22 sept. 2011, n° C-323/09.

gnation. Or cette dégénérescence peut, à certaines conditions, et spécialement du fait de la passivité du titulaire de la marque, entraîner une déchéance des droits de ce dernier sur sa marque (art. L. 714-6 CPI)⁴.

Le titulaire de la marque doit pouvoir échapper aux effets d'un phénomène qui lui échappe et lutter contre ce risque en agissant, en amont, en responsabilité contre ceux dont l'activité peut contribuer à la dégénérescence. Dans cet esprit, mais sur un mode amiable et de façon évidemment non limitative, l'article L. 713-3-4 du CPI, issu de la directive sur les marques, prévoit, sans utilité évidente, que, « lorsque la reproduction d'une marque dans un dictionnaire, une encyclopédie ou un ouvrage de référence similaire [...] donne l'impression qu'elle constitue le terme générique désignant les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée et que le titulaire de la marque en fait la demande, l'éditeur indique sans délai et au plus tard lors de l'édition suivante si l'ouvrage est imprimé qu'il s'agit d'une marque enregistrée ». À défaut d'un tel texte, une mise en demeure sous la menace d'une action en responsabilité produirait le même effet. C'est la pratique courante, à l'égard des éditeurs, des sociétés titulaires des marques Bic et Caddie, par exemple.

Dans l'affaire Meccano, comme sans doute dans celle que la société Kärcher, titulaire d'une marque enregistrée, aurait pu envisager pour faire sanctionner l'utilisation publique de sa marque par Nicolas Sarkozy, puis en janvier dernier par Valérie Pécresse, dans l'élégante formule « nettoyer les quartiers au Kärcher »⁵, la question se présente d'une façon particulière. Car, outre que le discours journalistique ou le débat politique imposent de laisser une large place à la liberté d'expression, la marque ne paraît pas, dans ces situations, utilisée de façon générique pour identifier un type de produit.

C'est en tout cas ce qui a fini par être jugé dans l'affaire Meccano. En 2014, la première cour d'appel avait, pour faire droit à la demande en responsabilité civile, considéré que les actes litigieux incitaient le public à croire que le nom « Meccano » peut être employé « de manière

usuelle et généralisée ». Son arrêt a cependant été cassé aux motifs que « l'usage d'un signe enregistré en tant que marque n'est pas fautif s'il n'est pas susceptible d'être à l'origine d'une dégénérescence de cette marque », et qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel « n'a pas caractérisé en quoi cet usage à titre de métaphore, qui ne tendait pas en l'espèce à désigner des produits ou services, pouvait contribuer à une telle dégénérescence »⁶.

Il est vrai que la dégénérescence est constituée, et alors susceptible de justifier la déchéance des droits du titulaire, si le signe constituant la marque a perdu son caractère distinctif parce qu'il est désormais compris par le public concerné comme une désignation usuelle d'une catégorie générique de produits ou de services déterminés. Or seul un usage du signe dans une telle fonction de désignation usuelle peut, naturellement, engendrer cet effet dans l'esprit du public. La Cour de cassation a estimé que les actes reprochés à la société d'édition ne pouvaient contribuer à produire un tel résultat dès lors que l'usage de la marque, précisément parce qu'il était d'ordre métaphorique, ne consistait pas dans la désignation usuelle d'une catégorie générique de produits – même de jeux de construction.

La question n'apparaît cependant pas si simple car, toute révérence due à l'arrêt de censure publié au Bulletin, la cour de renvoi, tout en considérant pareillement que la faute n'était pas constituée, a néanmoins adopté une autre motivation, reposant sur une compréhension différente de la fonction du nom « Meccano » dans l'usage qu'en avait fait la société d'édition de l'hebdomadaire. Après avoir indiqué que « l'utilisation de la marque à titre de métaphore ne contribue à sa dégénérescence que si elle tend à la désignation de produits ou services » – à la « désignation générique » aurait-il fallu dire car, sinon, il s'agit ni plus ni moins que de la fonction propre de la marque –, la cour d'appel a considéré que, dans les actes d'usage litigieux, « c'est bien ce jeu tel qu'inventé et commercialisé par la société Meccano depuis plus d'un siècle, et non n'importe quel jeu de construction commercia-

4. Également, art. 58, §1, b), du règlement (UE) 2017/1001 sur la marque de l'Union européenne.

5. On ignore si une demande en justice a été formée par la société Kärcher mais celle-ci a fait paraître un communiqué de presse pour protester contre toute récupération politique de sa marque.

6. Com., 1^{er} mars 2017, n° 15-13.071, publié au Bull.

lisé sous d'autres marques, qui est appelé par la métaphore » ou, non sans emphase, que « ce jeu, qui fait partie du patrimoine culturel mondial, est bien celui évoqué par les métaphores des journalistes et non n'importe quel jeu de construction »⁷.

Ainsi, la cour de renvoi ne considère ni que le terme « Meccano », tel qu'employé de façon métaphorique dans l'hebdomadaire, désigne une catégorie générique de jeux de construction, dans des conditions de nature à favoriser une dégénérescence, comme l'avait jugé la première cour d'appel, ni qu'il ne désigne aucun produit ou service, comme l'avait estimé la Cour de cassation, mais juge que, dans cette situation, le terme désigne le produit connu, lui-même, de la société Meccano⁸, en quoi il ne peut naturellement contribuer à la dégénérescence de la marque. Les juges se sont donc fortement divisés sur une appréciation factuelle dont dépend l'application de la règle de droit.

Chacun pourra se faire un avis sur la signification précisément attachée au nom « Meccano » ou « Kärcher » dans ces situations. Mais, sans entrer dans trop de détails, la vérité n'est-elle pas que l'usage métaphorique d'une marque repose nécessairement sur une acception générique de celle-ci, identifiant un type particulier de produit – ou de service ? La métaphore ne fonctionne que parce qu'elle renvoie à la fonction ou à une caractéristique du produit en cause, ou à l'usage qu'on en fait couramment, qui est inhérent à la catégorie générique et n'a rien de spécifique à sa provenance commerciale. Il s'agirait donc bien,

au moins indirectement, à l'inverse de ce qui a été jugé après plus de cinq années de procédure, d'un usage de la marque de nature à favoriser la dégénérescence, constitutif d'une faute.

Paradoxalement, l'échec judiciaire de la société Meccano dans cette affaire restera probablement sans conséquences pour elle. Car, ce contre quoi elle luttait, c'est moins la dégénérescence de sa marque – phénomène factuel –, qu'un risque futur de déchéance de ses droits pour ce motif. Cette sanction légale suppose en effet, outre le constat d'une dégénérescence de la marque, que celle-ci résulte du « fait » – actif ou passif – du titulaire. Le plus souvent, c'est sa passivité face à des usages génériques qui justifie la déchéance de ses droits⁹. Si un tiers venait à demander la déchéance de ses droits sur la marque Meccano, française ou de l'Union européenne, la société titulaire aurait beau jeu d'établir que, à défaut de succès judiciaire, elle n'a pour le moins pas fait preuve de passivité et, plus encore, que les juges lui ont objecté que les actes qu'elle poursuivait ne sont par nature pas de ceux qui peuvent contribuer à la dégénérescence de sa marque.

Sous cet angle, et en raison de la fragilité de la solution de l'affaire Meccano, la société Kärcher pourrait avoir intérêt à ne pas s'en tenir à des communiqués de presse, principalement destinés à protester contre des « récupérations politiques » de sa marque, mais à les accompagner de mise en demeure de cesser son usage métaphorique.

7. CA Paris, 5-2, 18 mai 2018, RG n° 17/16354.

8. L'acte ne saurait pour autant constituer un acte de contrefaçon, toujours faute d'usage à titre de marque, car celui-ci consiste dans l'usage du signe par le tiers non autorisé pour indiquer l'origine commerciale de ses propres produits ou services.

9. V. par ex. Com., 28 avr. 2004, n° 02-10.505, Bull., Pina Colada; Com., 27 janv. 2009, n° 07-13.349, Botox; Com., 17 mars 2009, n° 08-10.668, Bull., Fooding; Com., 18 mai 2010, n° 09-14.615, Pierrade; Com., 14 mai 2013, n° 12-18.907, Christmas Tea.

Rétrospective

Dans chaque numéro, la *RDA* publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.

Pierre Hébraud, « Le juge et la jurisprudence »¹

Philippe Théry

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Le jugement porté sur la jurisprudence est très variable. Récemment encore, de prestigieux auteurs, tels que Carbonnier et Cornu, n'y voyaient qu'une autorité et non un mode de formation du droit (formule qui nous semble préférable à celle de « source », poétiquement ambiguë); on y voit d'ailleurs souvent une forme de méconnaissance plus ou moins grave de la volonté du législateur.

Pour l'étudier, Hébraud, dans son article « Le juge et la jurisprudence », choisit de partir d'une sorte d'évidence : « le rôle et la valeur de la jurisprudence sont constamment envisagés par référence aux sources que l'on assigne aux règles de droit, et notamment au regard de la loi et de la coutume [...] pour expliquer le rôle de la jurisprudence, en analyser le mécanisme et justifier son autorité, on se détourne habituellement de la voie que suggère naturellement son caractère principal, c'est-à-dire le pouvoir propre que le juge tient de sa mission »². Ce faisant, Hébraud

nous propose de la jurisprudence une analyse plus réaliste que celle qui est habituellement reçue.

Tout juge est institué pour appliquer le droit mais les fins de son intervention doivent être distinguées. Ainsi, en droit « interne » – pour autant qu'il existe encore –, le juge administratif interprète les actes administratifs et en contrôle la validité. Il partage le contentieux de pleine juridiction – dans les limites de sa compétence matérielle – avec le juge judiciaire. Le juge pénal peut lui aussi apprécier la légalité des actes réglementaires. Quant au juge civil, celui-ci connaît du contentieux privé mais n'est juge de la validité d'aucune des règles qu'il applique.

Hébraud part du jugement et, partant de là, récuse tout rapprochement de la jurisprudence avec d'autres sources du droit. Il critique Gény, dont il trouve les développements illogiques : l'auteur reconnaît la richesse de l'apport judiciaire tout en refusant d'y voir une source de

1. Cet article est issu d'une conférence donnée par le professeur Philippe Théry le 4 mars 2022 à l'Université Paris-Panthéon-Assas, en partenariat avec le Laboratoire de droit civil. Le style oral a été conservé. La conférence s'inscrit dans la continuité du colloque en hommage à Pierre Hébraud organisé le 8 décembre 2017 à l'Université de Toulouse, dont les actes ont paru en 2018 (L. Miniato et J. Théron (dir.), *Pierre Hébraud, doctrine vivante ?*, Presses universitaires de Toulouse, 2018) et sont accessibles en ligne sur le site de l'Université de Toulouse.

2. P. Hébraud, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 et s., spéc. n° 1.

droit pour des raisons « d'ordre constitutionnel »³. Il voit dans la jurisprudence non une source de droit mais une variante de coutume. Sans doute « l'adhésion des assujettis » peut-elle soutenir la jurisprudence, mais cette dernière s'établit aussi par voie d'autorité. Quels meilleurs exemples à ce propos que la persistance de la jurisprudence sur la sanction de l'empiètement qui résiste même au prurit de la proportionnalité, les salves d'arrêts destinés à fixer le domaine d'application de la responsabilité du commettant pour le fait de son préposé ou encore le renvoi systématique des affaires en assemblée plénière par le premier président pour imposer la solution de l'arrêt *Perruche* ?

À la différence de la coutume qui s'établit avec le temps⁴, l'autorité de la jurisprudence peut être immédiate, ce qui permet de la rapprocher de la loi, ce que font plus volontiers les auteurs de droit public : la jurisprudence serait « l'exercice par le juge de la fonction législative ». Hébraud objecte que la « fonction législative » a pu ne pas exister et qu'elle n'est peut-être pas la première manifestation du droit : « l'existence de telles règles peut sembler liée à une organisation sociale assez poussée, alors que le besoin de l'arbitrage d'un juge se fait sentir plus largement et plus primordialement », argument qu'il emprunte à Jean Carbonnier⁵. Ce rapprochement est-il d'ailleurs possible ? S'il peut se comprendre sur le plan substantiel – la Cour de Strasbourg place sur le même plan une règle énoncée par le juge et une règle législative⁶ – ce rapprochement est impossible sur le plan organique et formel, ce qui conduit volontiers à voir dans la jurisprudence une usurpation⁷, qui ne peut être écartée que par des fictions (approbation tacite du législateur, voire délégation du pouvoir législatif⁸).

Pierre Hébraud écarte ces deux éléments de comparaison pour asseoir la jurisprudence sur « la nature particulière de participer à la vie du droit qui est celle du juge dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont propres »⁹. Historiquement, la jurisprudence ne répondait pas aux mêmes besoins en droit privé et en droit public. En droit privé, elle est construite à partir de la loi – d'abord pour appliquer, en tenant compte des principes politiques nouveaux, un Code civil reprenant souvent des règles de l'Ancien droit, puis en inventant à partir des textes du Code des solutions pour des situations qui ne pouvaient pas avoir été envisagées en 1804 (la responsabilité du fait des choses à partir de quelques lignes de l'article 1384 destinées à assurer la transition entre la responsabilité du fait personnel et les autres sources de responsabilité), enfin pour faire face à l'envahissement contemporain de textes qui peuvent être contradictoires. En droit public, elle a permis d'établir des règles qui n'étaient écrites nulle part, l'arrêt *Blanco* ayant écarté par principe le recours au droit privé. La distinction n'est pas absolue si l'on regarde du côté du droit international privé ou de la responsabilité civile, qui ont été élaborés à partir d'un très petit nombre de textes qui étaient loin de couvrir toute la matière.

Hébraud relie le juge à l'administration du droit – son application concrète – dans laquelle il a un rôle, à côté de la pratique administrative ou de la pratique privée. Le juge, et pas uniquement la Cour de cassation ou le Conseil d'État, car la jurisprudence « n'est autre chose que la pratique judiciaire ». Cette approche est assez suggestive : la pratique et son influence sur la création du droit ont toujours soulevé des interrogations auxquelles il est difficile de répondre de manière catégorique.

3. F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. II, préf. R. Saleilles, LGDJ, 1919, n° 145, p. 35.

4. V. toutefois sur l'idée de coutume instantanée pour expliquer les accords de Matignon en 1968, B. Starck, « À propos des accords de Grenelle, réflexions sur une source informelle du droit », *JCP* 1976, I, 2363.

5. J. Carbonnier, « Sur le caractère primitif de la règle de droit », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Théorie générale du droit et droit transitoire*, vol. 1, Librairie Dalloz et Sirey, 1961, p. 109 et s.

6. CEDH, 24 avr. 1990, n° 11801/85, *Kruslin* : l'interprétation donnée par la Cour de cassation de la législation sur les écoutes téléphoniques évite la condamnation de la France.

7. Spécialement : O. Dupeyroux, « La jurisprudence source abusive du droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé*, t. 2, Librairie Dalloz et Sirey, 1960.

8. Suggestion datant de la IV^e République, dont la constitution l'interdisait formellement : « Article 13. L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit ».

9. P. Hébraud, « Le juge et la jurisprudence », préc., spéc. n° 2 *in fine*.

Hébraud, pour caractériser la jurisprudence, se réfère à Georges Gurvitch¹⁰ en voyant dans le jugement un « fait normatif », formule qui ne se ramène pas à un oxymore : « Chaque décision n'est qu'un fait en dehors du cercle du litige qu'elle a tranché, mais c'est un fait significatif ; il contient une virtualité de généralisation dont la vertu est d'autant plus grande qu'il émane d'une autorité investie d'un pouvoir juridique et qui en est l'expression ». Le rôle prépondérant du juge dans la pratique lui donne une place particulière : sa pratique des règles s'exerce en jugeant la pratique des autres. Il donne substance aux concepts légaux (la faute), il ouvre à travers l'interprétation les espaces de l'activité juridique, il la dirige autant en jugeant qu'en ne jugeant pas puisque l'on s'adressera à lui en cas de besoin.

Hébraud se fonde sur cette généralisation de motifs pour contester l'analyse de Waline ou de Carbonnier, qui invoquent l'article 1351 du Code civil¹¹ et la relativité de la chose jugée pour dénier à la jurisprudence toute possibilité d'expansion – un million d'indicatifs ne feront jamais un impératif, disait Carbonnier, reprenant une formule d'Henri Poincaré, comme si la jurisprudence n'était pas une distillation et non une accumulation – et il ne rattache l'autorité de la chose jugée qu'à la décision « concrète », c'est-à-dire l'affirmation que le divorce est prononcé entre les époux A-B ou que C doit payer à D une certaine somme augmentée des intérêts conventionnels. Bien que la justification en soit différente, on peut rappeler ici que la Cour de cassation localise la chose jugée exclusivement dans le dispositif de la décision.

La décision est à l'origine de la jurisprudence : « il y a là un mouvement inverse de celui qui est à la base de l'application de la loi par le juge, mais qui, remontant par un jeu de réciprocité à un autre niveau, n'est qu'une autre manifestation du lien intime qui unit le juge et la loi ». La jurisprudence repose sur l'induction – « mode normal de formation de la jurisprudence » et cette induction part des motifs de la décision. Même s'il reste libre de sa décision, le juge à qui est posée une question qu'il a déjà jugée se reportera naturellement à sa première décision

et, s'il en existe d'autres, il ne pourra en faire abstraction, notamment celles qui ont été rendues en appel ou en cassation, parce que l'égalité devant la loi justifie de résoudre de la même manière des questions identiques : la jurisprudence est une motivation consolidée, ce qu'atteste l'existence du pourvoi dans l'intérêt de la loi, qui peut être formé par le procureur général près la Cour de cassation. Quelle qu'en soit l'issue, ce pourvoi n'affecte pas la situation de parties. Comme tous les pourvois, il doit être formé contre le dispositif de la décision. On peut s'interroger sur cette exigence : le dispositif ne concerne que les parties qui, précisément, ne seront pas affectées par une éventuelle cassation. Aussi voit-on que ce sont bien les motifs qui sont visés...

Le pouvoir de juger est partagé avec d'autres juges, mais aussi institué hiérarchiquement, ce qui justifie que la jurisprudence opère par la persuasion (*auctoritate rationis*) autant que par l'autorité (*ratione auctoritatis*). Contrairement au juge anglais, le juge n'est pas tenu par le *precedent* sans pour autant que cela altère le caractère de la jurisprudence : celui qui a pris la décision peut en prendre une en sens inverse, comme le législateur peut abroger une loi pour adopter une loi contraire.

Tout le raisonnement d'Hébraud repose sur l'idée que la jurisprudence est essentiellement différente de la loi, derrière laquelle elle se dissimule le plus souvent. Celui qui lit un arrêt de principe sera bien en peine d'y trouver autre chose que ce qui est nécessaire pour répondre à la question soumise à la Cour. Si l'expression n'était pas déjà prise avec un autre sens, on pourrait parler de « loi-écran » parce que la jurisprudence se dissimule dans les plis d'une décision fondée sur une disposition légale. Et, s'il est vrai qu'un pourvoi ne peut être fondé sur la violation de la jurisprudence, il sera néanmoins examiné selon la loi telle que la jurisprudence l'a façonnée.

Il arrive cependant que la jurisprudence pointe le bout de son nez lorsque la Cour rend un arrêt en visant non une disposition légale mais un principe général qui lui, est d'origine jurispruden-

10. Sociologue d'origine russe et naturalisé français. Sur son apport à la sociologie juridique, on peut se reporter à l'ouvrage de Carbonnier, *Sociologie juridique*, paru au PUF (J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 3^e éd., 2016) ou à son article dans *Droit et société*, « Gurvitch et les juristes » (J. Carbonnier, « Gurvitch et les juristes », *Droit et société* 1986, p. 347 et s.).

11. Aujourd'hui art. 1355 C. civ.

tielle¹². Le recours accru aux principes généraux illustre la justesse des propos d'Hébraud. Ils révèlent la jurisprudence de la Cour isolée du support de la loi derrière laquelle elle est habituellement dissimulée. L'évolution récente a fait apparaître, sous cet aspect, deux tendances contradictoires : une exposition plus fréquente de la jurisprudence au grand jour – à propos de l'aménagement des revirements par exemple et, plus récemment, de la motivation des arrêts – mais aussi sa dissimulation, jusqu'à soutenir l'impossible lorsque la Cour de cassation a, dans les premiers temps, contesté que la jurisprudence puisse être contrôlée à travers une question prioritaire de constitutionnalité.

Je laisse de côté les développements historiques dans lesquels Hébraud montre comment l'interprétation s'est déplacée de l'auteur du texte à son interprète et comment la Cour, dépassant son rôle premier de gardienne de la loi, s'est préoccupée d'assurer son rôle de juridiction suprême. Il aborde aussi la motivation des arrêts et plaide pour une rédaction brève, l'affirmation, dit-il, permettant un meilleur diagnostic de la *ratio decidendi*. La Cour se tient « au-dessus de ceux qui discutent ».

Il décrit de la même manière l'évolution de la juridiction administrative qui, tout en conservant des liens avec l'administration active, s'est trouvée devant le « vide » législatif déjà évoqué, les rares textes étant, de surcroît, de caractère organique ou réglementaire. À propos de la jurisprudence administrative, Hébraud admet que l'idée d'un aval du législateur est pertinente s'il est entendu comme l'acceptation du principe même d'un droit jurisprudentiel dans lequel le Conseil d'État joue un rôle primordial, rôle qu'il a conservé puisque l'on peut dire que l'organisation juridictionnelle administrative actuelle a été créée à partir du Conseil qui s'est réservé les attributions essentielles.

Le style de la jurisprudence administrative « tournée principalement vers la consommation intérieure » se ressent des liens avec l'administration active. L'actuel débat en cours sur la rédaction et la motivation des arrêts l'illustre bien. Alors que M. Sauvé, ancien vice-président du Conseil affirme – sans aucun doute avec quelque malice à l'adresse la Cour de cassation – que le juge administratif entend respecter l'article 5 du Code civil, « héritage de la Révolution française »¹³, la lecture de certains arrêts convainc facilement du contraire. Ainsi, dans l'affaire *ORS-TOM*¹⁴ où, après avoir approuvé l'annulation la décision d'attribution d'un marché pour la construction d'un navire océanographique, le Conseil détaille dans le second arrêt ce que doivent être les suites pratiques de l'annulation : « l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général ».

Ou encore dans l'affaire *Tropic Travaux Signalisation*, où le Conseil d'État énonce une nouvelle règle et en fixe le mode d'emploi : « indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplisse-

12. Bruno Oppetit, examinant les textes issus de la loi du 3 janvier 1979, estimait qu'un pourvoi pouvait certainement être fondé sur la méconnaissance d'un principe général à partir du moment où le pourvoi a pour objet de censurer la méconnaissance « des règles de droit » (art. 604 CPC).

13. « Si le juge administratif français entend développer et approfondir la motivation de ses arrêts, sans sacrifier la rigueur du raisonnement juridique, il est douteux qu'il se réfère formellement, avant longtemps, aux arrêts d'autres cours, comme d'ailleurs à sa propre jurisprudence, à laquelle il n'entend pas paraître reconnaître une fonction normative, dans le sillage de l'article 5 du code civil : tribut qu'il continue d'acquiescer consciencieusement à l'héritage de la Révolution française » (J.-M. Sauvé, « Comprendre et réguler le droit mondialisé ou comment dompter la chimère ? », *Conférence inaugurale du cycle de conférences « Droit comparé et territorialité du droit »*, 20 mai 2015, à consulter sur le site du Conseil d'État : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/comprendre-et-reguler-le-droit-globalise-ou-comment-dompter-la-chimere>).

14. Premier arrêt, CE, 28 juill. 1999, n° 186051 et 186219 ; second arrêt, CE, 10 déc. 2003, n° 248950.

ment des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables. »¹⁵ Si cet arrêt, qui aménage, au surplus, l'application dans le temps de la solution nouvelle, n'a pas de caractère réglementaire, à quoi peut-il bien servir ?

L'apport essentiel de l'article d'Hébraud me paraît résider dans le refus d'assigner à la jurisprudence une place dans la hiérarchie des normes. Il rappelle la formule chère aux publicistes selon laquelle les principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État occupent une position « *supra-décrétale* et *infra-législative* ». Dire des principes qu'ils sont « *infra-législatifs* » lui paraît inexact car s'il est vrai qu'ils peuvent être modifiés par la loi, cela signifie aussi qu'il faut une loi pour le faire : « Le fait que la loi peut, dans une compétition toujours ouverte, désavouer une jurisprudence et imposer une règle différente, n'autorise pas à considérer la règle jurisprudentielle comme de niveau inférieur, car une loi nouvelle pourrait aussi bien abroger ou modifier une disposition légale précédente; comme nous l'avons déjà remarqué, l'acte contraire se situe au même niveau et l'emprise du pouvoir législatif sur la jurisprudence manifeste, plus que tout autre, l'intégration de la jurisprudence dans le système légal ».

Hébraud ajoute que la répartition instituée en 1958 entre la loi et le règlement autonome aurait dû modifier cette vision normative des choses puisque, dans le domaine de l'article 37, le règlement se trouvait à la même altitude que la loi. Devait-il en résulter une promotion des principes généraux ? En réalité, rien n'a changé car le juge administratif est chargé d'interpréter les actes administratifs et d'en apprécier la validité, ce qu'il a fait pour les règlements autonomes après 1958 comme il le faisait auparavant. Seule

importe ici, dit Hébraud, la mission assignée au juge – apprécier la validité des actes administratifs – de sorte que les règlements autonomes demeurent soumis aux principes généraux. Hébraud étend son analyse au Conseil constitutionnel. Comme les principes généraux au Conseil d'État, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République permettent au Conseil d'exercer son contrôle sur les lois qui lui sont déférées : « plus que sur la règle jurisprudentielle en tant que norme, l'accent est mis sur le pouvoir juridictionnel qui l'engendre... » : c'est bien pour exercer son pouvoir de contrôle que le Conseil a eu recours à ces principes fondamentaux.

Hébraud montre, par l'absurde, l'inexactitude de cette approche si on l'applique aux juridictions judiciaires. Non aux juridictions pénales, qui peuvent apprécier la légalité d'un règlement et appliquent, comme le ferait le juge administratif, la théorie de la loi-écran, mais aux juridictions civiles, qui sont sans pouvoir sur les lois et règlements qu'elles ont pour mission d'appliquer : « on voit [...] quelle fausse image on donnerait de la valeur de leur jurisprudence si, transposant ici une méthode d'analyse proposée dans un autre domaine, on la qualifiait d'*infra-légale* et *infra-décrétale* ».

Sa conclusion, quoiqu'appliquée au juge civil, est d'une portée qui nous semble absolument générale : « En réalité, le juge civil a pour seul objet de son pouvoir juridictionnel les relations privées et il les juge en fonction des règles de droit, légales ou réglementaires; l'interprétation qu'il en donne et la jurisprudence qui s'en dégage s'y incorpore, au niveau qui est le leur, et non à un niveau particulier qui lui serait propre »¹⁶. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu, en 1860, déclarer insaisissables les salaires des ouvriers alors que le texte de l'article 2092 aurait plutôt conduit à une conclusion inverse¹⁷. À l'inverse, une jurisprudence qui se rattacherait au domaine de l'article 37, comme c'est en général le cas des règles de procédure civile pourrait être modifiée par décret.

15. CE, 16 juill. 2007, n° 291645, pub. Rec. Lebon.

16. *Ibid.*

17. Civ., 10 nov. 1860, DP 1860, I, 116 déclarant insaisissables les salaires des ouvriers en dépit de l'art. 2092 C. civ. (« Quiconque s'est obligé personnellement... », aujourd'hui art. 2284 C. civ.). L'arrêt a été entériné par la loi du 12 janv. 1895, DP 1895, IV, 12.

Cette observation est saisissante. Elle permet de comprendre pourquoi le Conseil d'État ou la Cour de cassation peuvent avoir une jurisprudence constitutionnelle, dont on donnera deux exemples. Le premier est emprunté à un arrêt du Conseil d'État du 16 décembre 2005. Il était saisi d'un appel contre un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris confirmant un jugement du tribunal administratif qui avait annulé, à la demande de la Chambre nationale des huissiers de justice, une décision du ministre de l'emploi qui avait reconnu la représentativité du Syndicat national de huissiers de justice. Le Conseil retint l'argument invoqué par le syndicat qui se prévalait du préambule de la Constitution de 1946 pour écarter l'application de l'ordonnance de 1945 qui conférait un monopole de représentation de la profession à la Chambre nationale des huissiers de justice¹⁸. Quoiqu'il fallût choisir entre l'ordonnance de 1945 et le préambule de la constitution qui fait partie du « bloc » de constitutionnalité, le Conseil prend bien soin de préciser qu'il ne se fait pas juge de la constitutionnalité de la loi¹⁹. Cette position est très contestable : c'est bien une règle constitutionnelle qui non seulement justifie mais impose la solution. Si le conflit était apparu entre deux règles législatives, la solution pouvait passer par les méthodes classiques d'interprétation²⁰. Le fait que l'une des dispositions invoquées soit de nature constitutionnelle impose de la faire prévaloir, excluant ainsi toute interprétation.

Les conditions de mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité nous offrent un second exemple. Le Conseil d'État et la Cour de cassation peuvent ne pas transmettre la question au Conseil constitutionnel s'il leur apparaît qu'elle ne présente pas de caractère sérieux. Ce faisant, ces deux juridictions, investies d'un pou-

voir nouveau par la loi qui a institué la QPC, élaborent une jurisprudence de nature constitutionnelle puisque l'appréciation du sérieux de la question s'appuie sur une interprétation des règles constitutionnelles²¹. Un récent arrêt de la troisième chambre civile l'illustre assez bien²², qui refuse de transmettre une QPC qui critiquait la jurisprudence en matière d'empiètement au regard des dispositions de la Déclaration des droits de l'homme. La Cour y interprète l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme en y trouvant un principe de défense du droit de propriété auquel elle rattache le droit de faire démolir sans que cette arme défensive puisse être taxée d'abusives.

Cette solution trouve un prolongement avec l'application du droit européen et de la Convention européenne des droits de l'homme : dans les deux cas, le juge national est chargé, au premier rang, d'en assurer le respect. En tant que tel, il tient une place dans leur élaboration sous le contrôle de la Cour de Justice ou de la Cour de Strasbourg. Cette manière de présenter les choses complète la formule de Denis Alland qui voit dans le droit européen un droit français d'origine internationale.

Pour conclure, je voudrais insister sur un point. Hébraud s'intéresse à la jurisprudence comme phénomène juridique, indépendamment de ses mérites ou de l'appréciation que l'on peut porter sur elle. En ce sens, la jurisprudence est à l'opposé de la « politique jurisprudentielle » à laquelle la Cour de cassation fait référence. Un des mérites de son article est d'approfondir la réflexion de Portalis : « on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois »²³. Puisqu'elle doit exister, il est souhaitable qu'elle soit bonne...

18. Req. 259584, *AJDA* 2006, p. 357, note Landais et Lénica ; *RTD Civ.* 2006, p. 601.

19. CE, 16 déc. 2005, préc. : « s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découlent de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle ».

20. On pouvait soutenir que l'ordonnance de 1945, en tant que règle spéciale, n'était pas abrogée par une règle générale ultérieure ou que la règle nouvelle visant la représentation professionnelle en général devait abroger les règles antérieures qui la limitaient.

21. En ce sens, v. Y. Gaudemet, « L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile », *RDP* 2009, p. 582.

22. Civ. 3^e, 15 déc. 2016, n° 16-40.240, *RTD Civ.* 2017, p. 423, obs. W. Dross.

23. Discours préliminaire du premier projet de Code civil.

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la revue.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit
par courrier électronique à l'adresse suivante :
revuededroitdassas@gmail.com*

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique,
elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance,
à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité,
vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr

**NOTRE EXPERTISE - NOS GARANTIES
VOTRE SÉCURITÉ**



ADD
■ ASSOCIÉS

Généalogie successorale
Recherche d'héritiers

SIÈGE SOCIAL : 4, avenue du Coq - 75009 PARIS - Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91 - contact@add-associes.com

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BESANÇON ■ BORDEAUX ■ BOURGES ■ CAEN
CLERMONT-FERRAND ■ LA ROCHELLE ■ LE MANS ■ LILLE ■ LYON ■ METZ ■ MONTPELLIER ■ NANCY
NANTES ■ NICE ■ REIMS ■ RENNES ■ ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE ■ VALENCE



HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

www.add-associes.com

Membre de Généalogistes de France



Généalogistes
de France